

Robert Crotogino

Die Beweislast bei Markenrechtsverletzungen
in Deutschland und in Norwegen
unter besonderer Berücksichtigung
der Richtlinie 2008/95/EG



Universitätsdrucke Göttingen

Robert Crotagino

Die Beweislast bei Markenrechtsverletzungen in Deutschland und in Norwegen

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons](#)

[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)

[4.0 International Lizenz.](#)



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2016

Robert Crotogino

Die Beweislast bei
Markenrechtsverletzungen
in Deutschland und in
Norwegen unter besonderer
Berücksichtigung der
Richtlinie 2008/95/EG



Universitätsverlag Göttingen
2016

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <<http://dnb.dnb.de>> abrufbar.

Anschrift des Autors

Robert Crotogino

E-Mail: robert.crotogino@web.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

© 2016 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-273-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Sommersemester 2016 als Dissertation angenommen worden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, *Prof. Dr. Wiebe*, der die Anfertigung dieser Arbeit ermöglicht hat. Aufgrund der exotischen Themenwahl war dies für mich nicht selbstverständlich und es hat mich umso mehr gefreut, dass mir auf diesem Wege die Gelegenheit geboten wurde, mein Interesse für den gewerblichen Rechtsschutz, das Zivilprozessrecht, aber eben auch das norwegische Recht, zu vertiefen. Zugleich habe ich durch meine Anstellung als Mitarbeiter am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Wiebe* von einer wissenschaftlichen Atmosphäre und einem sehr netten Umgang sowie interessanten Projekten profitieren dürfen.

Ebenfalls möchte ich *Prof. Dr. Dr. h.c. Lipp* danken, der die erfolgreiche Erstellung dieser Arbeit auf verschiedene Weisen gefördert hat. Zum einen hat mich die von ihm und *Prof. H. Fredriksen* herausgegebene Veröffentlichung *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway* in meinem Vorhaben bestärkt. Zum anderen hat er den für diese Arbeit essentiellen Kontakt zur juristischen Fakultät der Universität Bergen hergestellt. Darüber hinaus bin ich selbstverständlich auch für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens dankbar.

Auf norwegischer Seite gilt mein Dank in gleichem Maße *Prof. H. Fredriksen* und *Prof. Strandberg*. *Prof. H. Fredriksen* betreute mich während meines Aufenthalts in Bergen als Kontaktperson, ermöglichte mir den Zugang zu hervorragenden Forschungsmöglichkeiten und hatte im wahrsten Sinne des Wortes immer eine offene Tür für mich. Zudem gab er mir auf fachlicher Ebene interessante Impulse bei der Erstellung meiner Arbeit. *Prof. Strandberg* ermöglichte es mir, ein Verständnis vom norwegischen Beweisrecht im Zivilprozess zu entwickeln und half mir in einer Vielzahl von Gesprächen, interessante rechtsvergleichende Aspekte zu erkennen und aufzugreifen. Darüber hinaus erlaubte er mir, durch die Teilnahme an den Sitzungen der *Forskergruppe for sivilprosess*, in die wissenschaftliche Welt der Universität Bergen einzutauchen.

Eine andere Form von Dank gebührt meiner Familie und insbesondere meinen Eltern, *Dr. Arno* und *Uschi Crotogino*. Sie haben mich auf dem Weg zu meiner Promotion immer wieder begeistert unterstützt und einen starken Rückhalt gebildet. Vielleicht hätte die Erstellung dieser Arbeit, die nun selbstverständlich erscheint, ansonsten an der einen oder anderen Stelle ihr jähes Ende gefunden.

Des Weiteren gilt mein Dank *Johan Schrader*, *Thomas Deppe*, *Patrick Encinas Bartos*, *Ulrich Jasper* und *Tobias Trutz*, die mich jeweils auf ihre eigene Art unterstützt haben.

Zuletzt bleibt mir noch dem *E.ON Stipendienfonds* für die großzügige Unterstützung meines Gastaufenthalts an der Universität Bergen zu danken.

Kiel, 15.08.2016

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XXII
A. Einleitung	1
B. Grundlagen	5
I. Methodenwahl	5
1. Funktionelle Rechtsvergleichung	6
2. Makro- und Mikrovergleichung	7
II. Der deutsche und der skandinavische Rechtskreis	8
1. Deutscher Rechtskreis	8
2. Skandinavischer Rechtskreis	9
C. Die Beweislast im deutschen und im norwegischen Zivilrecht	11
I. Deutschland (nationale Regelungen)	12
1. Beweislast	13
a.) Die verschiedenen Facetten des Beweislastbegriffs	13
b.) Keine Anwendung der Sachnormen im Fall des non liquet	15
c.) Überwindung des Problems durch die Regelungen der Beweislast	16
d.) Prinzipien der Verteilung der Beweislast	17
e.) Zwischenergebnis zur Beweislast	20
2. Beweismaß	21
a.) Regelbeweismaß	21
b.) Überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß	23
c.) Beweismaßreduzierung	24
d.) Einfluss des Beweismaßes auf die Risikoverteilung	25
e.) Zwischenergebnis zum Beweismaß	26
3. Zusammenfassung	26
II. Norwegen (nationale Regelungen)	27
1. Bevisbyrde	28
a.) Die verschiedenen Facetten des Beweislastbegriffs	28
b.) Notwendigkeit der Beweislastregeln	29

c.) Funktionen der bevisbyrde	33
d.) Prinzipien der Verteilung der Beweislast	35
e.) Zwischenergebnis zur bevisbyrde.....	39
2. Beviskrav.....	40
a.) Regelbeweismaß.....	40
b.) Beweismaßsteigerung	42
c.) Kritik an Beweismaßregeln (Strandberg).....	44
d.) Einfluss des Beweismaßes auf die Risikoverteilung	45
e.) Zwischenergebnis zur beviskrav	45
3. Zusammenfassung.....	46
III. Vergleich der nationalen Beweislastregelungen	46
D. Europäische Einflüsse auf die Beweislast.....	49
I. Homogenität zwischen EU-Recht und EWR-Recht.....	50
II. Europäisches Primärrecht.....	52
1. Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.....	54
2. Grundfreiheiten	56
III. Europäisches Sekundärrecht (insbesondere Europäische Richtlinien).....	61
1. Ausdrückliche Beweislastnormen	61
2. Ungeschriebene Beweislastnormen	62
a.) Beweislast als Teil der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	62
b.) Beweislast als Teil des materiell-rechtlichen Regelungsgehalts der Richtlinien.....	63
c.) Sonderfall Markenrechtsrichtlinie.....	65
d.) Zwischenergebnis	83
3. Beweismaß.....	84
4. Zusammenfassung.....	85
IV. Vergleich des Einflusses europäischer Vorgaben auf die Beweislast	86
E. Beweislast bei Markenrechtsverletzungen	87
I. Das deutsche Markengesetz	88
1. Aussagen zur Beweislast in den Gesetzesvorarbeiten	88
2. Anwendung der (Modifizierten) Normentheorie im MarkenG	89
3. Allgemeine, spezielle und weitere Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung (§ 14 MarkenG).....	90

a.) Beweislastverteilung nach nationalem Recht	91
b.) Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie.....	94
4. Erschöpfung der Rechte aus der Marke (§ 24 MarkenG)	95
a.) Beweislastverteilung nach nationalem Recht	96
b.) Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie.....	99
5. Verwirkung der Rechte aus der Marke (§ 21 MarkenG)	101
a.) Beweislastverteilung nach nationalem Recht	101
b.) Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie.....	103
6. Zusammenfassung.....	105
II. Das norwegische varemerkelov	106
1. Aussagen zur Beweislast in den Gesetzesvorarbeiten	106
2. Allgemeine und spezielle Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung (§ 4 Varemerkelov).....	108
3. Erschöpfung der Rechte aus der Marke (§ 6 varemerkelov)	111
4. Verwirkung der Rechte aus der Marke (§ 8 varemerkelov).....	112
5. Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie	114
6. Zusammenfassung.....	114
III. Vergleich der Beweislast bei Markenrechtsverletzungen	115
1. Beweislast für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung.....	116
2. Beweislast für die Erschöpfung der Rechte aus der Marke	117
3. Beweislast für die Verwirkung der Rechte aus der Marke	118
4. Zusammenfassung.....	120
IV. Relativierung der Risikoverteilung durch das Beweismaß.....	121
F. Ausblick: Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH zur Beweislastverteilung durch die MRL auf weitere Richtlinien im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes.....	125
I. Musterschutzrichtlinie	126
II. Biopatentrichtlinie	129
III. Halbleiterschutzrichtlinie	130
G. Schlussbetrachtung.....	133

Literaturverzeichnis

Ahrens, Martin/Lipp, Volker/Varga, István (Hrsg.)	Europäisches Zivilprozessrecht: Einfluss auf Deutschland und Ungarn, Göttingen, 2011
Almén, Tore	Om köp och byte av lös egendom, Stockholm, 1906
Alten, Edvin	Tvistemålsloven, 3. Aufl., Oslo, 1954
Andenæs, Johs/Myhrer, Tor-Geir	Norsk Straffeprosess, 4. Aufl., Oslo, 2009
Augdahl, Odin	Om bevisbyrden i tvistemål, Oslo, 1929
Augdahl, Per	Norsk Sivilprosess, 4. Aufl., Trondheim, 1961
Bartels, Hans-Joachim	Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, Tübingen, 1982
Bassenge, Peter	in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München, 2014
Baudenbacher, Carl	Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof, in: Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), Festschrift für Günther Hirsch, zum 65. Geburtstag, München, 2008, S. 27 ff.
Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter	Zivilprozessordnung, 71. Aufl., München, 2013
Baumgärtel, Gottfried	Beweisrechtliche Studien: Beweiswürdigung – Abgrenzung zur Beweislast – Beweismaß; Das Beweismaß im deutschen Zivilprozeß, in: Universität Köln Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, Köln, 1988, S. 165 ff.
Baumgärtel, Gottfried	Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln, 1996
Baumgärtel, Gottfried	Probleme der Beweislastverteilung in der Zwangsvollstreckung, in: Hanns Prütting (Hrsg.) Festschrift für Gerhard Lüke, München, 1997, S. 1 ff.
Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Wille/Prütting, Hanns	Handbuch der Beweislast – Grundlagen, 3. Auflage, Köln, 2009

Baumgärtel, Gottfried/ Laumen, Hans-Willi (Hrsg.)	Handbuch der Beweislast im Privatrecht – Bd. 2, 2. Aufl., Köln, 1999
Baumgärtel, Gottfried/ Wahrendorf, Volker	Beweislast und Treu und Glaube, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Athen (Hrsg.) Festschrift für Georgios Th. Rammos, Bd. I, Athen 1979, S. 41 ff.
Beck, Hermann	Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1899
Beier, Friedrich-Karl	Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, in: GRUR Int. 1989, S. 603 ff.
Bethmann-Hollweg, Moritz August von	Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, Berlin, 1827
Bjarup, Jes	Skandinavischer Realismus, München, 1978
Bolding, Per Olof	Bevisbördan och den juridiska tekniken, Uppsala, 1951
Bötticher, Eduard	Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Überlegungen zum Gleichheitssatz, Heidelberg, 1979
Brox, Hans	Die Bedeutung der Beweislast im Zivilprozeß, in: JA 1979, S. 590 ff.
Bruns, Rudolf	Beweiswert, in: ZZP, 91 (1978), S. 64 ff.
Buciek, Klaus	Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht, Bonn, 1984
Callies, Christian	Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz, in: NJW 2002, S. 3577 ff.
Callies, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.)	EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München, 2011
Coester-Waltjen, Dagmar	Internationales Beweisrecht: Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, Ebelsbach, 1983
Coester-Waltjen, Dagmar	Die Europäisierung des Zivilprozessrechts, in: JURRA 2006, S. 914 ff.
Dammann, Jens	Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten, Tübingen, 2007

Ebenroth, Parche	Markenaufspaltung und nationale Markenrechte im Spannungsverhältnis zum Grundsatz des freien Warenverkehrs, in: GRUR Int 1989, S. 738 ff.
Eckhoff, Thorstein	Tvilsrisikoen (bevisbyrde), Oslo, 1943
Eckhoff, Thorstein	Noen ord om bevisbyrden og bevisbyrde teorier, in: Tfr 1949, S. 299 ff.
Eckhoff, Thorstein	Rettskildelære, 1. Aufl., Oslo, 1971
Eckhoff, Thorstein/ Helgesen, Jan	Rettskildelære, 5. Aufl., Oslo, 2001
Ekelöf, Olof	Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, in: ZZP, 75 (1962)
Ellscheid, Günter/ Hassemer, Winfried	Interessenjurisprudenz, Darmstadt, 1974
Ferrari, Franco/ Kieninger, Eva-Maria	Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., München, 2012
Fezer, Karl-Heinz	Markenrecht, 2. Aufl., München, 1999 (Zitiert als: Fezer, Markenrecht, 2. Auflage)
Fezer, Karl-Heinz	Markenrecht, 4. Aufl., München, 2009 (Zitiert als: Fezer, Markenrecht)
Fittante, Aldo	Die Umsetzung der Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, in: EuLF 2000/2001, S. 532 ff.
Fitting, Hermann	Die Grundlagen der Beweislast, in: Zeitschrift für deutschen Civilprozess 1889, S. 1 ff.
Flessner, Axel	Diskriminierung von grenzübergreifenden Rechtsverhältnissen im europäischen Zivilprozess, in: ZEuP 2006, S. 737 ff.
Franzen, Martin	Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin, 1999
Fredriksen, Halvard	Tvisteloven og EØS-avtalen, Tfr 2008, S. 289 ff.
Fredriksen, Halvard	Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, Tübingen, 2009
Fredriksen, Halvard	Objektivt ansvar for abudsfeil?, in: LoR 2010, S. 600 ff.
Fredriksen, Halvard/ Mathisen, Gjermund	EØS-rett, 2. Aufl., Bergen, 2014
Gaier, Reinhard/ Baldus, Christian/ Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6 – Sachenrecht - §§ 854–1296, 5. Aufl., München, 2009

Geiger, Andreas	Anmerkung zu: EuGH: Beweislastverteilung bei Erschöpfung des Rechts aus der Marke, EuZW 2003, S. 477 (480)
Gomard, Bernhard	Civil Law, Common Law and Scandinavian Law, in Scandinavian Studies in Law 1961, S. 27 ff.
Gottwald, Peter	Grundprobleme der Beweislastverteilung, in: Jura 1980, S. 225 ff.
Grabitz, Eberhard	Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen, 1977, S. 645 ff.
Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.)	Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, München, 2010
Greger, Reinhard	Beweis und Wahrscheinlichkeit, Berlin, 1978
Greger, Reinhard von (Hrsg.)	Festgabe für Max Vollkommer, 2006, S. 2001 ff.
Grunsky, Wolfgang (Hrsg.)	Festschrift für Fritz Baur, Tübingen, 1981
Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf/Walter, Gerhard (Hrsg.)	Wege zu einem europäischen Prozessrecht, Tübingen, 1992
Gugenbauer, Norbert	Der EFTA-Gerichtshof und sein Zusammenwirken mit dem EuGH, in: NJW 1994, S. 2743 ff.
Gundersen, Aase/Stenvik, Are (Hrsg.),	Aktuell Immaterialrett, 3. Aufl., Oslo, 2011, S. 249 ff.
Habscheid, Walther	Beweislast und Beweismaß – ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich, in: Hanns Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel, 1990, S. 105 ff.
Hacker, Franz	Methodenlehre und Gewerblicher Rechtsschutz – dargestellt am Beispiel der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr, in: GRUR 2004, 537 ff.
Hafenmayer, Angelika	Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts, München, 2014
Hägerström, Axel	Das Prinzip der Wissenschaft: Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung, Leipzig, 1908
Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias	Europarecht, 9. Aufl., Tübingen, 2014

Heiderhoff, Bettina	Einflüsse des europäischen Privatrechts zum Schutz des Verbrauchers auf das deutsche Zivilprozessrecht, in: ZEuP 2001, S. 276 ff.
Heinrich, Christian	Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, Köln, 1996
Heinze, Christian	Europäisches Primärrecht und Zivilprozess, in: EuR 2008, S. 654 ff.
Helland, Ingvill/Koch, Sören	Methodische Grundlagen im norwegischen Privatrecht, in: ZEuP 2013, S. 585 ff.
Helset, Per/Reimers, Felix/Stene, Toril Melander/Vik, Ragnar	Immaterialrett, Oslo, 2009
Herb, Anja	Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, Bonn, 2006
Herdegen, Matthias	Europarecht, 16. Aufl., München, 2014
Hergenröder, Wolfgang Curt	Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen, 1995
Hess, Burkhard	Der Binnenmarktsprozess, in: JZ 1998, S. 1021 ff.
Hess, Burkhard	Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg, 2010
Hess, Burkhard	Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit, in: ZZZP 2004, S. 267 ff.
Hov, Jo	Rettergang i sivile saker, 2. Ausgabe, Oslo, 1994
Hov, Jo	Rettergang I-II, 3. Ausgabe, Oslo 2010
Hov, Jo/Bratholm, Anders	Sivil rettergang, 1. Aufl., Oslo, 1973
Illum, Knud	Some Reflections on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning, in: Scandinavian Studies in Law, Vol. 12, S. 49 ff.
Ilzhöfer, Volker/ Engels, Rainer	Patent- Marken- und Urheberrecht, 8 Aufl., München, 2010
Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian	Markengesetz, 1. Aufl., München, 1998 (Zitiert als: <i>Ingerl/Rohnke</i> , Markengesetz, 1. Auflage)
Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian	Markengesetz, 3. Aufl., München, 2010 (Zitiert als: <i>Ingerl/Rohnke</i> , Markengesetz)
Jarass, Hans	Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, in: EuR 2000, S. 705 ff.
Jarass, Hans	Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, in: NJW 2011, S. 1393 ff.

Jarass, Hans	Charta der Grundrechte der Europäischen Union: unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 2. Aufl., München, 2013
Jørgensen, Stig	Einführung zur Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft, in: JZ 1970, S. 599 ff.
Kegel, Gerhard	Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach Überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Biedenkopf/Coing/Mestmäcker (Hrsg.), Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe, 1967, S. 321 ff.
Klados, Charalabos	Darlegungs- und Beweislast bei Parallelimporten im Markenrecht, in: WRP 1999, S. 1018 ff.
Koflaath, Eivind	Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil, LoR 2008, S. 149 ff.;
Koflaath, Eivind	Bevist utover enhver rimelig tvil, Tfr 2011, S. 136.
Koflaath, Eivind/ Strandberg, Magne	Norsk bevisteori før og etter årtusenskiftet, in: Søvig/ Schütz/Rasmussen/Fatnes/Meltvedt (Hrsg.), Undring og erkjennelse – festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Bergen, 2013, S. 319, ff.
Korkisch, Friedrich	Einführung in das Privatrecht der Nordischen Länder, Darmstadt, 1977
Kostka, Ulrike	Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung, Frankfurt am Main, 2010
Kulms, Katrin	Der Effektivitätsgrundsatz, Greifswald, 2013
Kur, Annette	Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, Köln, 1981
Lahme, Rüdiger	Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des zivilprozessualen Beweisrechts, 1. Aufl., Baden-Baden, 2010
Lassen, Birger Stuevold/Stenvik, Are	Kjennetegnsett, 3. Aufl., Oslo, 2011
Laumen, Hans-Willi	Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr – Ein beweiserleichterndes Phänomen, in: NJW 2002, S. 3739 ff.
Leipold, Dieter	Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen: insbesondere bei Verweisung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin, 1966

Leonhard, Franz von	Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin, 1926
Lepa, Manfred	Die Verteilung der Beweislast im Privatrecht und ihre traditionelle Begründung, Köln, 1963
Lindblom, Per Henrik	Bevisbörda, rättskraft och talerätt, in: TfR 2000, S. 414 ff.
Lipp, Volker/ Fredriksen, Halvard	Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway, Bergen/Göttingen, 2011
Lüke, Wolfgang	Zivilprozessrecht I, 11. Aufl., München, 2013
Lundstedt, Anders Vilhelm	Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Berlin, 1932
Maassen, Bernhard	Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses, Köln, 1975
Mæland, Henry John	Kort prosess, 2. Ausgabe, Bergen, 2009
Mayer-Ladewig, Jens	EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden, 2011
Meyer-Kessel, Ulf	Die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Erschöpfungseinwands nach § 24 MarkenG, in: GRUR 1997, S. 878 ff.
Monsen, Erik	EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett, TFE 2006, S. 238 ff.
Monsen, Erik	Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, Oslo, 2012
Motsch, Richard	Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin, 1983
Motsch, Richard	Einige Bemerkungen zum Beweisrecht unter der Ägide von Egon Schneider, in: Festschrift für Egon Schneider, Herne, 1997, S. 129 ff.
Mulch, Joachim	Der Tatbestand der markenrechtlichen Erschöpfung, Köln, 2001
Müller, Tobias Malte	Beweislastregelungen im nationalen Recht in Bezug auf die Erschöpfung von Rechten aus einer Marke – Anmerkung zu EuGH „stüssy“, in: GRUR 2003, S. 668 ff.
Musielak, Hans-Joachim	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Köln, 1972

Musielak, Hans-Joachim	Das Överviktsprincip – Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, in: Lüderitz/Schröder (Hrsg.), Festschrift Kegel, Frankfurt am Main, 1977, S. 451 ff.
Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.)	Zivilprozessordnung Kommentar, 9. Aufl., München, 2012
Musielak, Hans-Joachim/Stadler, Max	Grundfragen des Beweisrechts, München, 1984
Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.)	Zivilprozessordnung, 12. Auflage, München, 2015
Myhre, Jonas W.	Parallel imports and „co-branding” of pharmaceuticals – analysis and comments, NIR 2008, S. 388 ff.
Naumann, Alice	Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, Bern, 2006
Neuhaus, Paul Heinrich	Buchbesprechung: Müller-Freienfels, Wolfram, Ehe und Recht, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1964, S. 563 ff.
Nordemann, Wilhelm	Wettbewerbsrecht Markenrecht, 11. Aufl., Baden-Baden, 2012
Nygaard, Nils	Faktum og jus, rettskjeldelära og bevisrglane, in: TfR 2002, S. 33 ff.
Nyheim, Per	Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering, Institutt for rettsvitenskaps skriftserie nr. 17, Tromsø, 1994
Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin	Europarecht, 6. Aufl., München, 2014
Osterloh, Eilert	Die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Erdmann (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München, 1996, S. 595 ff.;
Papadelli, Antonia	Beweislastverteilung bei der Durchsetzung des Kartellrechts – eine rechtsvergleichende Studie, Hamburg, 2010
Pickrahn, Günter	Die Bekämpfung von Parallelimporten nach dem neuen Markengesetz, in: GRUR 1996, S. 383 ff.
Pohle, Rudolf	Zur Beweislast im internationalen Recht, in: Caemmerer (Hrsg.), Festschrift für Hans Dölle, Bd. 2, Tübingen, 1963, S. 317 ff.

Prölls, Jürgen	Beweiserleichterung nach Gefahrenbereich, in: VersR 1964, S. 901 ff.
Prütting, Hanns	Gegenwartsprobleme der Beweislast, München, 1983
Prütting, Hanns	Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, in: JuS 2003, S. 1007 ff.
Prütting, Hanns	Beweislast und Beweismaß – Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts, in: ZZZ 123 (2010), S. 135 ff.
Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus (Hrsg.)	ZPO : Kommentar, 6. Aufl., Köln, 2014
Prütting, Hanns	in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, 4. Aufl., München, 2013
Rainer, J. Michael	Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Salzburg, 2006
Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang (Hrsg.),	Münchener Kommentar ZPO, Einleitung zu Bd. 1, 4. Aufl., München, 2013
Reinecke, Gerhard	Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin, 1976
Rengeling, Hans- Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin	Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., München, 2003
Rengeling, Hans- Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin (Hrsg.)	Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage, München, 2014
Ring, Gerhard/Ring- Olsen, Line	Einführung in das skandinavische Recht, München, 1999
Robberstad, Anne	Om forstæelse av bevisbyrde, JV 2011, S.65 ff.
Robberstad, Anne	Sivilprosess, 2. Aufl., Oslo, 2012
Rörig, Ursula	Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaft auf das nationale Zivilprozessrecht, EuZW 2004, S. 18 ff.

Rosenberg, Leo	Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., Berlin 1965 (Zitiert als: <i>Rosenberg</i> , Die Beweislast)
Rosenberg, Leo/ Schwab, Heinz/ Gottwald, Peter	Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010
Rosenberg, Leo/ Schwab, Heinz/ Gottwald, Peter von (Hrsg.),	Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004
Ross, Alf	Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf der Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Wien, 1929
Ross, Alf	Recht und Wirklichkeit, in: Juristische Blätter 1939, S. 245 ff.
Rott, Peter	Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, in: EuZW 2003, S. 5 ff.
Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, München, 2010
Saenger, Ingo (Hrsg.)	Zivilprozessordnung, 6. Aufl., Baden-Baden, 2011
Sattler, Henrik/ Völckner, Franziska	Markenpolitik, 2. Aufl., Stuttgart, 2007
Sautter, Andreas Konstantin	Beweiserleichterung und Auskunftsansprüche im Umwelthaftungsrecht, Berlin, 1996
Schack, Haimo	Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., München, 2014
Scheel, Hermann	Grunntrekk av læren om bevisbyrden, in: Beilage zur Tfr 1938
Schmeling, Günther	Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Erlangen, 1952
Schmidt, Karsten	Vorlageverfahren nach Art. 177 EGV und Zivilprozessordnung, in: Hanns Prütting (Hrsg.) Festschrift für Gerhard Lücke, München, 1997, S. 721 ff.
Schmidt, Raymund	Philosophie der Gegenwart, in: Selbstdarstellungen, Bd. 7, Leipzig, 1929
Schmidt, Richard	Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Leipzig, 1906

Schmidt-Kessel, Martin	Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, abrufbar unter: http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRL.pdf
Schoch, Friedrich	Die Europäisierung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Berlin und New York, 2000
Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1986
Schultz, Detlef von	Kommentar zum Markenrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2012
Schwab, Karl-Heinz	Zur Abkehr moderner Beweislasttheorien von der Normentheorie, in: Frisch (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, 1978, S. 505 ff.
Seibl, Maximilian	Die Beweislast bei Kollisionsnormen, Tübingen, 2009
Seibt, Katrin	Das europäische Verbraucherleitbild – ein Abschied von der Verwechslungsgefahr, in: GRUR 2002, S. 465 ff.
Sejersted, Fredrik/ Arnesen, Finn/ Rognstad, Ole- Andreas/Kolstad, Olav	EØS-rett, 3. Aufl., Oslo, 2011
Skeie, Jon	Den norske sivilprosess, 2. Aufl., Oslo, 1939
Skoghøy, Jens Edvin	Tvistemål, 2. Ausgabe, Oslo, 2001
Skoghøy, Jens Edvin	Tvisteløsning, 2. Ausgabe, Oslo, 2014
Sosnitza, Olaf	Deutsches und Europäisches Markenrecht, 2. Aufl., München, 2010
Sperr, Anneken Kari	Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland und Norwegen – Eine rechtsvergleichende Studie zur gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden, 2009
Starck, Joachim	Markenrechtliche Verwechslungsgefahr, MarkenR 2000, S. 233 ff.

Stein Friedrich/Jonas, Martin/Berger, Christian (Hrsg.),	Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., Tübingen, 2008
Stenvik, Are	Utviklingen på immaterialrettsområdet i Norge 2008-2010, NIR 2010, S. 521 ff.
Strandberg, Magne	Beviskrav i sivile saker, Bergen, 2012
Streit, Arnold	Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, NJW 1994, S. 555 ff.
Ströbele, Paul/Hacker, Franz	Markengesetz, 10. Aufl., Köln, 2012
Ströbele, Paul/Hacker, Franz (Hrsg.),	Markengesetz, 10. Auflage, 2012
Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Hrsg.),	Zivilprozessordnung, 34. Aufl., München, 2013
Thomas, Stefan	Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheitsdogmatik – Zur Frage eines Spürbarkeitserfordernisses bei der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten, in: NVwZ 2009, S. 1202 ff.
Tönsfeuerborn, Kirsten	Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht, Heidelberg, 2002
Wadle, Elmar	Entwicklungslinien des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, GRUR 1979, S. 383, ff.
Wahrendorf, Volker	Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln, 1976
Walter, Gerhard	Freie Beweiswürdigung, Tübingen, 1979
Weber, Adolph Dietrich	Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse, 2. Aufl., Halle, 1832
Weiß, Wolfgang	Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 2008, S. 477 ff.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Aufl., Düsseldorf, 1862
Zöller, Richard (Hrsg.)	Zivilprozessordnung, 30. Aufl., Köln, 2014
Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein	Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen, 1996

Abkürzungsverzeichnis

1. Deutsche Abkürzungen

Für die Bedeutung der verwendeten deutschen Abkürzungen wird verwiesen auf: Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin, 2015.

2. Norwegische Abkürzungen

dvs.	= det vil si
JV	= Jussens Venner
LB	= Borgarting Lagmannsrett
LoR	= Lov og Rett
m.m.	= med mer
m.v.	= med videre
NIR	= Nordiskt immateriellt rättskydd
NIR	= Nordisk immateriellt rättskydd
NOU	= Norges Offentlige Utredninger
Ot.prp.	= Odelstingsproposisjon
Rt.	= Norsk Retstidende
TfE	= Tidsskrift for Erstattningsrett
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
TOBYF	= Oslo byfogdembete

Hinweis zu der Verwendung von Internet-Links:

Alle verwendeten Links wurden letztmalig am 31.5.2015 aufgerufen.

A. Einleitung

Die Marke ist das zentrale Instrument im unternehmerischen Marketing, das die Kommunikation mit dem Verbraucher ermöglicht und das Erscheinungsbild eines Unternehmens in der Öffentlichkeit prägt.¹ Die Hauptfunktion der Marke besteht darin, dem Verbraucher die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Produkte zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Produkte ohne Verwechslungsgefahr von Produkten anderer Herkunft zu unterscheiden.² Daneben verbindet der Verbraucher mit der Marke aber auch eine bestimmte Qualität und ein bestimmtes Vertrauen, das er dem Markeninhaber entgegenbringt. Diese Faktoren kann der Markeninhaber mit der Marke konservieren und zu seinen Gunsten, z. B. in der Werbung, einsetzen. Welchen Wert die Marke auf diese Weise für ein Unternehmen hat, zeigt eine Studie des Instituts „interbrand“³, nach welcher die Marke *Mercedes-Benz* einen Wert von

¹ *Sattler/Völkner*, Markenpolitik, S. 53; *Sosnitzka*, Deutsches und europäisches Markenrecht, § 3, Rn. 13.

² *EuGH*, RS 218/01, Rn. 30 = GRUR 2004, S. 428 (430 f.) – Henkel KGaA Henkel; RS 299/99, Rn. 29 = GRUR 2002, S. 804 (806) – Philips; RS 39/97, Rn. 28 = GRUR 1998, S. 922 (923) – Canon; *BGH*, I ZB 15/94 = GRUR 1999, S. 731 (733) – Canon II; I ZB 18/96 = GRUR 199, S. 496 (497) – TIFFANY.

³ <http://www.bestglobalbrands.com/2014/ranking/>, zuletzt abgerufen am 08.08.2016.

ca. 34 Mrd. Dollar, die Marke *Coca-Cola* einen Wert von ca. 81 Mrd. Dollar und die Marke *Apple* einen Wert von ca. 118 Mrd. Dollar hat.

Vor dem Hintergrund der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung der Marke für den Inhaber ist dessen Interesse auch besonders groß, andere von der Benutzung der Marke oder von Zeichen, die der Marke zum Verwechseln ähnlich sind, abzuhalten. Zu diesem Zweck kann der Markeninhaber vor Gericht sein absolutes Recht an der Marke geltend machen und damit grundsätzlich jeden anderen von deren Benutzung ausschließen.⁴

In Deutschland und in Norwegen werden diese Rechte des Markeninhabers jeweils in einem speziellen Markengesetz geregelt. In Deutschland regelt diese Materie das *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen* (*Markengesetz – MarkenG*)⁵ und in Norwegen das *lov om beskyttelse av varemerker* (*varemerkeloven - vml.*)⁶

Diese Gesetze normieren die markenrechtlichen Sachnormen. Ist der Richter vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Sachnorm in ausreichender Weise überzeugt, so wendet er diese an. Ist der Richter hingegen davon überzeugt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Sachnorm nicht vorliegen, so wendet er sie nicht an. Der Bereich zwischen diesen Alternativen ist das „Reich der Beweislast“. Ist der Richter also weder davon überzeugt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen der Sachnorm vorliegen, noch dass sie nicht vorliegen⁷, so ermöglicht ihm die Beweislastnorm, den Fall trotzdem zu entscheiden.

Der Kern der hier vorgelegten Arbeit ist die Frage, wie die Beweislast im Bereich des deutschen und des norwegischen Markenrechts ausgestaltet ist. Sowohl das deutsche als auch das norwegische Zivilrecht verfügen über allgemeine Regeln zur Bestimmung der Beweislastverteilung. Diese Regeln weichen allerdings entscheidend voneinander ab. Es gilt daher zunächst, die Beweislastregeln des jeweiligen Zivilrechts in ihrer Abstraktheit zu erfassen und auf den Spezialfall des Markenrechts anzuwenden.

Besonders relevant wird dieser Vergleich durch die Tatsache, dass das Markenrecht Deutschlands und Norwegens nicht bezugslos nebeneinander stehen, sondern durch den Umstand verbunden werden, dass die Richtlinie 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten

⁴ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, Einleitung, Rn.1; *Ilzhöfer/Engels*, Patent- Marken- und Urheberrecht, S. 215.

⁵ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (*Markengesetz – MarkenG*), vom 25.10.1994.

⁶ *Lov om beskyttelse av varemerker* (*varemerkeloven - vml.*) vom 26.3.2010; Aufgrund der Besonderheit, dass in der norwegischen Sprache der bestimmte Artikel am Ende des Wortes steht, (*varemerkeloven = Das Markengesetz*), wird aber auch teilweise mit dem Wort *varemerkelov* gearbeitet, um eine Dopplung des bestimmten Artikels zu vermeiden.

⁷ Man spricht in diesem Fall von einer sogenannten *non liquet*-Situation. Lateinisch: *non liquet* = deutsch: es ist nicht klar.

über die Marke (Markenrechtsrichtlinie - MRL)⁸ und deren Übernahme in das EWR-Abkommen⁹ das deutsche und das norwegische Markenrecht europäisch harmonisieren. Auf diese Weise werden zumindest die markenrechtlichen Sachnormen weitestgehend harmonisiert.

Eine bislang wenig behandelte Thematik ist die Frage, ob die Markenrechtsrichtlinie auch die Beweislastverteilung in grundlegender Weise harmonisiert.

Sofern keine europäischen Vorgaben bestehen, ist die Beweislastverteilung zunächst Sache des nationalen Rechts. Danach würde die Frage der Beweislastverteilung im Markenrecht einzig durch die stark verschiedenartigen Beweislastregelungen des deutschen und des norwegischen Zivilrechts beantwortet. Von einer solchen autonomen Regelung der Beweislast durch das nationale Markenrecht wurde auch lange Zeit ausgegangen. Ein beredtes Zeugnis dieser Auslegung sind etwa die Ausführungen des Generalanwalts *Jacobs* in der Sache ***Bristol-Myers Squibb***¹⁰ oder die Vorarbeiten zum norwegischen *varemerkelov*.

Die jüngere Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)* legt hingegen nahe, dass die Beweislastverteilung für den Bereich des Markenrechts in grundsätzlicher Weise den materiell-rechtlichen Wertungen der Markenrechtsrichtlinie zu entnehmen sei; die Markenrechtsrichtlinie also neben den Vorgaben zur Sachnorm auch die Beweislastverteilung regle.

Bislang findet die Rechtsprechung des *EuGH* allerdings sowohl im deutschen als auch im norwegischen Markenrecht wenig Beachtung. Vielmehr wird die Risikoverteilung im Markenrecht der beiden Länder durch die stark voneinander abweichenden nationalen Beweislastregeln determiniert.

In engem Zusammenhang mit der Beweislast steht auch das Beweismaß. Es gibt anders als die Beweislast nicht vor, wie ein Richter im Falle des *non liquet* zu entscheiden hat, sondern wann der Richter von einer Tatsachenbehauptung überzeugt sein darf. Damit definiert das Beweismaß unmittelbar den Anwendungsbereich der Beweislast, da letztere nur zur Anwendung kommt, wenn der Richter weder vom Vorliegen noch vom Nichtvorliegen bestimmter Tatsachenbehauptungen überzeugt ist. Mangels einer europarechtlichen Regelung finden im zivilrechtlichen Markenverletzungsprozess die nationalen Beweismaßregelungen des deutschen und des norwegischen Zivilprozessrechts Anwendung.

Diese Arbeit analysiert primär die Beweislastverteilung im deutschen und im norwegischen Markenrecht nach den jeweiligen nationalen Grundsätzen. Ferner analysiert diese Arbeit auch die Beweislastverteilung durch die Marken-

⁸ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke (MRL).

⁹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, vom 2.5.1992 (EWR-Abkommen).

¹⁰ Schlussanträge *GA Jacobs*, EuGH, RS. 427/93 – *Bristol-Myers Squibb*, Rn. 101 f.

rechtsrichtlinie mit besonderem Augenmerk auf der Rechtsprechung des *EuGH*, um so eine Aussage darüber treffen zu können, inwieweit die Beweislastverteilungen im jeweiligen nationalen Markenrecht Deutschlands und Norwegens bereits den Vorgaben der Markenrechtsrichtlinie entsprechen oder richtlinienkonform auszulegen sind.

Die Beweislastverteilung soll dabei nicht kommentarartig für jede Norm des jeweiligen Markenrechts, sondern anhand zentraler Normen, in denen sich eine Vielzahl beweislasterrechtlicher Fragen kumuliert, bearbeitet werden. Im Fokus stehen dabei die §§ 14 (Ausschließliches Recht des Inhabers einer Marke; Unterlassungsanspruch; Schadensersatzanspruch), 24 (Erschöpfung) und 21 MarkenG (Verwirkung von Ansprüchen) bzw. die §§ 4 (*Varemerkerettens innhold*¹¹), 6 (*Konsumpsjon av varemerkeretten*¹²) und 8 vml. (*Virkninger av tet*¹³), die jeweils die Art. 5 (Rechte aus der Marke), 7 (Erschöpfung der Rechte aus der Marke) und 9 MRL (Verwirkung durch Duldung) in nationales Recht umsetzen.

Darüber hinaus soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern die nationalen Beweismaßregelungen geeignet sind, eine harmonisierende Wirkung der MRL für den Bereich der Beweislastverteilung zu relativieren.

Schließlich soll in einem Ausblick erörtert werden, ob damit zu rechnen ist, dass der *EuGH* seine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung durch die MRL auch auf andere Richtlinien im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ausweitet.

Die norwegische Rechtsordnung eignet sich für diesen Vergleich besonders gut. Zum einen unterscheiden sich die Beweislastregeln des deutschen und des norwegischen Zivilrechts ganz wesentlich, sodass mit einer unterschiedlichen Beweislastverteilung durch das nationale Recht bei inhaltlich nahezu identischen Sachnormen zu rechnen ist. Zum anderen weicht auch das zivilrechtliche Beweismaß der beiden Rechtsordnungen stark voneinander ab, was wiederum Auswirkungen bei dem Versuch der Harmonisierung der Beweislastverteilung im Markenrecht hat. Ferner kommt der Bearbeitung zu Gute, dass die norwegische Lehre im Bereich des Zivilprozessrechts immer auch ein Auge auf die Lösungen des deutschen Zivilprozessrecht wirft, wodurch ein Vergleich erleichtert wird.

¹¹ Norwegisch: *Varemerkerettens innhold* = deutsch: Inhalt des Markenrechts.

¹² Norwegisch: *Konsumpsjon av varemerkeretten* = deutsch: Erschöpfung des Markenrechts.

¹³ Norwegisch: *Virkninger av passivitet* = deutsch: Wirkungen von Untätigkeit.

B. Grundlagen

I. Methodenwahl

In der modernen Rechtsvergleichung haben sich verschiedene methodische Vorgehensweisen herausgestellt.¹⁴ Aus diesen Vorgehensweisen ergibt sich allerdings keinesfalls ein gesicherter Methodenkanon¹⁵, wie er dem deutschen Juristen bei der Auslegung zivilrechtlicher Normen bekannt ist.

Es kommt vielmehr darauf an, in Bezug auf das individuelle Rechtsvergleichungsvorhaben die „richtige Methode“ zu finden.¹⁶ Im Fall dieser Arbeit kommt es daher darauf an, festzustellen, wie bei der Bearbeitung des speziellen Themas „Darlegungs- und Beweislast bei Markenrechtsverletzungen in Deutschland und in Norwegen“ methodisch vorzugehen ist.

Das bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche bereits gemachten Erfahrungen in der vergleichenden Rechtswissenschaft hinfällig wären und eine völlig neue Arbeitsmethode anzuwenden sei. Vielmehr heißt es, dass die in der Rechtsvergleichung bereits bekannten Erfahrungen genutzt werden können, um ein methodisches Konzept zu entwickeln, das eine möglichst ergiebige

¹⁴ *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 57 ff.

¹⁵ *Rainer*, Europäisches Privatrecht, S. 20 ff.; *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 57 ff.

¹⁶ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3 I.

Bearbeitung des Themas erlaubt. Es kann daher insbesondere auf einige wichtige „Weichenstellungen“ bei dem methodischen Vorgehen zurückgegriffen werden, die sich im Laufe der Zeit herauskristallisiert haben.¹⁷

1. Funktionelle Rechtsvergleichung

Nach dem formalen Ansatz der Rechtsvergleichung werden die Rechtsnormen des einen Landes mit den Rechtsnormen eines anderen Landes oder anderer Länder anhand des Wortlauts verglichen.¹⁸ Durch dieses Vorgehen sollen „emotionale Elemente“ aus der juristischen Diskussion ausgeblendet und eine „weltanschauliche und politisch erhitzte Diskussion“ „entdramatisiert“ werden.¹⁹

Ganz abwegig wäre dieser Ansatz für diese Arbeit nicht. Gerade mit Hinblick auf den markenrechtlichen und den prozessrechtlich Einschlag dieser Arbeit lassen sich viele Parallelen in den beiden Rechtsordnungen erkennen, sodass ein Vergleich anhand des reinen Wortlauts auf den ersten Blick durchaus angebracht erscheinen könnte. Sowohl das deutsche *Markengesetz* als auch das norwegische *varemerkelov* setzen nämlich die Vorgaben der Markenrechtsrichtlinie²⁰ um und haben daher nicht nur historisch gewachsene Gemeinsamkeiten²¹. Auch die deutsche und die norwegische Zivilprozessordnung weisen eine Nähebeziehung auf, die sich z. B. durch die Gemeinsamkeiten vieler Begriffe und Rechtsinstitute ausdrückt.²²

Allerdings hätte dieser methodische Ansatz auch erhebliche Nachteile für die Bearbeitung. Zunächst einmal wäre schon problematisch, dass es nicht zwingend eine „Parallelvorschrift“ in der zu vergleichenden Rechtsordnung gibt. Eine Rechtsvergleichung, die sich in der formalen Analyse erschöpft, lebt davon, dass im fremden Recht Rechtsnormen ausfindig gemacht werden, die mit der eigenen Rechtsnorm verglichen werden können. Wenn sich solche Normen in der fremden Rechtsordnung allerdings nicht finden lassen, unterliegt diese Methode des Rechtsvergleichs bereits starken Einschränkungen.²³

¹⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 31 ff.

¹⁸ *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 59 f.; *Neubaus*, *RabelsZ* 1964, S. 563.

¹⁹ *Neubaus*, *RabelsZ* 1964, S. 563.

²⁰ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke, in dieser Arbeit als *Markenrechtsrichtlinie* bezeichnet.

²¹ Zu den historisch gewachsenen Gemeinsamkeiten im Bereich des Markenrechts siehe: *NOU* 2001: 08, S. 7 ff.

²² Zu der Nähebeziehung der beiden Zivilprozessordnungen siehe: *Lipp/Fredriksen*, *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, S. 1 ff.

²³ *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 64; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3 II.

Der funktionelle Ansatz hingegen beschränkt sich nicht alleine auf den Wortlaut der Normen, sondern betrachtet einzelne Problemkreise und deren (oft komplexe) Lösungen. Dieser Ansatz beruht auf der Erkenntnis, dass „zwar jede Gesellschaft ihrem Recht im Wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt, dass aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme, selbst wenn am Ende die Ergebnisse gleich sind, auf sehr unterschiedliche Weise lösen.“²⁴

Der funktionale Ansatz dürfte insbesondere bei einem Rechtsvergleich mit Norwegen Bedeutung haben. Die Rechtsordnung Norwegens ist durch die Gedanken des skandinavischen Rechtsrealismus²⁵ geprägt und es steht bei der Rechtsanwendung im Gegensatz zu der deutschen Rechtsordnung keine rationalistisch-abstrakte Denkmethode im Vordergrund.²⁶ Anstatt eng am Wortlaut des Gesetzestextes zu arbeiten bezieht die norwegische Rechtsordnung bei der Auslegung des Rechts verstärkt solche Faktoren mit ein, die gerade kein normiertes Recht darstellen. Dieses Charakteristikum des Skandinavischen Rechtskreises lässt die Nachteile des formalen Ansatzes besonders evident werden. Auf diese Weise würde man ständig der Gefahr unterliegen, das Norwegische Recht nur unzureichend zu erfassen, da ganz wesentliche Faktoren für die Rechtsfindung, die eben keinen Niederschlag in Normen finden, unberücksichtigt blieben.

Es soll daher dem funktionellen Ansatz der Rechtsvergleichung gefolgt werden.

2. Makro- und Mikrovergleichung

Weiterhin wichtig für die Methodik dieser Rechtsvergleichung ist die Unterscheidung in *Makro-* und *Mikrovergleichung*. Diese Begriffe bezeichnen beide den Bereich des eigenen- und fremden Rechts, auf den sich die Rechtsvergleichung fokussiert.

Die *Makrovergleichung* bezieht sich im Großen auf die verschiedenen Denkmethode und Verfahrensweisen²⁷ der einzelnen Rechtsordnungen und hat auf diese Weise Überlegungen zum Gegenstand, die von grundsätzlicher Art sind.

Der Begriff *Mikrovergleichung* hingegen steht für die Betrachtung einzelner Rechtsinstitute oder Rechtsprobleme im Rahmen des Rechtsvergleichs. Wie sich schon anhand des Themas vermuten lässt, soll die Mikrovergleichung im Vordergrund dieser Arbeit stehen. Es ist allerdings zu beachten, dass die

²⁴ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 3 II.

²⁵ Siehe zum skandinavischen Rechtsrealismus: *Bjarup*, Skandinavischer Realismus.

²⁶ *Helland/Koch*, ZEuP 2013, S. 585 (617); *Gomard*, in *Scandinavian Studies in Law* 1961, S. 27 (34 ff.).

²⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4.

Grenze zwischen Makro- und Mikrovergleichung nicht trennscharf ist.²⁸ Gerade bei einer Rechtsvergleichung, die zwei so unterschiedliche Rechtsordnungen wie die deutsche und die norwegische zum Gegenstand hat, ist zu vermuten, dass sich einige nationale Regelungen nur verstehen lassen, wenn Rücksicht auf die verschiedenen Denkmethode und Verfahrensweisen der einzelnen Rechtsordnungen genommen wird. Es sollen daher im Rahmen dieser Arbeit die Betrachtungen auf der Mikro-Ebene im Vordergrund stehen und Makro-Betrachtungen dann herangezogen werden, wenn diese zum Verständnis der gefundenen Lösungen notwendig sind.

II. Der deutsche und der skandinavische Rechtskreis

Nach heute vorherrschender Einteilung gehört die deutsche Rechtsordnung dem deutschen Rechtskreis und die norwegische Rechtsordnung dem skandinavischen Rechtskreis an. Insofern ist anerkannt, dass zwischen den beiden Rechtsordnungen zumindest so große Unterschiede bestehen, die eine Einordnung in separate Rechtskreise erlauben.

1. Deutscher Rechtskreis

Der *deutsche Rechtskreis* bezeichnet das kontinentaleuropäische, deutschsprachige und charakteristischerweise kodifizierte Recht, für das die deutsche Rechtsordnung repräsentativ steht.²⁹

Unter der *Historischen Rechtsschule*, deren anerkanntes Haupt von Savigny (1779–1861) war³⁰, entstand ein systematisch-logisches Verständnis vom Recht. Es entwickelte sich ein rechtswissenschaftlicher Positivismus, für den außerjuristische Wertungen, wie soziale, ethnische oder religiöse Aspekte, möglichst dem Recht ferngehalten werden sollten.³¹ Diese Entwicklung gipfelte in der *Pandektenwissenschaft*, die „ein geschlossenes System von Institutionen, Begriffen und Lehrsätzen³²“ herausarbeitete, aus dem sich jede juristische Fragestellung beantworten ließ.³³ Auf diese Weise entwickelten sich „messerscharf“ definierte Begriffe und ein schlüssiges System.³⁴

Auch wenn durch die Strömung der *Interessenjurisprudenz*, als deren Vordenker von Jhering (1818–1892) gilt, der Ruf nach lebensnahen Normierungen und

²⁸ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 5.

²⁹ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 130.

³⁰ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 137.

³¹ Rainer, Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung, S. 91.

³² Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 139.

³³ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 139.

³⁴ Rainer, Europäisches Privatrecht – Die Rechtsvergleichung, S. 92.

Entscheidungen stärker wurde³⁵, behielt das deutsche Recht doch im Grundsatz seinen durch die *Historische Rechtsschule* erlangten Charakter.³⁶

2. Skandinavischer Rechtskreis

Eine einheitliche skandinavische Rechtsordnung besteht nicht. Aufgrund der mannigfachen Gemeinsamkeiten der einzelnen Rechtsordnungen der skandinavischen Staaten und der Unterschiede zu nicht skandinavischen Rechtsordnungen wird jedoch heutzutage größtenteils von einem eigenen skandinavischen Rechtskreis ausgegangen.³⁷

Sehr bedeutsam und nachhaltig prägend für den skandinavischen Rechtskreis waren die Werke des Dänen *Anders Sandø Ørsted* (1778–1860). Die Bedeutung *Ørsteds* für die Entwicklung des skandinavischen Rechtskreises wird teilweise so hoch eingeschätzt, wie die Rolle *von von Savignys* für die Entwicklung des deutschen Rechtskreises.³⁸ In jüngerer Zeit wird der skandinavische Rechtsrealismus vor allem mit der um 1900 von *Axel Hägerström* (1868–1939) gegründeten Uppsala-Schule verbunden, deren Hauptvertreter *Anders Lundstedt* (1882–1955), *Karl Olivecrona* (1897–1980) und *Alf Ross* (1899–1979) waren.

Der Rechtsrealismus wehrt sich gegen die Vorstellung, dass das Recht auf den Wertungen einer Verfassung oder des Gesetzgebers beruht und die Richter bei der Rechtsprechung diese Wertungen nachvollziehen und auf den konkreten Fall anwenden.³⁹ Es besteht daher in den Augen der Anhänger des skandinavischen Realismus kein lückenloses und vollständiges System von Normen, aus dem die Richter ihre Entscheidung logisch abzuleiten haben⁴⁰. Vielmehr sei für die Geltung des Rechts dessen tatsächliche Wirksamkeit aus-

³⁵ *Ellscheid/Hassemer*, *Interessenjurisprudenz*, S. 1.

³⁶ *Ellscheid/Hassemer*, *Interessenjurisprudenz*, S. 1 ff.

³⁷ Diese Gemeinsamkeiten und die enge Zusammenarbeit der skandinavischen Staaten zeigt sich besonders bei der *nordischen Zusammenarbeit im Kennzeichenrecht* (NOU 2001: 08, S. 7 ff.). Bereits im Jahr 1881 wurde von den Ländern Dänemark, Norwegen und Schweden eine Kommission mit der Ausarbeitung eines „Gesetzes über die Handelsfirma und die Prokura, als auch den Schutz von Marken [...]“ beauftragt. Hieraus resultierten das norwegische und das schwedische Markengesetz von 1884, das finnische Markengesetz von 1989 und das dänische Markengesetz von 1890. Diese Gesetze entstanden in starker Anlehnung an das deutsche Warenzeichenrecht der damaligen Zeit. Auch wenn durch diese Gesetze nicht das gesamte skandinavische Markenrecht harmonisiert wurde, so entstand doch zu einem hohen Grad Rechtseinheit im Bereich des Markenrechts (NOU 2001: 08, S. 9.). Im Großen und Ganzen besteht diese Rechtseinheit im Bereich des Markenrechts bis heute (NOU 2001: 08, S. 9 ff.); *Ring/Olsen-Ring*, Einführung in das skandinavische Recht, S. 2; *Korkisch*, Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder, S. 1 ff.; *Kötz/Zweigert*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 280; *Jørgensen*, JZ 1970, S. 530.

³⁸ *Jørgensen*, JZ 1970, S. 530.

³⁹ *Bjarup*, *Skandinavischer Realismus*, S. 118.

⁴⁰ *Bjarup*, *Skandinavischer Realismus*, S. 181; *Lundstedt* beschreibt eine solche These in: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, S. 164, als „reinen Unsinn“.

schlaggebend.⁴¹ Das Recht wird als rein tatsächliche Erscheinung der Wirklichkeit verstanden und ist nicht abhängig von materiellen Gerechtigkeitsnormen.⁴² Dem Gesetzgeber und der Rechtswissenschaft bleibt nur die Aufgabe, Gesetze und Theorien zu erschaffen, die dieser Wirklichkeit mit größerer oder kleinerer Wahrscheinlichkeit entsprechen.⁴³

Im Unterschied zum deutschen Rechtskreis legt man im skandinavischen Rechtskreis daher weniger Wert auf die vollständige Normierung des geltenden Rechts⁴⁴ oder das Herausarbeiten exakter Begrifflichkeiten und einer logisch-konsistenten Systematik, sondern begnügt sich tendenziell mit einfacheren und anschaulicheren Gesetzestexten, die weithin zugunsten einer Fülle kasuistischer Einzelregelungen auf theoretische Verallgemeinerungen verzichten.

Die Ermittlung des geltenden Rechts folgt im norwegischen Recht der auf *Thorstein Eckhoff* (1916 - 1993)⁴⁵ zurückgehenden *rettskildelære*.⁴⁶ Danach ergibt sich das geltende Recht aus dem Zusammenwirken der sogenannten *rettskildefaktorer*.⁴⁷ Diese sind im Einzelnen: Der Gesetzestext (*lovtekst*), amtliche Gesetzesvorarbeiten (*lovførarbeider*), spätere Aussagen des Gesetzgebers (*etterarbeider*), die Rechtspraxis (*rettspraksis*), die Verwaltungspraxis, sowie der obersten Staatsorgane (*andre myndigheters praksis*), die private Rechtspraxis, die Rechtswissenschaft (*rettsvitenskapen*) und andere Rechtsauffassungen (*rettsoppfatninger*), besondere Würdigungsgesichtspunkte (*reelle hensyn*) und internationale Einflüsse, wie das europäische Recht oder das Völkerrecht⁴⁸.

⁴¹ *Bjarup*, Skandinavischer Realismus, S. 15.

⁴² *Hägerström* in: R. Schmidt, Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Bd. 7, S. 117 f.

⁴³ *Illum*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 12 (1968), S. 49 ff.; *Bjarup*, Skandinavischer Realismus, S. 18.

⁴⁴ Vor diesem Hintergrund wird dem skandinavischen Recht allgemein ein fragmentarischer Charakter zugeschrieben.

⁴⁵ *Eckhoff*, Rettskildelære, 1. Auflage, Oslo, 1971; *Eckhoff/Helgesen*, Rettskildelære, 5. Auflage, Oslo, 2001.

⁴⁶ Norwegisch: rettskildelære = deutsch: Rechtsquellenlehre; wobei dieser Begriff irreführend ist, da es sich gerade nicht um die Lehre von den eigentlichen Quellen des Rechts handelt, sondern vielmehr um die Lehre von den Faktoren, aus denen sich das Recht ergibt.

⁴⁷ Norwegisch: rettskildefaktorer = deutsch: Rechtsermittlungsquellen; *Helland/Koch*, ZEuP 2013, S. 585 (590); *Monsen*, Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, S. 29 ff.

⁴⁸ *Monsen*, Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, S. 29 ff.; *Helland/Koch*, ZEuP 2013, S. 585 (590 ff.)

C. Die Beweislast im deutschen und im norwegischen Zivilrecht

Im deutschen Recht versteht man unter dem Begriff „Zivilprozess“ das rechtlich geregelte Verfahren vor den ordentlichen Gerichten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten i. S. d. § 13 GVG.⁴⁹ Im norwegischen Recht versteht man ganz ähnlich unter dem Begriff *sivilprosessrett* das Verfahren in Zivilsachen vor den jeweils zuständigen Gerichten.⁵⁰ Die an den jeweiligen Zivilprozessen beteiligten Parteien haben dabei sowohl das Interesse, dass bestimmte subjektive Rechte zu ihren Gunsten durch das Gericht festgestellt werden, als auch dass diese Rechte von staatlicher Hand durchgesetzt werden. Sowohl in Deutschland als auch in Norwegen findet die Feststellung der subjektiven Rechte im Erkenntnisverfahren statt, während die Durchsetzung durch das davon zu unterscheidende Vollstreckungsverfahren sichergestellt wird.⁵¹ Die in dieser Arbeit behandelten Fragen zum Thema der Beweislast bei Markenrechtsverletzungen sind dem Bereich des Erkenntnisverfahrens zuzuordnen.

⁴⁹ Lücke, Zivilprozessrecht I, S.1; Musielak, ZPO, Einl. Rn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1, Rn. 2; Rauscher, Münchener Kommentar zur ZPO, § 1 Einleitung, Rn. 1.

⁵⁰ Sektion 1 – 1 Abs. 1 S. 1 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

⁵¹ Rauscher in: Münchener Kommentar zur ZPO, Einleitung, Rn. 18; Musielak, ZPO, Einleitung, Rn. 2; Robberstad, Sivilprosess, S. 1 f.

Innerhalb des Erkenntnisverfahrens wird sowohl im deutschen als auch im norwegischen Zivilprozess vornehmlich um die Wahrheit oder Unwahrheit behaupteter Tatsachen gestritten.⁵² Die Aufgabe des Richters ist es dabei, im Rahmen der Beweiswürdigung zu entscheiden, ob die tatsächlichen Behauptungen der Parteien für wahr oder unwahr zu befinden sind und daher entweder zur Grundlage des Urteils werden oder unbeachtet bleiben müssen.

Es ist jedoch sowohl in der deutschen als auch in der norwegischen Rechtsordnung der Fall denkbar, dass ein Richter weder davon überzeugt ist, dass eine behauptete Tatsache wahr ist noch dass sie unwahr ist. Diese Fälle stellen den Anwendungsbereich der Beweislastnormen dar. Der Richter kann in einem solchen Fall die Sache nicht mehr nach den Vorgaben der Sachnorm entscheiden, sondern muss auf die Wertungen der Beweislastnorm zurückgreifen und so ermitteln, zu Lasten welcher Partei die Ungewissheit über die Tatsachen geht.

Grundsätzlich ist die Gestaltung dieser besagten Beweislastnormen eine Aufgabe der Mitgliedstaaten der EU bzw. des EWR. Dennoch zeichnet sich eine zunehmende Einwirkung der europäischen Normen auch auf die Frage der Verteilung der Beweislast im nationalen Recht ab.

I. Deutschland (nationale Regelungen)

Im deutschen Zivilrecht wird die Frage der Beweislast nicht abstrakt und ausdrücklich geregelt.⁵³ Zwar sah der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches in den §§ 193 - 198 solche Regelungen vor⁵⁴, doch fanden diese keinen Eingang in die endgültige Fassung, da einer solchen Normierung zu viel Skepsis entgegengebracht wurde.⁵⁵ Da in der Folge von einer solchen Normierung abgesehen wurde, war und ist die Frage nach der Beweislast der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, die sich dieser Aufgabe bislang auch ausführlich widmete.⁵⁶

⁵² *Laumen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 5.

⁵³ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 90.

⁵⁴ Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, § 193 ff.

⁵⁵ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 4.

⁵⁶ Um nur einige Werke zu nennen: *Baumgärtel*, Probleme der Beweislastverteilung in der Zwangsvollstreckung, in: FS Lüke, 1997, S. 1 ff.; *Brox*, Die Bedeutung der Beweislast im Zivilprozeß, JA 1979, S. 590 ff.; *Dammann*, Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten; *Habscheid*, Beweislast und Beweismaß – ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 105 ff.; *Kostka*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung; *Lahme*, Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts; *Laumen*, Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr – Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, S. 3739 ff.; *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast; *Leonhard*, Die Beweislast; *Musiak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß;

1. Beweislast

Im Laufe der Zeit hat die deutsche Literatur und Rechtsprechung eine nahezu unüberschaubare Vielzahl an hochkomplizierten theoretischen Betrachtungen der Frage der Beweislast hervorgebracht.⁵⁷ Diese Ansätze können in dieser Arbeit nicht vollumfassend behandelt werden und würden in letzter Konsequenz wohl auch keinen entscheidenden Vorteil für die Aussagekraft dieser rechtsvergleichenden Arbeit bringen. Stattdessen sollen die deutschen Regelungen zur Beweislastfrage in angemessenem Umfang betrachtet werden, so dass ein aussagekräftiger Vergleich mit dem norwegischen Recht möglich bleibt.

a.) Die verschiedenen Facetten des Beweislastbegriffs

Um ein Verständnis von „der Beweislast“ im deutschen Recht zu bekommen, muss zunächst geklärt werden, was unter dem Begriff „Beweislast“ überhaupt zu verstehen ist.

Gemeinhin wird angenommen, dass der Begriff der Beweislast äußerst unglücklich gewählt ist⁵⁸, was zu vielerlei Missverständnissen führen kann, die alleine auf dem unklaren Gebrauch der Terminologien beruhen.⁵⁹ Gerade im Rahmen eines Rechtsvergleichs muss diesem Umstand besondere Beachtung zukommen, da neben die Begrifflichkeiten der deutschen Beweislastthematik auch noch die Begrifflichkeiten der norwegischen Beweislastthematik treten. Es ist daher zunächst notwendig, in der gebotenen Kürze die im deutschen Recht verwendeten Begriffe der Beweislast darzustellen.

Der Begriff „Beweislast“ wird im deutschen Recht als Oberbegriff für die verschiedenen Erscheinungsformen der Beweislast, nämlich die *Beweislastnormen*, die *objektive Beweislast* und die *subjektive Beweislast*, verstanden.⁶⁰ Die wich-

Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast; *ders.*, Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, S. 1007 ff.; *Rosenberg*, Die Beweislast; *Stürner*, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozeß, in: Festgabe für Vollkommer, 2006, S. 2001.

⁵⁷ Siehe beispielhaft, aber keinesfalls abschließend: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast; *Leonhard*, Die Beweislast; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß.

⁵⁸ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 5; *Maassen*, Beweismaßprobleme, S. 12; *Lepa*, Die Verteilung der Beweislast im Privatrecht und ihre traditionelle Begründung, S. 1 ff.; *Wabrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 4.

⁵⁹ *Schmeling*, Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, S. 22 ff.; hierauf weisen auch die umfangreichen terminologischen Ausführungen in *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 1 ff. hin.

⁶⁰ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 386; *Laumen* in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 25 f.

tigste begriffliche Unterscheidung im Rahmen der Beweislastprobleme stellt die zwischen der *objektiven* und *subjektiven Beweislast* dar.⁶¹

Die *objektive Beweislast* regelt den Fall, dass der Richter nach Abschluss der mündlichen Verhandlung weder von dem Vorliegen noch von dem Nichtvorliegen einer entscheidungserheblichen beweisbedürftigen Tatsache überzeugt ist.⁶² Die *objektive Beweislast* stellt sich daher nicht als Last einer Partei dar, sondern richtet sich vielmehr an den Richter⁶³ und ermöglicht ihm eine Entscheidung auch im Falle einer *non liquet*-Situation.⁶⁴ Es wird daher teilweise auch von der *Feststellungslast* gesprochen, um den Bezug zur Entscheidung durch den Richter zu verdeutlichen.⁶⁵

Die *subjektive Beweislast* ist von der soeben dargestellten *objektiven Beweislast* zu unterscheiden. Sie richtet sich an die Parteien und betrifft die Frage, welche Partei im Rechtsstreit aktiv eine bestimmte Tatsache beweisen muss, um den Prozess nicht zu verlieren.⁶⁶ Da es i. R. d. *subjektiven Beweislast* stets darum geht, den Haupt- oder Gegenbeweis zu führen, wird teilweise synonym der Ausdruck *Beweisführungslast* verwendet⁶⁷, der zugleich die Abgrenzung zur *objektiven Beweislast* bzw. *Feststellungslast* stärker zum Ausdruck bringt. Die Konzeption der *Beweisführungslast* wird am deutlichsten, wenn man der Unterteilung in *abstrakte* und *konkrete Beweisführungslast* folgt.

Die *abstrakte Beweisführungslast* gibt vor, welche Partei in der Ausgangssituation eines Rechtsstreits das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale beweisen muss, um den Prozess nicht zu verlieren.⁶⁸ Diese Frage ist notwendigerweise eng mit der Verteilung der *Feststellungslast* verbunden und es gilt der Grundsatz, dass die Verteilung der *abstrakten Beweislast* an die Verteilung der *Feststellungslast* gekoppelt ist und dieser folgt.⁶⁹ Der Unterschied zwischen *Feststellungslast* und *abstrakter Beweisführungslast* besteht jedoch darin, dass sich die *Feststellungslast* an den Richter richtet, während die *abstrakte Beweisführungslast* an die jeweilige Partei gerichtet ist.

⁶¹ Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 6.

⁶² Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlage, S. 27 f.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 33 ff.; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 6; Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, S. 20; Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 18.

⁶³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 32.

⁶⁴ Rosenberg, Die Beweislast, S. 64.

⁶⁵ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 27 f.

⁶⁶ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 41 f.

⁶⁷ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 41 f.

⁶⁸ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 41 f.; Saenger, ZPO, § 286, Rn. 54; zur Kritik an diesem Begriff siehe: Musielak, ZZZ 100, S. 385 (403 f.); Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, S. 118; Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozeß, S. 22; Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, S. 26 ff.

⁶⁹ Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 46.

Die *konkrete Beweisführungslast* hingegen bezieht sich auf die Frage, welche Partei im Laufe des Prozesses bestimmte Tatbestandsmerkmale beweisen muss, um den Prozess nicht zu verlieren.⁷⁰ Hat eine Partei im Prozess das Gericht vorläufig von der Wahrheit tatsächlicher Behauptungen überzeugt, so geht die *konkrete Beweisführungslast* auf die andere Partei über und diese muss tätig werden, um den Prozess nicht zu verlieren.⁷¹ Insofern kann die *konkrete Beweisführungslast* zwischen den Parteien hin und herwechseln.⁷²

b.) Keine Anwendung der Sachnormen im Fall des non liquet

Dem Richter kommt die Aufgabe zu, die abstrakt formulierten Gesetzestexte auf den Einzelfall anzuwenden. Der Richter muss also feststellen, ob ein hypothetisch formulierter Tatbestand durch tatsächliche Vorgänge in der konkreten Wirklichkeit erfüllt wurde und somit eine bestimmte Rechtswirkung eintritt oder ob der Tatbestand nicht erfüllt wurde und die Rechtswirkung somit nicht eintritt.⁷³

Gelangt der Richter dabei zu einer *non liquet*-Situation, so zeigt sich die besondere Wichtigkeit der Beweislastnormen für den Prozessausgang. In einem solchen Fall bietet die reine Sachnorm nämlich keine Lösung, da sie lediglich anordnet, wie der Richter zu entscheiden hat, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm vorliegen oder wenn sie nicht vorliegen.⁷⁴

Dieser Umstand ist misslich, zumal der Richter aufgrund des Justizgewährungsanspruchs verpflichtet ist, trotz der Ungewissheit über den Tatbestand den Fall zu entscheiden.⁷⁵ Eine Streitigkeit, die einmal vor Gericht gebracht wurde, muss durch den Richter auch entschieden werden.

⁷⁰ Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 103; Foerste, in: Musielak, ZPO, § 286, Rn. 33; Saenger, ZPO, § 286, Rn. 56.

⁷¹ Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 103; Foerste, in: Musielak, ZPO, § 286, Rn. 33; Saenger, ZPO, § 286, Rn. 56.

⁷² Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 103; Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 49; Saenger, ZPO, § 286, Rn. 56; Gottwald, Jura 1980, 227.

⁷³ Rosenberg, Die Beweislast, S. 1.

⁷⁴ Musielak, Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 23; Kur, Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 12.

⁷⁵ Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 168 f.; Die verfassungsrechtliche Grundlage dieses Anspruchs ist nach neuerer Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) das in Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz (GG) verankerte Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 36, S. 264 (275); 53, S. 115 (127); 54, S. 277 (291)). Früher sah das BVerfG die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 3, S. 359 (364)); Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) leitet den Justizgewährungsanspruch aus Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) her.

c.) Überwindung des Problems durch die Regelungen der Beweislast

Das Verhalten des Richters in einer *non liquet*-Situation wird durch die Regeln der Feststellungslast determiniert.⁷⁶ Sie stellen eine „Anweisung an den Richter über den Inhalt des von ihm zu fällenden Urteils“ dar⁷⁷ und geben ihm die Möglichkeit, den konkreten Fall auch dann entscheiden zu können, wenn er weder davon überzeugt ist, dass bestimmte Tatsachen vorliegen, noch davon, dass diese Tatsachen nicht vorliegen. Es ergeht dann eine sog. *Beweislastentscheidung* zu Ungunsten der Partei, die für den fraglichen Tatbestand die Beweislast trägt.⁷⁸

(1) Ergänzungsfunktion

Die Beweislastnormen ergänzen auf diese Weise jeden anzuwendenden Rechtssatz für den Fall des *non liquet*.⁷⁹ Man kann daher bei genauerer Betrachtung feststellen, dass sich der einzelne materielle Rechtssatz aus einer Sachnorm und einer Beweislastnorm zusammensetzt. Die Beweislastnorm ordnet zunächst lediglich eine Fiktion an, die besagt, dass die Nichterweislichkeit und die Nichtverwirklichung gewisser Tatbestandsvoraussetzungen gleichzustellen sind (negative Grundregel).⁸⁰ Zwar herrscht bezüglich der methodischen Überwindung der *non liquet*-Situation ein hochgradig komplizierter Meinungsstreit in der deutschen Literatur⁸¹, doch kommen alle vertretenen Ansichten zu dem Ergebnis, dass die Feststellungslast dem Inhalt der materiell-rechtlichen Normen zu entnehmen ist.⁸² Aus diesem Grund wird nicht weiter auf die Problematik eingegangen, zumal die unterschiedlichen Stimmen keine Auswirkung auf die Verteilung der Feststellungslast haben.⁸³

(2) Verteilungsfunktion

Die sog. Verteilungsfunktion tritt neben die Ergänzungsfunktion der Beweislastnormen. Durch sie wird bestimmt, zu Lasten welcher Partei es sich auswirkt, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtssatzes durch den

⁷⁶ Rosenberg, Die Beweislast, S. 2 f.

⁷⁷ Rosenberg, Die Beweislast, S. 2.

⁷⁸ Rosenberg, Die Beweislast, S. 64.

⁷⁹ Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 12.

⁸⁰ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 293; Gottwald, Jura 1980, S. 225 (228); Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 12.

⁸¹ Einen Eindruck von diesem Meinungsstreit und dessen Umfang gibt Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 136 ff., der diesen Meinungsstreit trotz des weiten Umfangs der Darstellung (es handelt sich um ein 9-bändiges Werk zum Thema der Beweislast) ausdrücklich nur „sehr verkürzt“ (S. 139) wiedergibt.

⁸² Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 139.

⁸³ Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 139.

Richter nicht festgestellt werden können. Als Anknüpfungspunkt für die Fiktion der Beweislastnormen kommt nämlich jeweils ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal bzw. das kontradiktorische Gegenteil in Betracht.⁸⁴

So kann z. B. in einem Markenverletzungsverfahren das Benutzen einer Marke oder das Nichtbenutzen einer Marke, die Zustimmung zur Benutzung einer Marke oder das Fehlen der Zustimmung zur Benutzung einer Marke usw. zum Gegenstand der Fiktion gemacht werden.

Die Folge dieser „Weichenstellung“ ist, dass der Richter in einer *non liquet*-Situation entweder zum Nachteil der einen oder der anderen Partei entscheidet.

Die Feststellungslast verteilt auf diese Weise das Risiko des Prozessverlustes für den Fall, dass ein entscheidungserhebliches Merkmal nicht bewiesen werden kann, unter den Beteiligten.

d.) Prinzipien der Verteilung der Beweislast

Mit dem bisher Ausgeführten ist aber noch nichts darüber gesagt, welchen Inhalt der Richterspruch haben muss, wenn das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Tatbestandsmerkmals im Prozess ungeklärt bleibt. Diese Frage wird durch die Prinzipien der Beweislastverteilung beantwortet.

Die ganz herrschende Lehre⁸⁵ und die Rechtsprechung des BGH⁸⁶ folgen bei der Beantwortung dieser Frage prinzipiell der sog. *Normentheorie Rosenbergs* aus dem Jahr 1900⁸⁷, die von einer normativen Bindung der Beweislastverteilung ausgeht und diese daher durch die Auslegung des Gesetzes ermittelt.⁸⁸ Obwohl in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verstärkt die Verteilung der Beweislast nach inhaltlichen Prinzipien, wie etwa die Verteilung der Beweislast nach abstrakter Wahrscheinlichkeit⁸⁹, nach konkreter Wahrscheinlichkeit⁹⁰, nach Gefahrenbereichen⁹¹, dem Angreiferprinzip⁹² oder dem Grundsatz

⁸⁴ *Kur*, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 12 f.

⁸⁵ *Prütting*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, § 5, Rn. 21; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 7 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, Anh § 286, Rn. 3; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 112; *Saenger*, ZPO, § 286, Rn. 58; *Foerste*, in: Musielak, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 35; *Greger*, in: Zöllner, ZPO, Vor § 284, Rn. 17 a; *Reichhold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem § 284, Rn. 23.

⁸⁶ BGH, VI ZR 238/04 = NJW-RR 2005, S. 1183 (1184); XI ZR 84/91 = NJW-RR 1992, S. 751 (753); II ZR 190/89 = NJW 1991, S. 1052 (1053); IVb ZR 44/88 = NJW 1989, S. 1728 (1729); I ZR 127/85 = NJW 1988, S. 640 (642).

⁸⁷ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 91.

⁸⁸ *Prütting*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 142.

⁸⁹ *Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, S. 71, 189.

⁹⁰ *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 321 (335 ff.); weitere Nachweise in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 148.

⁹¹ *Prüll*, VersR 1964, S. 901.

der Waffengleichheit⁹³ geltend gemacht wurde, ist die Dominanz der *Normentheorie* ungebrochen.⁹⁴

Der Grundgedanke der *Normentheorie* kommt in folgender Grundregel zum Ausdruck: „Jede Partei trägt die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen derjenigen Norm, ohne deren Anwendung ihr Prozessbegehren keinen Erfolg haben kann, kurz: für die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen“.⁹⁵

Damit verlagert sich die Frage nach der Verteilung der objektiven Beweislast auf die Frage, wann eine geltend gemachte Norm als „günstig“ für eine bestimmte Partei anzusehen ist. Um diese Frage beantworten zu können, nimmt die *Normentheorie* an, dass sich innerhalb des Normensystems in Grundnormen und Gegennormen unterscheiden lässt.⁹⁶

Grundnormen sind solche Normen, die einen Anspruch begründen oder erzeugen. Ihnen treten sog. Gegennormen entgegen, die rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Wirkung⁹⁷ entfalten können und auf diese Weise die Wirkung der Grundnormen verändern oder beseitigen.

Bei Anwendung der *Normentheorie* im Sinne *Rosenbergs* trägt der Anspruchsteller regelmäßig die Feststellungslast für die Tatbestandsmerkmale der rechtsbegründenden (anspruchserzeugenden) Normen (Grundnormen), während der Anspruchsgegner die Feststellungslast für die Tatbestandsmerkmale der rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Normen (Gegennormen) trägt.⁹⁸

Zudem kann es vorkommen, dass den Gegennormen wieder andere Normen entgegentreten, die deren Wirkung (gemeint ist die Wirkung der Gegennormen) nicht aufkommen lassen oder beseitigen und so die Grundnormen zu voller Wirksamkeit kommen.⁹⁹ Man kann in diesen Fällen von hinderungshindernden, vernichtungshindernden, usw. Normen sprechen.¹⁰⁰

Zwar folgt die herrschende Meinung auch heute noch prinzipiell der *Normentheorie Rosenbergs*, doch wurde die *Normentheorie* an entscheidenden Stellen

⁹² *Beck*, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 15 ff.

⁹³ *Bötticher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Überlegungen zum Gleichheitssatz, S. 16 ff.

⁹⁴ *Prütting*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 143.

⁹⁵ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 12, 98 f.

⁹⁶ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 100.

⁹⁷ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 99 ff.

⁹⁸ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 105 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 115, Rn.7 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, Anh § 286, Rn. 3; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 112; *Greger*, in: Zöller, ZPO, Vor § 284, Rn. 17a; *Thomas/Putzo*, ZPO, Vorbem § 284, Rn. 23. Wenn in den folgenden Darstellungen die Rede davon ist, dass eine Partei die Beweislast für bestimmte tatsächliche Voraussetzungen einer Rechtsnorm trägt, so bezieht sich diese Aussage auf die regelmäßige Verteilung der Beweislast.

⁹⁹ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 101.

¹⁰⁰ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 101.

weiterentwickelt, sodass von einer (*Modifizierten*) *Normentheorie*¹⁰¹ gesprochen wird. Unter diesem Oberbegriff werden unter anderem die Ansätze von *Leipold*¹⁰², *Schwab*¹⁰³, *Musielak*¹⁰⁴ und *Prütting*¹⁰⁵ zusammengefasst, die die *Normentheorie* in ihren theoretischen Grundlagen und der praktischen Handhabung ergänzen¹⁰⁶. Zwar wird an der generellen Unterscheidung zwischen Grundnormen und Gegennormen festgehalten, doch beschränken sich die Gegennormen auf rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshindernde Einreden.

Was die rechtshindernden Einreden betrifft, so lehnen die Anhänger der (*Modifizierten*) *Normentheorie* es ab, diese als eine eigene Kategorie des materiellen Rechts zu betrachten. Begründet wird diese Ansicht damit, dass sich rechtshindernde Normen nicht durch ihre materiell-rechtliche Wirkung von rechtsbegründenden Normen unterscheiden lassen.

Dies kann an folgendem Beispiel verdeutlicht werden¹⁰⁷: § 21 Abs. 1 MarkenG regelt grundsätzlich die Verwirkung von Ansprüchen des Markeninhabers. Danach kann der Markeninhaber die Benutzung einer zeitjüngeren Marke durch einen Dritten nicht untersagen, wenn er die Benutzung für einen Zeitraum von 5 Jahren geduldet hat. Dies gilt jedoch gem. § 21 Abs.1 a.E. MarkenG dann nicht, wenn die Anmeldung der jüngeren Marke bösgläubig vorgenommen worden ist.

Die Bösgläubigkeit soll in diesem Fall rechtshindernd sein, weil bei ihrem Vorliegen der Eintritt der Verwirkung von vornherein ausgeschlossen wird. Es würde sich dagegen um eine rechtsbegründende Tatsache handeln, wenn die Gutgläubigkeit eine Voraussetzung des Tatbestands des § 21 Abs. 1 MarkenG wäre. Für das materiell-rechtliche Ergebnis einer Subsumtion macht dies allerdings keinen Unterschied. Der bösgläubige Inhaber der jüngeren Marke kann sich nicht auf die Wirkung des § 21 Abs. 1 MarkenG berufen, unabhängig davon, ob der gute Glaube die Wirkung des § 21 Abs. 1 MarkenG begründet oder die Bösgläubigkeit die Wirkung des § 21 Abs. 1 MarkenG ausschließt.

Vielmehr wird daher angenommen, dass es sich bei den rechtshindernden Merkmalen um einen Oberbegriff der vom Gesetzgeber normierten *Sonderregeln* der Beweislast handelt. Diese Sonderregeln geben eine Abweichung von

¹⁰¹ *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 169; *Prütting*, Karlsruher Forum 1989, S. 3, 11; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 115; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, Rn. 221; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 114, Rn. 11; *Seibl*, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, S. 122.

¹⁰² *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 42 f.

¹⁰³ *Schwab*, in: FS Bruns, S. 505 ff.

¹⁰⁴ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast.

¹⁰⁵ *Prütting*, ZZP 2010, S. 135 (140).

¹⁰⁶ *Sautter*, Beweiserleichterung und Auskunftsansprüche im Umwelthaftungsrecht, S. 35.

¹⁰⁷ Dieses Beispiel entspricht der Argumentation von: *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 38 ff.; *Leonhard*, Die Beweislast, S. 107 ff.

der Grundregel vor und stellen eine Wertungsentscheidung des Gesetzgebers dar.¹⁰⁸

Für den eben dargestellten Fall bedeutet dies, dass der Gesetzgeber den Inhaber der jüngeren Marke bewusst nicht mit der Feststellungslast bzgl. seiner Gutgläubigkeit belastet hat, sondern den Inhaber der älteren Marke mit der Feststellungslast bzgl. der Bösgläubigkeit.

Diese Beweislastsonderregeln können verschiedene Erscheinungsformen haben. Zunächst kann der Gesetzgeber die Abweichung von der Grundregel durch ausdrückliche Regelungen der Beweislast indizieren.¹⁰⁹

Ferner stellen auch sog. gesetzliche Vermutungen eine Form der Beweislastsonderregel dar.¹¹⁰ Weit aus häufiger bringt der Gesetzgeber allerdings durch die sprachliche Struktur einer Rechtsnorm eine Sonderregel der Beweislast zum Ausdruck.¹¹¹ Dies geschieht etwa durch Formulierungen, wie: „es sei denn, dass...“, „...“, „sofern nicht ...“ „Dies gilt nicht, wenn...“ oder „Die Vermutung gilt nicht, soweit...“.¹¹²

Diese Form der Beweislastsonderregel wird häufig auch als sog. *Satzbauregel*¹¹³ oder *Satzbaulehre*¹¹⁴ bezeichnet, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, dass sich die Beweislastsonderregel alleine aus der grammatikalischen Konstruktion der Norm ergibt.

e.) *Zwischenergebnis zur Beweislast*

Für die (objektive) Beweislast im deutschen Recht lässt sich festhalten, dass diese einer normativen Bindung unterliegt und deshalb im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln ist. Dabei kommen die bekannten Auslegungsmethoden, namentlich die grammatikalische, systematische, historische und teleologische, zur Anwendung. Ausgangspunkt der Betrachtung im Zivilrecht ist die *Normentheorie* und deren Grundregel, von der ggf. durch die Sonderregeln der Beweislast abgewichen werden kann.

Dem deutschen Zivilrecht liegt ein systematisch-logisches Konzept zugrunde, das sich in dem typischerweise kodifizierten Normen niederschlägt. Dieser Charakter des deutschen Rechts stellt den Nährboden für die (*Modifizierte*) *Normentheorie* dar, die in ihren feinen Ausprägungen, insbesondere der

¹⁰⁸ Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 282 ff.

¹⁰⁹ So z. B. in: §§ 280 Abs. 1, S. 2, 345, 363, 2336 Abs. 3 BGB.

¹¹⁰ So z. B. in: §§ 891, 1006, 1377 Abs. 3 BGB; siehe im Markenrecht z. B. § 28 Abs. 1 MarkenG.

¹¹¹ Prütting, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 286, Rn. 114; *Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, § 286, Rn. 86 ff.

¹¹² So z. B. in: §§ 145, 178, 179 Abs. 3, 815, 817 S. 2, 827 S. 2, 831 Abs. 1, S. 2, 832 Abs. 1, S. 2, 932 Abs. 1, S. 1, 935 Abs. 1, S. 1, 937 Abs. 2. BGB; aus dem Markenrecht z. B.: §§ 19 Abs. 2, S. 1, 21 Abs. 1 und 2, 26 Abs. 1, 33 Abs. 2, 51 Abs. 2, S. 1 MarkenG.

¹¹³ Prütting, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, *Handbuch der Beweislast – Grundlagen*, S. 145.

¹¹⁴ *Musielak*, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, S. 301; *Gottwald*, *Jura* 1980, S. 229.

Satzbaulehre, an die Systematik und den sorgfältig gewählten Wortlaut des Gesetzgebers anknüpft.

2. Beweismaß

Das Beweismaß gibt an, wann der Richter von einer Tatsachenbehauptung überzeugt sein darf.¹¹⁵ Diese Überzeugung beruht auf einer Kombination aus subjektiven und objektiven Faktoren¹¹⁶. Es kommt insofern nicht alleinig darauf an, was das rein subjektive Empfinden des Richters ist, noch was ein objektiver Betrachter in der Situation des Richters denken würde. Vielmehr ist auf ein richterliches Für-Wahr-Halten, das mit Natur-, Denk- und Erfahrungsgesetzen übereinstimmt und den richtigen Grad des Beweismaßes nicht verkennt, abzustellen.¹¹⁷ Dieses schon für sich genommen nicht rein subjektive Für-Wahr-Halten des Richters stellt den Inhalt der richterlichen Überzeugung dar und wird durch den Grad des Beweismaßes als Objekt der Überzeugung ergänzt.¹¹⁸

a.) *Regelbeweismaß*

Wie dieser objektive Bezugspunkt (also der Grad des Beweismaßes) genau ausgestaltet ist, wird durch das Regelbeweismaß im Grundsatz festgelegt. Dabei kommen theoretisch verschiedene objektive Maßstäbe in Betracht. Dies sind vor allem die Wahrheitsüberzeugung bzw. eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit¹¹⁹ und alternativ die überwiegende Wahrscheinlichkeit.¹²⁰

Die h.M. in Deutschland geht von einem hohen Regelbeweismaß aus und bezieht sich dabei u.A. auf den Wortlaut des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, der davon spricht, dass das Gericht „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden [hat], ob eine tatsächliche Behauptung *für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei*“.¹²¹ Neben dem Wortlaut „für wahr zu

¹¹⁵ Baumgärtel, in: FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der universität Köln, S. 165, ff.; *Pritting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 28.

¹¹⁶ *Foerste*, in: Musielak, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 17; *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 287, Rn. 19; *Pritting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 30.

¹¹⁷ *Pritting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 30; *Pritting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S.63.

¹¹⁸ *Pritting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S.63.

¹¹⁹ *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 287, Rn. 18; *Foerste*, in: Musielak, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 18 f.; *Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 286, Rn. 5; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 286, Rn. 2; BGH, III ZR 139/67 = NJW 1970, 946 – Anastasia.

¹²⁰ *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 321 (335, 343 ff.); *Maassen*, *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß*, S. 153 ff.; S. 475; *Pritting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 73 ff.

¹²¹ *Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 286, Rn. 5; *Pritting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 36; *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 286, Rn. 17 ff.; *Foerste*, in: Musielak, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 18.

erachten sei“ werden zudem die Gesetzessystematik, insbesondere der Gegensatz zwischen § 286 und § 294 (Glaubhaftmachung), sowie die zahlreichen ausdrücklichen Reduzierungen des Beweismaßes als Bestätigung eines hohen Regelbeweismaß angesehen.¹²² Insgesamt wird vom Richter verlangt, dass er eine streitige Tatsachenbehauptung mit voller Überzeugung für wahr oder unwahr erachtet.¹²³

Ein solches hohes Beweismaß bedeutet aber nicht, dass der Richter eine tatsächliche Behauptung nur dann für wahr oder für nicht wahr erachten kann, wenn er frei von allen Zweifeln ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* „muss sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“¹²⁴

Weniger als die volle Überzeugung des Richters reicht hingegen für das Bewiesensein regelmäßig nicht aus.¹²⁵ Das bedeutet, dass in all den Fällen, in denen eine Partei es nicht schafft, die volle richterliche Überzeugung bzgl. einer streitigen Behauptung zu erreichen, der Beweis regelmäßig als nicht geführt anzusehen ist. Somit tut sich in diesen Fällen ein breites Feld für nicht bewiesene Behauptungen auf. Es reicht regelmäßig, von denjenigen Behauptungen, deren Wahrheitsgehalt gänzlich ungeklärt bleibt über Behauptungen, die dem Richter als wahrscheinlich erscheinen¹²⁶ bis hin zu den Behauptungen, die gerade so eben den Zweifeln kein „Schweigen gebieten“.

Dieses breite Feld stellt den Anwendungsbereich der Feststellungslast dar. Denn, wie bereits dargestellt, wird auf die Beweislastregelung dann zurückgegriffen, wenn der Richter nicht von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Merkmale überzeugt werden konnte.¹²⁷ Würde man ein geringeres Regelbeweismaß als das eben dargestellte ansetzen¹²⁸, so würde dementsprechend der Anwendungsbereich der Beweislastregeln verkleinert.¹²⁹ Insofern ist

¹²² *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 113, Rn. 13; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 286, Rn. 22.

¹²³ *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 40.

¹²⁴ *BGH*, III ZR 139/67 = NJW 1970, S. 946 (948); III ZR 201/80 = NJW 1982, S. 2874 (2875); IX ZR 238/91 = NJW 1993, S. 935 (937); IV ZR 70/11 = NJW 2012, S. 392 (393).

¹²⁵ *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 286, Rn. 18.

¹²⁶ *Zöller*, ZPO, § 286, Rn. 18.

¹²⁷ Siehe: C. I. 1.

¹²⁸ So: *Ekelöf*, ZJP 1962, S. 289 (297, f.); *ders.* FS Bauer, S. 343 ff.; *Kegel*, Festgabe für Kronstein, S. 321, 335, 343 f.; *Bruns* ZJP 91, S. 64 (70 f.), der den Wert der Lehre Ekelöfs unterstreicht und sich für eine Verbreitung dieser Lehre in Deutschland einsetzt; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, S. 153 f.

¹²⁹ *Ekelöf*, ZJP 1962, S. 289 (297 f.), der sich gegen eine Verteilung der Beweislast nach allgemeinen Prinzipien wendet und für ein niedriges, am Einzelfall zu bestimmendes, Beweismaß einsetzt. *Bolding*, Bevisbördan och den juridiska tekniken, S. 1 ff., geht sogar davon aus, dass das Beweismaß nur ein minimales Beweisübergewicht fordert.

die besondere Bedeutung der Beweislast im deutschen Zivilprozess auch ein Produkt des geltenden hohen Beweismaßes.

b.) Überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß

In der deutschen Lehre wurde teilweise auch der Ansatz vertreten, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugung ausreichen zu lassen (Überwiegensprinzip).

Bei diesem Ansatz, der durch das anglo-amerikanische¹³⁰ und skandinavische¹³¹ Recht inspiriert wurde, kommt es nicht darauf an, dass der Richter von der Wahrheit einer gemachten Behauptung überzeugt ist. Es kommt lediglich darauf an, dass eine Behauptung überwiegend wahrscheinlich ist, also dass etwas mehr für sie als gegen sie spricht.¹³²

Die Vertreter dieser Theorie, die sich auch auf das norwegische Recht beziehen¹³³, führen an, dass nur durch eine Verteilung des Beweismaßes nach dem Überwiegensprinzip dem Umstand ausreichend Rechnung getragen werden kann, dass in einem Zivilprozess beide Parteien durch den Prozessverlust in Folge fehlerhafter tatsächlicher Feststellungen gleich schwer belastet würden. Durch das Überwiegensprinzip könnte berücksichtigt werden, dass die Interessen, die die Parteien im Prozess verfolgen, in der Regel gleichwertig sind, was bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten besonders deutlich wird.¹³⁴

Darüber hinaus wurde geltend gemacht, dass die Beweislasturteile, die unter dem dargestellten Regelbeweismaß ergehen, nur zufällig richtig sein können. Durch die Beweislastentscheidung werden all die Behauptungen, die nicht zur richterlichen Überzeugung gereichen, mit einer unwahren Behauptung gleichgesetzt. In diesem breiten Anwendungsbereich der Beweislastentscheidungen sei es dann Zufall, ob die Behauptungen in Wahrheit, also unabhängig von der Beurteilung durch den Richter, zutreffen oder eben nicht. Daher sei es besser, der Partei Recht zu geben, die wahrscheinlicher Recht hat, um die Irrtumsquote so stark wie möglich zu reduzieren.¹³⁵

¹³⁰ Siehe *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 231 (335); In ähnlicher Weise *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, S. 43 ff.

¹³¹ *Musiak*, in: FS *Kegel*, S. 451; *Motsch*, in: FS *Schneider*, S. 129 (134, 141); *ders.*, Vom rechtsgenügenden Beweis, S. 37 ff.; *Bruns*, ZZP 91, S. 64 ff.; *Ekelöf*, ZZP 1962, S. 289 ff.; *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 342.

¹³² *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 72.

¹³³ *Motsch*, in: FS *Schneider*, S. 129 (134, 141), der sich insbesondere auf die Lehre des Norwegers *Eckhoff* bezieht, aber zu Unrecht den Eindruck erweckt, dass *Eckhoff* sich primär mit dem Zivilprozessrecht beschäftigte, zumal *Eckhoff* primär im Allgemeinen Verwaltungsrecht wirkte.

¹³⁴ *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, S. 54 f.

¹³⁵ *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 231 (335).

Dieser Ansatz ist in der deutschen Lehre jedoch auf starke Kritik gestoßen und hat sich letztlich im deutschen Recht nicht durchsetzen können.¹³⁶

Als Gegenargument wird geltend gemacht, dass eine fehlerhafte tatsächliche Feststellung die Parteien gerade nicht gleich schwer belastet.¹³⁷ Ein solcher Ansatz verkenne nämlich, dass der Status quo im Zivilprozessrecht besonderen Schutz erfährt und es daher gerecht ist, dem Angreifer ein größeres Risiko aufzubürden.¹³⁸ Der Angreifer kann sich regelmäßig besser und länger auf die Beweisführung vorbereiten und hat so schon im Ausgangspunkt einen Vorteil gegenüber dem Angegriffenen. Die Anwendung des Überwiegensprinzips würde daher zu einem Vorteil des Angreifers führen, der dem Schutz des Status quo entgegenwirken würde.¹³⁹

Auch konnte das Argument, das Überwiegensprinzip würde die mit der Beweislastentscheidung verbundene Irrtumsquote reduzieren, nicht zu einer Abweichung von dem geltenden hohen Beweismaß führen. Durch diesen Ansatz wird verkannt, dass es gerade das Wesen der Beweislastentscheidung ist, eine gesetzlich gewollte Risikoverteilung zum Ausdruck zu bringen.¹⁴⁰ Durch das Überwiegensprinzip würden die materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen ausgeweitet werden, was schlussendlich die weitestgehende Beseitigung einer durch den Gesetzgeber bewusst ausgestalteten Risikoverteilung bedeuten würde.¹⁴¹

c.) *Beweismaßreduzierung*

Im deutschen Recht hat sich ein hohes Beweismaß durchgesetzt. Dieser Umstand bedeutet aber keineswegs, dass das Beweismaß unveränderlich ist.¹⁴² Wie der Name Regelbeweismaß bereits indiziert, handelt es sich „lediglich“ um eine Grundregel, von der in Ausnahmefällen abgewichen werden kann.¹⁴³ Solche Ausnahmefälle sind teilweise ausdrücklich im Gesetz normiert und lassen eine Reduktion des Beweismaßes zu. Der Gesetzgeber verwendet dabei regelmäßig die Formulierung, dass eine Partei bestimmte Tatsachen „glaubhaft“

¹³⁶ *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 126; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 73 ff.

¹³⁷ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 78.

¹³⁸ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 78.

¹³⁹ *Bender*, in: Festschrift Baur, S. 247 (257); *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 127; grundsätzlich gegen dieses Argument: *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 180 ff.

¹⁴⁰ *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 128 f.;

¹⁴¹ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 84 ff.

¹⁴² Siehe zu einer abweichenden Mindermeinung: *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 122; *Gehrlein*, in: Zöller, ZPO, § 286, Rn. 20.

¹⁴³ *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 286, Rn. 23; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 42; *ders.* Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 87 ff.; *Foerste*, in: Musielak, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 21 f.; *Saenger*, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 14.

machen muss. Im deutschen Markenrecht finden sich solche Normen etwa in §§ 43 Abs. 1 S.1, 2 und 3, 62 Abs. 1, 91 Abs. 3 und 142 Abs. 1 MarkenG.

d.) Einfluss des Beweismaßes auf die Risikoverteilung

Das Beweismaß und die Feststellungslast sind eng miteinander verbunden. Ein Richter kann nämlich erst dann auf die Feststellungslast als Grundlage für sein Urteil zurückgreifen, wenn er weder vom Vorliegen noch vom Nichtvorliegen einer behaupteten Tatsache überzeugt ist.¹⁴⁴ Die Zahl der Beweislastentscheidungen ist damit unmittelbar von den Anforderungen abhängig, die an die richterliche Überzeugung gestellt werden. Je kleiner diese Anforderungen sind, desto seltener kommt es zu Beweislastentscheidungen und je höher diese Anforderungen sind, desto häufiger kommt es zu Beweislastentscheidungen.¹⁴⁵

Durch diese Beweislastentscheidungen realisiert sich die vom Gesetzgeber gewollte Risikoverteilung.¹⁴⁶ Die Richtung dieser Risikoverteilung wird einzig durch die Regeln über die Beweislastverteilung, namentlich die (*Modifizierte*) *Normentheorie*, festgelegt.¹⁴⁷ So kann sich aus diesen Regeln ergeben, dass sich das Risiko der Nichtbeweisbarkeit bestimmter Tatsachen entweder gegen die eine oder gegen die andere Partei richtet.

Davon zu unterscheiden ist der Umfang des verteilten Risikos. Durch den Umstand, dass eine der beiden Parteien das Risiko der Nichtbeweisbarkeit bestimmter Tatsachen trägt, ist nämlich noch keine Aussage darüber getroffen, welchen Umfang dieses Risiko hat. Es ist mit anderen Worten noch nichts darüber gesagt, welche Bedeutung der gesetzlichen Risikoverteilung zukommt.

Die Antwort hierzu liegt im Beweismaß. Wenn das Beweismaß wie im deutschen Zivilprozess besonders hoch ist, so ist auch das Risiko der beweibelasteten Partei, bestimmte Tatsachen nicht beweisen zu können und den Prozess daher zu verlieren, entsprechend hoch. Es tut sich also ein breites Feld für Beweislastentscheidungen auf, in denen sich die gesetzliche Risikoverteilung realisiert. Auf diese Weise ist die Bedeutung der Risikoverteilung durch die Beweislastregeln im deutschen Zivilrecht besonders hoch.

Eine Reduktion des Beweismaßes würde hingegen eine Verengung dieses Anwendungsfeldes der Beweislastentscheidungen bedeuten, wodurch der vom Gesetzgeber vorgesehenen Risikoverteilung weniger Gewicht zukommen würde. Der Extremfall dieser Verengung des Anwendungsfeldes der Beweislastentscheidungen ist das Überwiegensprinzip, das zu einer weitestgehenden Beseitigung der gesetzlichen Risikoverteilung führt, da der Angreifer und der

¹⁴⁴ *Prütting*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 134 ff.

¹⁴⁵ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 66.

¹⁴⁶ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 32 ff.; *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 23.

¹⁴⁷ Siehe hierzu: C. I. 1. d.).

Angegriffene in diesem Fall nahezu das gleiche Risiko des Prozessverlustes tragen.¹⁴⁸

e.) *Zwischenergebnis zum Beweismaß*

Das Beweismaß im deutschen Zivilprozessrecht verlangt die richterliche Überzeugung, die auf subjektiven und objektiven Faktoren beruht. Der objektive Bezugspunkt dieser Überzeugung ist das hohe Regelbeweismaß, von dem nur im Ausnahmefall der Beweismaßreduzierung abgewichen wird. Das Überwiegensprinzip hat sich hingegen nicht als Regelbeweismaß durchsetzen können.

Dem hohen Regelbeweismaß entsprechend trägt die beweisbelastete Partei im deutschen Zivilrecht ein hohes Risiko des Prozessverlustes, wodurch die gesetzliche Risikoverteilung besonders stark zum Ausdruck kommt.

3. Zusammenfassung

Die Beweislast richtet sich an den Richter und gibt vor, wie er in einer *non liquet*-Situation zu entscheiden hat. Die Beweislast unterliegt einer normativen Bindung und ist durch Auslegung, also anhand grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Gesichtspunkte, für den Einzelfall zu ermitteln. Im Vordergrund dieser Auslegung steht die (*Modifizierte*) *Normentheorie*, die zivilrechtliche Gesetze in Grundnormen und Gegennormen unterteilt und so einen Ausgangspunkt für die Verteilung der Beweislast schafft.

Dieses Ergebnis ist Ausdruck des systematisch-logischen Verständnisses des Rechts, wie es im deutschen Rechtskreis vorherrscht. Nur aufgrund der systematischen Konstruktion des deutschen Zivilrechts und dessen weitestgehender Normierung ist es überhaupt möglich, zur Anwendung der (*Modifizierten*) *Normentheorie* zu gelangen. Besonders deutlich wird dies im Zusammenhang mit der *Satzbaulehre*, nach der Sonderregeln der Beweislast aus feinfühligem grammatikalischen Konstruktionen zu ermitteln sind.

Im Zusammenhang mit der Beweislast ist auch das Beweismaß zu verstehen. Es bezeichnet den Grad an richterlicher Erkenntnis, der erforderlich ist, damit ein Beweis gelingt und bestimmt so den Anwendungsbereich der Beweislastnormen. Grundsätzlich kommt im deutschen Zivilprozess ein hohes Beweismaß zur Anwendung, sodass der Richter davon überzeugt sein muss, dass eine streitige Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist.

Entsprechend groß ist damit auch der Anwendungsbereich der Beweislastnormen, da immer dann auf sie zurückgegriffen wird, wenn der Richter gerade nicht davon überzeugt ist, dass eine Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist. Daher kommt im deutschen Recht auch der gesetzlichen Risikoverteilung,

¹⁴⁸ *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast - Grundlagen, S. 91.

die durch die Beweislastnormen ausgedrückt wird, eine sehr große Bedeutung zu.

II. Norwegen (nationale Regelungen)

Im norwegischen Prozessgesetz, dem *lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*¹⁴⁹, findet sich genau wie in der deutschen Zivilprozessordnung keine abstrakte Regelung, die Vorgaben zur Verteilung der Beweislast macht¹⁵⁰. Dementsprechend taucht das Wort *bevisbyrde*¹⁵¹ im Text des seit dem 1.1.2008 geltenden *tvisteloven* nicht auf.¹⁵² In den Vorarbeiten zu diesem Gesetz äußerte sich der Ausschuss, der mit dem Entwurf des Gesetzes befasst war, jedoch auch zur Frage der gesetzlichen Regelung der *bevisbyrde*¹⁵³ und machte unmissverständlich deutlich, dass diese Frage nicht im *tvisteloven* geregelt werden sollte.¹⁵⁴

Es ist insofern nicht verwunderlich, dass sich die norwegische Lehre dieses Themenbereichs angenommen hat und auch teilweise eine angeregte Diskussion herrscht, die nach einer Phase der Konformität (ca. 1943-2000) in jüngster Zeit wieder an Intensität gewonnen hat.¹⁵⁵ Es ist vermutlich verfrüht, von einem Paradigmenwechsel bzgl. der Beweislastthematik zu sprechen, doch gibt es seit der Jahrtausendwende starke Tendenzen hin zu einem neuen Grundverständnis der Beweislastfrage.

Im Folgenden sollen die Grundpositionen der norwegischen Lehre anhand der Begriffe *bevisbyrde*, *bevistema*, *beviskrav* dargestellt und mit den deutschen Positionen in Verbindung gesetzt werden.

¹⁴⁹ Das *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* vom 17.6.2005 trat am 1.1.2008 in Kraft und löste das seit dem 13.8.1915 geltende *lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)* ab.

¹⁵⁰ *Robberstad*, Sivilprosess, S. 260; selbes gilt für das seit 1.1.2008 nicht mehr geltende *lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)*, siehe dazu: *Alten*, *Tvistemålsloven*, S. 202.

¹⁵¹ Der Begriff *bevisbyrde* weist sehr starke Ähnlichkeiten mit dem Begriff Beweislast auf, worauf im Weiteren eingegangen wird.

¹⁵² *Robberstad*, JV 2011, S. 65 (67); in dem bis 2008 geltenden *lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven 1915)* fand sich dieser Ausdruck hingegen in § 261 Abs. 2.

¹⁵³ NOU 2001: 32, 16.4.

¹⁵⁴ In NOU 2001: 32, 16.4. kommt der *tvistemålsutvalg* (deutsch: Zivilprozessausschuss) zu dem Schluss, dass es „nicht zeitgemäß ist, in einer Prozessordnung einen Begriff wie Beweislast zu gebrauchen“ und dass „der Ausschuss deshalb nicht näher auf diesen Begriff eingeht und auch nicht darauf [eingeht], ob dieser Begriff in gewissen Fällen durch andere Begriffe – wie z. B. den Begriff *tvilsrisiko* – ersetzt werden sollte.“

¹⁵⁵ Siehe zur historischen Entwicklung dieser Diskussion: *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 319 ff., die die Entwicklung des norwegischen Beweisrechts in drei Phasen einteilen (1800-1943; 1943-2000; nach 2000); *Robberstad*, JV 2011, S. 65 (80 ff.).

1. Bevisbyrde

In der norwegischen Literatur und Rechtsprechung wird häufig der Begriff *bevisbyrde* verwendet, der dem deutschen Verständnis des Begriffs *Beweislast* sehr ähnlich ist. Schon in frühen Quellen der norwegischen Beweislastdiskussion finden sich Definitionen des Begriffs *bevisbyrde*. So schreibt *P. Augdahl* 1961: „Die *bevisbyrde* gibt an, wie das Risiko für einen negativen Ausgang der Beweiswürdigung verteilt ist.“¹⁵⁶

Ein solches Verständnis des Begriffs *bevisbyrde* ist damit dem deutschen Begriff *Beweislast*, wie er zuvor in dieser Arbeit dargestellt wurde¹⁵⁷, sehr ähnlich. Dies ist auch ein Ausfluss der intensiven Auseinandersetzung der norwegischen Lehre mit der deutschen Literatur zu diesem Thema. So finden sich z. B. in den Werken *Eckhoffs*¹⁵⁸, *O. Augdahl*¹⁵⁹, *Strandbergs*¹⁶⁰ und *Robberstads*¹⁶¹ zahlreiche Referenzen zu deutscher Literatur im Bereich der Beweislastthematik.

a.) Die verschiedenen Facetten des Beweislastbegriffs

In der norwegischen Beweislastlehre haben sich trotz dieser engen wissenschaftlichen Verbindungen weitere Untergliederungen des Beweislastbegriffs, wie man sie in der deutschen Beweislastlehre findet, nicht durchgesetzt. Obwohl *Scheel*¹⁶² in seinen Werken solche Ansätze macht, ist eine Unterteilung des Beweislastbegriffs in *objektive Beweislast (Feststellungslast)* und *subjektive Beweislast*

¹⁵⁶ *P. Augdahl*, Norsk civilprosess, S. 103; Originaltext: „Bevisbyrden vil altså si: *risikoen for et negativt utfall av bevisbedømmelsen*.“

¹⁵⁷ Siehe: C. I. 1. a.).

¹⁵⁸ *Eckhoff*, Tvilrisikoen, der sich auf *von Bethmann-Hollweg* (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses), *Fitting* (Die Grundlagen der Beweislast in: Zeitschrift für deutschen Civilprozess 1889), *von Leonhard* (Die Beweislast) und *Rosenberg* (Die Beweislast) bezieht.

¹⁵⁹ *O. Augdahl*, Om bevisbyrden i tvistemål, der sich in seiner für die norwegische Fachwelt sehr bedeutsamen Veröffentlichung größtenteils auf deutsche Quellen bezieht und u. a. *R. Schmidt* (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts), *Weber* (Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß), *Rosenberg* (Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche) und *Windscheid* (Lehrbuch des Pandektenrechts) zitiert.

¹⁶⁰ *Strandberg*, Beviskrav i sivile saker, der sich sehr intensiv mit der deutschen Literatur auseinandersetzt und sich neben vielen anderen Autoren auf *Gottwald* (in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Auflage), *Leipold* (Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen: insbesondere bei Verweisung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten), *Leonhard* (Die Beweislast), *Musielak* (Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß) und *Rosenberg* (Die Beweislast) bezieht.

¹⁶¹ *Robberstad*, JV 2011, S. 68, die sich zwar, soweit ersichtlich, nicht selber auf deutsche Literatur zu diesem Thema bezieht, aber auch dann an der norwegischen Diskussion teilnimmt, wo diese starke Nähe zur deutschen Lehre aufweist. So etwa bei der Bedeutung der Begriffe *objektive und subjektive Beweislast*.

¹⁶² *Scheel*, Grunntrekk av læren om bevisbyrden.

(*Beweisführungslast*) und ferner in *abstrakte Beweisführungslast* bzw. *konkrete Beweisführungslast*¹⁶³ dem norwegischen Recht fremd.¹⁶⁴

b.) *Notwendigkeit der Beweislastregeln*

Im norwegischen Beweislastrechts liegt das Augenmerk in gewisser Weise eine Stufe vor solchen feingliedrigen Überlegungen, wie sie im deutschen Beweislastrecht zu finden sind. Es ist nämlich schon umstritten, ob die Regelung der *bevisbyrde* überhaupt notwendig ist. Zu dieser Frage werden zwei Hauptauffassungen vertreten.¹⁶⁵

Eine Ansicht, die auf den Werken *Eckhoffs*¹⁶⁶ gründet, geht davon aus, dass eine Verteilung der *bevisbyrde* grds. nicht notwendig ist und sich die Frage der Verteilung der Beweislast damit im Grundsatz gar nicht stellt.

Die andere Ansicht, die auf den Werken *P. Augdahls*¹⁶⁷ gründet, nimmt dagegen an, dass in jedem Fall feststehen muss, wie die Beweislast im Einzelfall verteilt ist.

Es lässt sich dabei nicht sagen, dass sich eine dieser Ansichten in Norwegen als geltendes Recht durchgesetzt hat. Und es herrscht insofern bzgl. der Beweislastfrage nicht dieselbe Klarheit wie in Deutschland. *Robberstad* formuliert diesen Umstand mit den folgenden Worten: „Ich kann nicht erkennen, dass [die erste der beiden eben genannten Ansichten][...] in einer solchen Weise etabliert ist, dass man behaupten könnte, sie wäre «geltendes Recht».“ [...] „Aber vielleicht kann auch über [die zweite der eben genannten Ansichten] nicht gesagt werden, dass sie geltendes Recht ist, vielleicht haben wir in diesem Bereich kein geltendes Recht?“¹⁶⁸

(1) Konsumption der Beweislast durch das Beweismaß: Eckhoff, Nygaard, Hov

(a) *Tvilsrisiko*

Die erstgenannte Ansicht geht auf das Werk *Tvilsrisiko*¹⁶⁹ von *Eckhoff* zurück, das 1943 erschien und bis zur Jahrtausendwende herrschend in der norwegischen Beweislastlehre war.¹⁷⁰ Bis zum Erscheinen dieses Werkes bestand in

¹⁶³ Siehe zu diesen Begrifflichkeiten: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast - Grundlagen.

¹⁶⁴ *Hov*, Rettergang II, S. 1149.

¹⁶⁵ *Robberstad*, JV 2011, S. 80 f.

¹⁶⁶ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*.

¹⁶⁷ *P. Augdahl*, *Norsk civilprosess*.

¹⁶⁸ *Robberstad*, JV 2011, S. 81.

¹⁶⁹ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*.

¹⁷⁰ *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 321.

der norwegischen Literatur eine konträr geführte Debatte um die Fragen der Beweislast und des Beweismaßes.¹⁷¹ *Eckhoff* schreibt zu diesem Punkt selber: „Die Frage der Beweislast wurde zum Gegenstand vieler Monografien gemacht und es gibt nur wenige juristische Lehrbücher, die nicht auf die eine oder andere Art darauf einwirken. Berechtigterweise sind die Meinungen stark geteilt, wenn sich so viele äußern. Die Zahl der verschiedenen Theorien ist fast so groß wie die Anzahl der Verfasser, die das Thema behandelt haben.“¹⁷² Die in dieser Debatte vertretenen Meinungen bezogen sich unter anderem auf die Fragen, nach welchen Grundsätzen die Beweislast im Einzelnen zu verteilen sei und was für ein Beweismaß anzusetzen sei. Diese Debatte wurde jedoch durch das Werk *Eckhoffs* auf ein Minimum reduziert, was dem Umstand geschuldet ist, dass sich nahezu die gesamte norwegische Literatur in der Folge der Ansicht *Eckhoffs* anschloss.¹⁷³

In seinem Werk wendet sich *Eckhoff* gegen das norwegische Pendant zur Beweislast, die *bevisbyrde*, und macht geltend, dass grds. keine Notwendigkeit für eine solche Regelung besteht.¹⁷⁴

In der Praxis reiche sehr oft schon ein relativ kleines Wahrscheinlichkeitsübergewicht aus, um zu einer Überzeugung des Richters zu kommen. In solchen Fällen sei es gewöhnlich zu sagen, dass eine der Parteien die Beweislast für eine Tatsache trägt, aber das Beweismaß¹⁷⁵ sehr gering ist. Nach der Ansicht *Eckhoffs* sei es jedoch künstlich, in einem solchen Fall von der Beweislast einer Partei zu sprechen.¹⁷⁶ Ganz besonders deutlich wird dieses Problem, wenn ein nur minimales Wahrscheinlichkeitsübergewicht für die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung gefordert wird. Der Beweislast kommt in solchen Fällen nur eine theoretische Bedeutung zu.

Die Unterscheidung zwischen der *bevisbyrde* und Beweismaß führe zu einer „unglücklichen¹⁷⁷ Trennung“ zwischen der Frage nach dem anzuwendenden Beweismaß und der Verteilung der Beweislast im Einzelfall.¹⁷⁸ Diese beiden Bereiche sollten nicht als selbstständige Probleme betrachtet werden, sondern

¹⁷¹ *Koflaath/Strandberg*, in: Festschrift til Bernt, S. 321 ff.; *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, Vorwort; *Scheel*, *Grunntrekk av læren om bevisbyrden*, S. 14, f; *Skeie*, *Den norske sivilprosess*, S. 14 f.

¹⁷² *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, Vorwort.

¹⁷³ *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 321 ff.; diese einhellige Anerkenntnis der Lehre Eckhoffs setzt sich bis heute im Bereich bezogen auf das Beweismaß fort, wohingegen in Bezug auf die Beweislast andersartige Ansätze vertreten werden. Siehe zu den jüngeren Vertretern: *Hov*, *Rettergang II*, S. 1148 ff.; *Nygaard*, *TfR 2002*, S. 33 (53).

¹⁷⁴ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 14; *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 323.

¹⁷⁵ Zur Darstellung des Beweismaßes im norwegischen Recht siehe im Kapitel „beviskrav“.

¹⁷⁶ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 15.

¹⁷⁷ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 15 f., der Originaltext lautet: „En annen ulempe ved uttrykket «bevisbyrde» er at det har fått mange til å sondre alt for skarpt mellom spørsmålet «hvem har bevisbyrden?» og spørsmålet «vilken bevisstyrke skal det kreves?»“.

¹⁷⁸ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 15.

in der Frage danach zusammengefasst werden, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit vorliegen muss, damit eine Tatsache Grundlage des Urteils wird. Oder mit anderen Worten: „Welchen Teil des *tvilsrisikos* sollte jede Partei tragen?“¹⁷⁹

(b) Grundsatz sannsynlighetsovervekt

Im Grundsatz soll nach der Ansicht *Eckhoffs* jede Partei die Hälfte des *tvilsrisiko* tragen. Im Ausgangspunkt soll der Richter seiner Entscheidung eine bestimmte Tatsache daher zugrunde legen, wenn es wahrscheinlicher ist, dass die Tatsachenbehauptung zutrifft, als dass die Tatsachenbehauptung nicht zutrifft.¹⁸⁰ Die Theorie vom *tvilsrisiko* verlangt insofern für die richterliche Überzeugung nur ein minimales *Wahrscheinlichkeitsübergewicht* (*sannsynlighetsovervekt*)¹⁸¹.

Das Hauptargument *Eckhoffs* für das *sannsynlighetsovervekt* ist die Hypothese, dass man „unter gleichen Bedingungen am häufigsten richtig liegt, wenn man diejenigen Tatsachen zugrunde legt, die am wahrscheinlichsten sind [was eine Halbierung des Prozessrisikos bedeutet].“¹⁸²

In Ausnahmen kann jedoch auch vom *sannsynlighetsovervekt* abgewichen werden. Dies ist etwa der Fall bei gesetzlichen Vorgaben zum *tvilsrisiko*.¹⁸³ Wenn das Gesetz etwa wie in den §§ 2 d und 9 IV vml.¹⁸⁴ (varemerkelov a.F.) davon spricht, dass bestimmte Tatsachen „åpenbart“ sein müssen¹⁸⁵, so wird aus diesem Wortlaut eine Abweichung vom *sannsynlighetsovervekt* und damit eine Modifikation des *tvilsrisiko* entnommen.¹⁸⁶ In einem solchen Fall ist dementsprechend nicht nur nachzuweisen, dass das Vorliegen einer bestimmten Tatsache wahrscheinlicher ist als das Nichtvorliegen, sondern eben, dass die Tatsache „åpenbart“ vorliegt. Weitere Beispiele für solche gesetzlichen Vorgaben zum *tvilsrisiko* sieht *Eckhoff* etwa in den Wörtern „godtdjort“¹⁸⁷, „bevis“¹⁸⁸,

¹⁷⁹ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 15.

¹⁸⁰ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 64 ff.

¹⁸¹ *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 322.

¹⁸² *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 64, der Originaltext lautet: «Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig (dvs. halvere tvilsrisikoen).»; kritisch: *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 514 der dieses Argument *Eckhoffs* als „Postulat“ bezeichnet.

¹⁸³ *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 266.

¹⁸⁴ Lov om varemerker og om utilbørlige varekjennetegn og forretningsnavn, vom 2. 7.1910.

¹⁸⁵ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 22.

¹⁸⁶ Als weitere Beispiele nennt *Eckhoff* die Begriffe „utvilsomt“ = deutsch: „unzweifelhaft“ und „klart“ = deutsch: „klar“.

¹⁸⁷ § 23 Nr. 5 patentlov; §§ 3, 41 mønsterlov; § 16 Abs. 4, S. 3 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven); § 24 Abs. 2, 33 Abs. 3, S. 2; 34 Abs. 2; 46 Abs. 2, S. 2 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

¹⁸⁸ § 275 Abs. 3 Lov om sjøfarten (sjøloven).

utvilsomt¹⁸⁹ und „klart“¹⁹⁰. Neben einigen wenigen Ausnahmen¹⁹¹ soll nach *Eckhoff* jedoch das *sannsynlighetsovervekt* das *tvilsrisiko* bestimmen.

(c) Tvilsrisiko als Teil des materiellen Rechts

Der Idee, die Verteilung des *tvilsrisiko* grds. dem materiellen Recht zu entnehmen, steht *Eckhoff* kritisch gegenüber¹⁹². Er führt dabei an, dass viele Autoren¹⁹³ die Verteilung der Beweislast aus der Norm selber oder genauer gesagt aus der Einordnung der Norm als Grundnorm oder Gegenorm i. S. d. *Normentheorie* Rosenbergs vornehmen.¹⁹⁴ Dabei wird davon ausgegangen, dass jede Partei Tatsachen beweisen müsse, die die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm erfüllen. Die Günstigkeit einer Norm ergäbe sich z. B. aus der Einordnung der Norm als *rettsstiftend*¹⁹⁵, *rettsopphevend*¹⁹⁶ oder *rettsforandrend*¹⁹⁷. Einer solchen systematischen Herleitung und Anwendung der Beweislastverteilung hält *Eckhoff* zum einen entgegen, dass das norwegische Recht keine so trennscharfe Einteilung der Normen in *rettsstiftende*, *rettsopphevende* und *rettsforandrende* Normen ermögliche.¹⁹⁸ Zum anderen spräche die Rechtsprechungspraxis der norwegischen Gerichte gegen eine solche Ansicht.¹⁹⁹

Bzgl. der deutschen *Satzbaulehre* macht *Eckhoff* zunächst geltend, dass eine solche Lehre in Norwegen, wo sich keine umfassende Kodifikation des Rechts findet, naturgemäß schon weniger Bedeutung haben muss.²⁰⁰ Darüber hinaus erkennt er aber auch insgesamt nicht an, dass sich aus dem Satzbau einer Norm eine Vorgabe für die Beweislast oder das *tvilsrisiko* ergibt.²⁰¹ Es würde nämlich große Unklarheit mit sich bringen, wenn man die Beweislast durch einen nuancierten Sprachgebrauch und den Satzbau regelte. Und jedes Mal,

¹⁸⁹ § 5 -2 Abs. 2 Lov om fordringshavernes dekningsrett; § 51 Abs.1, S. 2 Lov om ekteskap (ekteskapsloven).

¹⁹⁰ § 2-12 Abs. 2, S. 1; 7-1 S. 3; 10-2 Abs.1, S. 3; 11-1 Abs. 4, S. 2 Lov om husleieavtaler (husleieloven); § 25 Abs. 2; 60 a Abs.1, S. 5; 80 Abs. 1, S. 5 Lov om barn og foreldre (barnelova).

¹⁹¹ Weitere Ausnahmen von der Grundregel sollen nur bei gesetzlichen Vermutungen (*Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 27), der Beweisvereitelung oder -vernichtung und in Fällen, in denen eine Partei durch die Beweisführung übermäßig belastet würde (*Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 76 ff.), gelten.

¹⁹² *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 42 ff.

¹⁹³ *Eckhoff* bezieht sich dabei insbesondere auf *Fitting* und *von Bethmann-Hollweg*.

¹⁹⁴ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 45 f.

¹⁹⁵ Rettsstiftend = rechtsbegründend.

¹⁹⁶ Rettsopphevend = rechtsvernichtend.

¹⁹⁷ Rettsforandrend = rechtsverändernd.

¹⁹⁸ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 47 f.

¹⁹⁹ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 47.

²⁰⁰ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 42 f.

²⁰¹ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 43; so auch *Almén*, *Om köp och byte av lös egendom*, S. 111.

wenn dasselbe auch mit Hilfe von guten und leicht verständlichen Worten ausgedrückt werden kann, gibt es für den Gesetzgeber keinen Grund, eine solche Methode zu wählen.“²⁰² Auch fände man bei der Lektüre der Gesetzesbegründung nichts, was darauf hindeutet, dass durch den Satzbau die Beweislastverteilung geregelt werden solle.²⁰³ Insofern kommt *Eckhoff* zum Ergebnis, dass das *tvilsrisiko* nicht Teil des materiellen norwegischen Rechts ist und sich insbesondere keine Beweislastregelungen anhand einer unnötig komplizierten *Satzbaulehre* ableiten ließen.

(2) Keine Konsumtion: P. Augdahl, Robberstad, Skoghøy, Scheel

Im Gegensatz zu der eben dargestellten Theorie *Eckhoffs* steht der Ansatz einiger anderer Stimmen in der norwegischen Lehre, die der Verteilung der Beweislast eine entscheidende Bedeutung beimessen. Diese Ansicht geht auf P. *Augdahl* zurück, der in seinem Werk *Norsk civilprosess* die grundsätzliche Bedeutung der Verteilung der Beweislast darstellt.²⁰⁴ Diese zeige sich etwa dann, wenn ein Richter „absolut“ unsicher ist, ob eine bestimmte Behauptung zutrifft oder nicht.²⁰⁵ In so einem Fall könne der Richter nämlich auch bei Anwendung des Überwiegensprinzips nur dann auf Grundlage des materiellen Rechts entscheiden, wenn eine Beweislastnorm den Inhalt der Entscheidung vorgibt. Dieser Grundgedanke wird ebenfalls von den jüngeren Autoren *Robberstad* und *Skoghøy* vertreten.²⁰⁶

c.) Funktionen der *bevisbyrde*

Betrachtet man nun die Frage, welche Funktionen die Beweislastnormen im norwegischen Recht haben, so hängt ihre Beantwortung zunächst offensichtlich davon ab, ob man der Ansicht folgt, die von der Konsumtion der Beweislast durch das Beweismaß ausgeht²⁰⁷ oder der Ansicht, die eben nicht von einer solchen Konsumtion ausgeht.²⁰⁸

Folgt man ersterer Ansicht, so erübrigt sich die Frage nach den Funktionen der Beweislast bereits durch deren Konsumtion.

Innerhalb der anderen Ansicht, die gerade nicht von einer Konsumtion der Beweislast durch das Beweismaß ausgeht, findet sich allerdings der Ge-

²⁰² *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 43; entsprechend auch: *O. Augdahl*, *Om bevisbyrden i tvistemål*, S. 19; *von Leonhard*, *Die Beweislast*, S. 111.

²⁰³ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 43.

²⁰⁴ *P. Augdahl*, *Norsk civilprosess*, S. 93 ff.

²⁰⁵ *P. Augdahl*, *Norsk civilprosess*, S. 95 f.

²⁰⁶ *Robberstad*, *JV* 2011, S. 65 (81); *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 879.

²⁰⁷ Siehe: C. II. 1. b.) (1).

²⁰⁸ Siehe: C. II. 1. b.) (2).

danke, dass die Beweislastnormen bestimmte Funktionen erfüllen.²⁰⁹ Es sei allerdings vorab schon erwähnt, dass diesem Gedanken aufgrund des geringeren Regelbeweismaßes in der norwegischen Lehre vergleichsweise weniger Bedeutung in der norwegischen Lehre zukommt als im deutschen Recht.

Genau wie im deutschen Zivilrecht, so stellt sich auch im norwegischen Zivilrecht grds. das Problem, dass die Sachnormen nur Vorgaben für den Fall machen, dass ihre Voraussetzungen erfüllt oder widerlegt sind. Wenn eine Tatsache aber ungeklärt bleibt, so sind auch im norwegischen Recht die reinen Sachnormen nicht anwendbar.

Daher ist auch das norwegische Recht auf eine Ergänzung der Sachnormen durch Beweislastnormen angewiesen. In ihrer Ergänzungsfunktion stellen die Beweislastnormen zunächst sicher, dass der Richter auch den Fall des *non liquet* auf Grundlage der entsprechenden Norm entscheiden kann. Insofern ermöglichen die Beweislastnormen die Überwindung des *non liquet*.

In der norwegischen Lehre wird der Begriff „Ergänzungsfunktion“ zwar nicht ausdrücklich verwendet, doch ergibt sich aus der Argumentation der Vertreter dieser Ansicht notwendigerweise eine solche Funktion.

Robberstad schreibt z. B.: „Der Richter kann die Sache [...] nicht mit der Begründung abweisen, dass sie zu schwierig zu entscheiden ist. Wenn die Behauptungen des Klägers und des Beklagten gleich wahrscheinlich erscheinen, muss der Richter eine Norm haben, die vorgibt, welche Behauptung dem Urteil zu Grunde gelegt werden soll.“²¹⁰ „Derjenige der die Beweislast hat, trägt das Risiko für einen negativen Ausgang der Beweiswürdigung.“²¹¹

Damit erwähnt *Robberstad* auch schon die Verteilungsfunktion der Beweislast, die sehr eng mit der Ergänzungsfunktion verbunden ist. Während die Ergänzungsfunktion klarstellt, dass der Richter auch im *non liquet*-Fall aufgrund der entsprechenden Normierung entscheiden kann, gibt die Verteilungsfunktion an, welchen Inhalt die Entscheidung haben muss. Dies ist Ausdruck einer gesetzlichen Risikoverteilung.

Das Bestehen dieser Funktion wird (innerhalb des Lagers, das davon ausgeht, dass die *bevisbyrde* nicht schon durch das Beweismaß konsumiert wird) einhellig anerkannt. *Skoghøy* schreibt in diesem Zusammenhang: „Die Partei, die sich auf einen rechtsbegründenden oder rechtsändernden Umstand beruft, trägt die *bevisbyrde*. Dies wird mit dem Prinzip des Vorrangs des Status quo (Stabilitätsgedanke) begründet: Wenn sich keine Anhaltspunkte für etwas an-

²⁰⁹ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 874; *Robberstad*, *JV* 2011, S. 65 ff.

²¹⁰ *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 259; ähnlich *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 874; *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 296 ff.; *P. Augdahl*, *Norsk Civilprosess*, S. 95 f.

²¹¹ *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 259.

deres finden, sollte dem etablierten Rechtszustand Vorrang gewährt werden.²¹²

Hochgradig umstritten ist jedoch die vom reinen Bestehen einer solchen Funktion zu unterscheidende Frage, wie diese Funktion im Einzelnen ausgestaltet ist; oder mit anderen Worten, nach welchen Prinzipien die Verteilung der Beweislast im Einzelfall erfolgt.

d.) Prinzipien der Verteilung der Beweislast

In diesem Teil soll auf die Ansätze eingegangen werden, die sich in Bezug auf die Verteilung der Beweislast im Einzelnen gebildet haben.

(1) Scheel

Ein Exot in der norwegischen Beweislastlehre ist *Scheel*, der mit seinem Werk *Grunntrekk av læren om bevisbyrden* aus dem Jahr 1938 Eingang in die norwegische Beweislastlehre fand, unternahm den Versuch, eine stark am deutschen Recht orientierte Beweislastlehre in Norwegen zu etablieren.

In Anlehnung an die deutsche Literatur zur Frage der Beweislast aus dieser Zeit macht *Scheel* Ausführungen dazu, dass man in den materiellen Rechtsregeln eine ausreichende Grundlage für eine *hovedregel*²¹³ der Beweislast findet, die vorgibt, dass der Kläger die Beweislast bzgl. der rechtsbegründenden Tatsachen trägt und der Beklagte für die Tatsachen, von denen behauptet wird, dass sie das Recht verändern oder vernichten.²¹⁴

Im Weiteren macht *Scheel* auch Ausführungen zu den sog. *rettshindrende fakta*. Mit diesem Begriff sind solche Tatsachen gemeint, die rechtshindernd wirken, also der Entstehung eines Rechts entgegenstehen.

Im Kapitel „Ausnahmen von der Grundregel der Beweislast“ stellt *Scheel* unter dem Titel „Ungültigkeit der Rechtshandlung“ dar, dass nach einhelliger Ansicht im deutschen Recht derjenige, gegen den ein Recht geltend gemacht wird, die Beweislast für rechtshindernde Normen trägt.²¹⁵

Die Stimme *Scheels* hat sich allerdings im norwegischen Recht (wohl auch wegen des fragmentarischen Charakters) nicht durchsetzen können und ein Blick in die aktuelle Literatur erweckt eher den Eindruck, dass diese Ausführungen in Vergessenheit geraten sind, als dass sie die Diskussion noch beeinflussen.

²¹² *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 879; *P. Augdahl*, *Norsk Civilprosess*, S. 99 f.; *Hov/Brattholm*, *Sivilrettergang*, S. 304 (306).

²¹³ Mit *hovedregel* ist eine *Grundregel* i. S. d. *Normentheorie* gemeint.

²¹⁴ *Scheel*, *Grunntrekk av læren om bevisbyrden*, S. 47.

²¹⁵ *Scheel*, *Grunntrekk av læren om bevisbyrden*, S. 64.

(2) P. Augdahl

P. *Augdahl* geht in seinem Werk *Norsk Civilprosess* davon aus, dass zu jeder Sachnorm auch eine sogenannte Beweislastnorm hinzutritt. Auf diese Weise ist dem Richter auch dann eine Entscheidung möglich, wenn er weder von dem Vorliegen noch von dem Nichtvorliegen einer Tatsache überzeugt ist.

Die Beweislast will P. *Augdahl* im Einzelfall danach verteilen, „welche Partei als Folge ihrer eigenen Handlungsweise weniger Grund als die andere Partei hat, sich über den Verlust der Streitsache zu beklagen.“²¹⁶ In einem solchen Fall muss die Partei, die die *bevisbyrde* trägt, ein minimales Wahrscheinlichkeitsübergewicht zugunsten ihrer Behauptung schaffen, damit die umstrittene Tatsache der Entscheidung zugrunde gelegt wird. Schafft sie dies nicht oder bleibt es bei der „absoluten“ Unsicherheit, so wird angenommen, dass die Tatsache nicht vorliegt.²¹⁷

Aus deutscher Sicht scheint dieser Ansatz nicht sehr ausdifferenziert und es stellt sich die offensichtliche Frage, nach welchen Maßstäben bemessen werden soll, wann eine Partei weniger Grund hat, sich über den Verlust der Streitsache zu beschweren. Es darf dabei allerdings nicht vergessen werden, dass die Bedeutung dieser Theorie für das norwegische Recht nicht in den einzelnen Prinzipien der Beweislastverteilung liegt, sondern in der Grundaussage, dass überhaupt eine Verteilung der Beweislast notwendig ist und dass diese durch Beweislastnormen geschieht. Damit positioniert sich P. *Augdahl* klar gegen die Ansicht *Eckehoffs* und tut dies, ohne seine Ausführungen – wie *Scheel* – quasi direkt aus dem deutschen Recht abzuleiten.

Soweit ersichtlich wird diese Theorie heute in Norwegen so nicht mehr vertreten. Allerdings finden sich Fortführungen des Grundgedankens P. *Augdahls*, dass die Verteilung der Beweislast grds. notwendig ist, in den Werken *Robberstads* und *Skoghøys*.

(3) Robberstad

Robberstad ist eine der jüngeren Autoren, die diesem Grundgedanken folgen und das Bestehen einer *bevisbyrde* für notwendig halten.²¹⁸ Anders als P. *Augdahl* will *Robberstad* die Verteilung der *bevisbyrde* allerdings nicht danach bestimmen, welche Partei sich „weniger darüber beklagen kann, das Prozessrisiko zu tragen“. *Robberstad* versucht stattdessen die Verteilung der *bevisbyrde* aus dem so-

²¹⁶ P. *Augdahl*, *Norsk civilprosess*, S. 95; der Originaltext lautet: „Anvendelse av dette hovedsynespunkt faller enkelt i de tilfelle hvor den ene part som følge av sin egen handlemåt vil ha mindre grunn enn den annen til å beklage sig om saken tapes.“

²¹⁷ *Robberstad*, JV 2011, S. 65 (81).

²¹⁸ *Robberstad*, JV 2011, S. 65 ff.

genannten *bevistema*²¹⁹ herzuleiten. Das *bevistema* bezeichnet einen Teil der faktischen Grundlage des Urteils, der bewiesen werden muss.²²⁰ Je nachdem, wie der Gegenstand des Beweises bestimmt wird, soll sich auch die Verteilung der *bevisbyrde* ändern.

Wenn es also z. B. um die Frage geht, ob ein Markeninhaber einem Dritten die Zustimmung zur Benutzung seiner Marke erteilt hat, könnten verschiedene Behauptungen Gegenstand des Beweises und damit *bevistema* sein. Zum einen kann die Aussage: „Es besteht eine Zustimmung zur Benutzung der Marke“ Gegenstand des Beweises sein und zum anderen die negativ formulierte Aussage „Es besteht keine Zustimmung zur Nutzung der Marke“.

Neben der grundsätzlichen Frage, ob sich die *bevisbyrde* aus dem *bevistema* ableiten lässt oder ob das *bevistema* nicht ein Ergebnis der Verteilung der *bevisbyrde* sei²²¹, ist dieser Ansatz jedoch noch mit weiteren Schwierigkeiten verbunden.

So bemerkt *Robberstad* selbst, dass der Gesetzestext nur in einigen Fällen klaren Aufschluss darüber gibt, wie das *bevistema* zu formulieren sei und somit, wie die *bevisbyrde* verteilt ist. Ein Beispiel hierfür ist § 7-13 *tvangsfullbyrdelsesloven* (Zwangsvollstreckungsgesetz)²²². Dort ist der entscheidende Wortlaut folgender: „[...] *dersom det ikke sannsynliggjøres at en annen belt eller delvis er eier.*“²²³²²⁴

Robberstad muss allerdings einräumen, dass sich in den meisten Fällen wohl ein *bevistema* aus dem Gesetzestext ableiten lässt, es im Weiteren aber völlig unklar ist, welche Bedeutung dieses *bevistema* für die Frage der Beweislast hat.²²⁵

Insgesamt muss *Robberstad* eingestehen, dass auch die Feststellung des *bevistema* nur in den wenigsten Fällen Auskunft darüber gibt, wie die Beweislast verteilt ist.²²⁶ Dies liegt zum einen daran, dass sich bei einem Großteil der Normen nicht erkennen lässt, ob der norwegische Gesetzgeber auch die Verteilung der Beweislast regeln wollte.²²⁷ Zum anderen ist der fragmentarische Charakter des norwegischen Rechts zu berücksichtigen, der dazu führt, dass viele Rechtsquellen ungeschrieben sind und so die Feststellung des *bevistema* erschwert wird. Es sei nur an die Darstellung des skandinavischen Rechtskreises am Anfang dieser Arbeit gedacht. Die dort dargestellten *rettskildedefaktorer* werden an dieser Stelle wieder relevant. Bei der Feststellung des *bevistema*

²¹⁹ Norwegisch: *bevistema* = deutsch: Beweisathema; *Nygaard*, TfR 2002, S. 33 (34); *Skogbøy*, *Tvisteløsning*, S. 901.

²²⁰ *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 234; *ders.:* JR 2011, S. 65 (76).

²²¹ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 397 ff.; *Nygaard*, TfR 2002, S. 56 f.

²²² Lov om tvangsfullbyrdelse, vom 26.6.1992.

²²³ „[...] wenn nicht glaubhaft gemacht wird, dass ein anderer der Eigentümer ist.“

²²⁴ *Robberstad*, JR 2011, S. 78 f.

²²⁵ *Robberstad*, JR 2011, S. 79 f.

²²⁶ *Robberstad*, JR 2011, S. 79.

²²⁷ *P. Angdahl*, *Norsk civilprosess*, S. 103 f.; *Robberstad*, JR 2011, S. 79.

kommt der Rechtsanwender nämlich nicht umhin, sämtliche dort genannten *rettskildefaktorer* zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass der Rechtsanwender nicht immer auf normiertes Recht zurückgreifen kann und so auch weniger Sicherheit bzgl. der Formulierung des *bevistema* hat.

(4) Skoghøy

Eine weitere Ansicht vertritt *Skoghøy*. Nach seiner Meinung ergibt sich die Verteilung der Beweislast als Hauptregel aus dem Umstand, dass eine Norm *rettsstiftend*²²⁸ oder *rettsendrend*²²⁹ ist.²³⁰ Insofern stellt *Skoghøy* auf die materiellrechtliche Wirkung einer Norm ab. Werden durch eine Norm Rechte begründet, so muss die eine Partei entsprechende Tatsachen beweisen, werden durch eine Norm Rechte verändert (sei es durch Vernichtung oder Hemmung), so muss die Gegenpartei entsprechende Tatsachen beweisen.

Im norwegischen Recht gilt ebenso wie im deutschen Recht im Rahmen der (*Modifizierten*) *Normentheorie* geltend gemacht, dass eine solche Ansicht nicht die sog. rechtshindernden Normen erfasst. Eine rechtshindernde Norm bewirkt, dass ein Recht gar nicht erst zur Entstehung gelangt. Es lässt sich insofern auch nicht aus der materiell-rechtlichen Wirkung der Norm ableiten, welche Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der Norm zu beweisen hat. Dementsprechend gibt dieser Ansatz *Skoghøys* zwar Auskunft darüber, welche Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen rechtsbegründender oder rechtsverändernder Normen hat; jedoch gibt er keine Auskunft darüber, welche Partei die Beweislast für rechtshindernde Merkmale trägt.

(5) Rechtsprechung

Anhand der Rechtsprechung lässt sich in den allermeisten Fällen nicht erkennen, nach welchen Prinzipien die Verteilung der Beweislast vorgenommen wird²³¹. In den Urteilen werden die Tatsachen dargelegt, die dem Urteil zugrunde gelegt werden und regelmäßig wird auch dargetan, dass eine Tatsache *sannsynliggjort*, mithin glaubhaft gemacht, wurde. Auf die Frage der Beweislastverteilung gehen die Urteile jedoch höchst selten ein. Insgesamt ist es daher schwierig, aus der Rechtsprechung bestimmte Beweislastregeln zu entnehmen.²³²

Auch *Skoghøy*, der ohne weitere Ausführungen davon ausgeht, dass sich die Verteilung der Beweislast aus der Systematik des materiellen Rechts, nämlich

²²⁸ Norwegisch: rettsstiftend = deutsch: rechtsbegründend.

²²⁹ Norwegisch: rettsendrend = deutsch: rechtsverändernd.

²³⁰ *Skoghøy*, *Twisteløsning*, S. 879.

²³¹ *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 262.

²³² Siehe: *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 262.

der Einteilung des Rechts in *rettsstiftende* und *rettsendrende* Normen, ergibt, kann dies nur spärlich mit Zitaten aus der Rechtsprechung belegen.²³³

Eine eigene Recherche in den norwegischen Rechtsdatenbanken *Lovdata*²³⁴ und *Gyldendal rettsdata*²³⁵ sowie ein Gespräch mit *Prof. Magne Strandberg*²³⁶ von der Universität Bergen haben zu dem Ergebnis geführt, dass sich der norwegischen Rechtsprechung keine einheitliche abstrakte Regel zur Verteilung der Beweislast entnehmen lässt.

e.) *Zwischenergebnis zur bevisbyrde*

Für das norwegische Recht lässt sich zunächst festhalten, dass schon im Ausgangspunkt umstritten ist, ob die Verteilung der Beweislast überhaupt notwendig ist. Ein Lager vertritt den Standpunkt, dass weitestgehend auf Beweislastregeln verzichtet werden kann. Ein anderes Lager hingegen vertritt, dass Beweislastregeln eine wichtige Rolle bei der Rechtsanwendung spielen.

Aber auch innerhalb dieses zuletzt genannten Lagers hat sich keine Ansicht ähnlich stark etabliert wie die (*Modifizierte*) *Normentheorie* im deutschen Recht. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass es eine herrschende Meinung gibt, die die Beweislastverteilung aus dem systematischen Verhältnis der Normen zueinander ableitet.

Dieser Umstand gründet zum einen darauf, dass der norwegische Rechtsanwender nicht auf ein umfassend normiertes Zivilrecht zurückgreifen kann, in dem sich das Verhältnis sämtlicher Rechtsnormen zueinander aus deren systematischer Stellung im Gesetz ergibt. Stattdessen ist das norwegische Recht fragmentarisch und es finden sich für bestimmte Rechtsbereiche keine gesetzlich festgelegten Regelungen. Insofern wird dem Rechtsanwender schon im Ausgangspunkt die Herleitung der Beweislastverteilung unter systematischen Gesichtspunkten massiv erschwert.

Zum anderen kommt der grammatikalischen Auslegung des Rechts weit weniger Bedeutung zu, sodass in einer Vielzahl der Fälle nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob der Gesetzgeber durch die Formulierung einer Norm überhaupt eine Aussage über die Verteilung der Beweislast machen wollte.

Darüber hinaus macht die Rechtsprechung in ihren Urteilen kaum Angaben zur Frage der Verteilung der Beweislast.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, dass die Herleitung einer Beweislastnorm aufgrund der *Satzbaulehre* für den norwegischen Rechtsanwender sehr verwunderlich ist. Vielmehr wird in Formulierungen, wie „es sei denn,

²³³ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 879, Fn. 70.

²³⁴ <https://lovdata.no/>.

²³⁵ <http://www.rettsdata.no/>.

²³⁶ Gespräch vom 6.11.2014 mit *Prof. Magne Strandberg*. Magne Strandberg lehrt als Professor an der juristischen Fakultät der Universität Bergen und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Zivilprozessrecht.

dass“ oder „dies gilt nicht, wenn“ ein Mittel zur übersichtlichen Gestaltung der Rechtsnormen gesehen.²³⁷ Solche sprachlichen Ausnahmen sind also im norwegischen Recht kein Indikator für eine Sonderregel der Beweislast, auch wenn sie regelmäßig verwendet werden.²³⁸

Insgesamt kann man sich den Ausführungen *Robberstads* anschließen, wenn sie schlussfolgert: „Vielleicht haben wir [...] [bzgl. der Verteilung der Beweislast] kein geltendes Recht?“²³⁹

2. Beviskrav

Die *beviskrav*²⁴⁰ gibt im norwegischen Recht an, zu welchem Maße eine Tatsachenbehauptung durch Beweise gestützt werden muss, bevor ein Richter diese zur Grundlage seines Urteils machen kann.²⁴¹ Damit entspricht die norwegische *beviskrav* der Frage nach dem Beweismaß im deutschen Recht.

a.) Regellbeweismaß

Zwar hat sich die Lehre *Eckhoffs* vom *tvilsrisiko* im norwegischen Recht nicht vollends durchgesetzt; dennoch folgt die herrschende Meinung einem Teilkonzept der Lehre *Eckhoffs*, nämlich dem sog. *sannsynlighetsovervekt*.²⁴² Fast alle Stimmen in der norwegischen Lehre, als auch die norwegische Rechtsprechung lassen grundsätzlich ein Übergewicht an Wahrscheinlichkeit ausreichen, um eine richterliche Überzeugung von einer Tatsache zu begründen. Insofern wird das *sannsynlighetsovervekt*²⁴³ in Norwegen als das Standardbeweismaß im Zivilprozessrecht angesehen.²⁴⁴

²³⁷ Ot.prp.nr. 98, S. 38.

²³⁸ Z. B. in: §§ 6 Abs. 2; 11 Abs. 1; 15 Abs. 2; 37 vml.

²³⁹ *Robberstad*, JV 2011, S. 81, Originaltext: „[...] kanskje har vi ingen gjeldende rett om dette?“; siehe auch *Lindblom*, TfR 2000, S. 414, Originaltext: „Tre feta spørsmål“: bevisbørda, rättskraft og talerätt; So auch *Robberstad*, Sivilprosess, S. 258.

²⁴⁰ Norwegisch: *beviskrav* = deutsch: Beweisanforderung.

²⁴¹ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 17; *Skogbøy*, *Tvisteløsning*, S. 874.

²⁴² Norwegisch: *sannsynlighetsovervekt* = deutsch: Wahrscheinlichkeitsübergewicht; *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 87.

²⁴³ Norwegisch: *sannsynlighetsovervekt* = deutsch: Wahrscheinlichkeitsübergewicht.

²⁴⁴ Rt. 1992, S. 64 A – P-pilledom II; 1997, S. 1608; 1999, S. 14 A; 2001, S. 769 P; 2003, S. 400 A; 2005, S. 920 A; 2006, S. 1657 A; 2007, S. 1370 A; 2008, S. 1409 S; 2009, S. 1319 A; 2010, S. 584 A; 2011, S. 910 A; 2012, S. 5 A; 2013, S. 937 A; LB 2014, 5832; TOBYF 2013, 170474; aus der Literatur: *Hov*, *Rettergang i sivile saker*, S. 436; *Nyheim*, *Institutt for rettsvitenskaps skriftserie nr. 17*, S.6 ff.; *Skogbøy*, *Tvistemål*, S. 673 ff.; *Hov*, *Rettergang II*, S. 1153 ff.; *Møland*, *Kort prosess*, S. 190; *Robberstad*, *Sivilprosess*, S. 250; *Robberstad*, JV 2011, S.65 (81); NOU 2001: 32, Bind A, S. 459. Dies war allerdings nicht immer so, sondern entwickelte sich erst mit der Veröffentlichung des Werkes *tvilsrisikoen* durch *Eckhoff* 1943. Vor dieser Phase herrschte eine rege Diskussion um die Frage der *beviskrav*. Besonders deutlich wird dies an *Scheels* Veröffentlichung: *Grunntrekk av læren om bevisbyrden* (1938).

Hintergrund dieses aus Sicht eines deutschen Juristen wohl niedrigen Beweismaßes ist die Annahme der herrschende Meinung in Norwegen, dass man „unter gleichen Bedingungen am häufigsten zu einem materiell-rechtlich richtigen Urteil kommt, wenn man diejenigen Tatsachen zugrunde legt, die am wahrscheinlichsten sind [was einer Halbierung des Prozessrisikos gleichkommt].“²⁴⁵ Und zum anderen wird angeführt, dass das niedrige Beweismaß der einfachste Weg ist, die Parteien in einem Prozess gleichzustellen.²⁴⁶

Um einen Eindruck davon zu erhalten, wie gering diese Anforderungen an die Überzeugung des Richters von einer Tatsache sind, soll ein Beispiel gegeben werden:

Im Fall *p-pilledom II*²⁴⁷ hatte der *Oberste Norwegische Gerichtshof* zu entscheiden, ob die vorgelegten Beweise hinreichend überzeugend sind, um den Ursachenzusammenhang zwischen der Einnahme einer Antibabypille und eines Hirnschlags des Anwenders zu beweisen. Das Gericht stellte in diesem Fall zunächst fest, dass es *mer sannsynlig*²⁴⁸ sein muss, dass die Anwendung des Medikaments neben anderen Einflüssen, wie Alkoholkonsum, Nikotinkonsum und angeborenen Veranlagungen, notwendigerweise kausal für den Hirnschlag war, als das Gegenteil.²⁴⁹ Zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs wurden durch den *Obersten Norwegischen Gerichtshof* und die vorherigen Instanzen insgesamt 9 Sachverständige bestellt. Die Würdigung des Falls durch die Sachverständigen war sehr unterschiedlich. Insgesamt sprachen sich 3 Sachverständige für eine Kausalität der Einnahme der Medikamente aus, während sich 6 Sachverständige dagegen aussprachen.

Aus diesen gegensätzlichen Meinungen folgten massive Zweifel des Gerichts an der notwendigen Kausalität der Einnahme des Medikaments für den Hirnschlag. Das Gericht formuliert insofern: „Es ist nicht unwahrscheinlich, dass ein Trauma oder eine Infektion, welches die Alternativen sind, die Prof. Olsson hervorgehoben hat, Einfluss auf das Entstehen der Thrombose hatten. Das Gleiche kann in Bezug auf den moderaten Alkoholkonsum und das Rauchen des A gelten.“²⁵⁰ Dennoch kommt das Gericht im Rahmen einer Gesamt abwägung zu dem Urteil, dass eine notwendige Kausalität zwischen der Einnahme des Medikaments und dem Hirnschlag etwas *mer sannsynlig*²⁵¹ ist, als ihr Gegenteil.

²⁴⁵ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 64, der Originaltext lautet: ”Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig (dvs. halvere tvilsrisikoen).”

²⁴⁶ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 461 ff.

²⁴⁷ Rt. 1992 - 64 – p-pilledom II.

²⁴⁸ Norwegisch: *mer sannsynlig* = deutsch: wahrscheinlicher.

²⁴⁹ Rt. 1992 – 64, S. 71 – p-pilledom II.

²⁵⁰ Rt. 1992 – 64, S. 77 – p-pilledom II.

²⁵¹ Norwegisch: *mer sannsynlig* = deutsch: wahrscheinlicher.

b.) *Beweismaßsteigerung*

Den Anhängern des Wahrscheinlichkeitsübergewichts ist allerdings auch gemein, dass sie in bestimmten Fällen von der eben genannten Grundregel abweichen. Es kommt dann regelmäßig zu einer Steigerung des Beweismaßes, die das Gegenstück zu der Reduzierung des Beweismaßes im deutschen Recht darstellt. Diese Abweichungen kommen im norwegischen Recht gehäuft vor. *Skoghøy* geht sogar so weit zu sagen, dass das *overvektsprinsipp*²⁵² „[...]nicht mehr ist als ein Ausgangspunkt bei der Beweisbewertung (von dem häufig abgewichen wird).“²⁵³ Diese Aussage bezieht sich auf die vielen aus dem Gesetz oder nicht-normierten Rechtsregeln folgenden Ausnahmen, die eine abweichende *beviskrav*²⁵⁴ fordern.²⁵⁵

Für den deutschen Juristen sind wohl die gesetzlich normierten Abweichungen vom *overvektsprinsipp* am leichtesten zu erfassen. Denn in solchen Fällen wählt das norwegische Gesetz recht klare Worte, um eine Abweichung von der Grundregel zu verdeutlichen. Es kann dabei zwischen verschiedenen Graden an Abweichung unterschieden werden. Wenn der Gesetzgeber etwa in eine Norm einfügt, dass im Rahmen des Beweisverfahrens ein *godtgjøre*²⁵⁶ stattfinden muss, so wird hieraus im norwegischen Recht häufig geschlossen, dass eine Abweichung vom *overvektsprinsippet* hin zu einer etwas verschärften *beviskrav* gewollt ist.²⁵⁷

Weiterhin kann das Gesetz ein *klar sannsynlighetsovervekt*²⁵⁸ fordern.²⁵⁹ In solchen Fällen wird die *beviskrav* nochmals geschärft und es wird regelmäßig etwas mehr gefordert als durch den Begriff *godtgjøre*.²⁶⁰ In den Gesetzesvorarbeiten

²⁵² Norwegisch: *overvektsprinsipp* = deutsch: Überwiegensprinzip.

²⁵³ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 887. Der Originaltext lautet: „Overvektsprinsippet danner imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt for bevisbedømmelsen.“

²⁵⁴ Norwegisch: *beviskrav* = deutsch: Beweisanforderung.

²⁵⁵ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 887. Neben den beiden genannten Arten von Ausnahmen vom *overvektsprinsippet* sind auch solche Ausnahmen denkbar, die ohne gesetzliche Regelung oder Verankerung in einer Rechtsregel bestehen.

²⁵⁶ Norwegisch: *godtgjøre* = deutsch: beweisen. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 78 Abs. 1, 80 Abs. 1, S. 1 vml.

²⁵⁷ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 887. Allerdings ist dies nicht immer der Fall, siehe: Rt. 2000, S. 199 A.

²⁵⁸ Norwegisch: *sannsynlighetsovervekt* = deutsch: Wahrscheinlichkeitsübergewicht.

²⁵⁹ Norwegisch: *Klar sannsynlighetsovervekt* = deutsch: klares Wahrscheinlichkeitsübergewicht; als Bsp. einer gesetzlichen Normierung siehe: § 3 Abs. 4 *Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved strafbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)*; norwegisch: *Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved strafbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)* = deutsch: Gesetz über die staatliche Entschädigung für Personenschäden, die herbeigeführt wurden durch strafbare Handlungen und anderes (Das Gewaltopfererstattungsgesetz), vom 20.4.2001; der Originaltext lautet: „Voldoffererstatning tilkjennes bare når det foreligger *klar sannsynlighetsovervekt* for at skadelidte har vært utsatt for en handling [...]“.

²⁶⁰ *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 890.

zum *voldsoffererstatningsloven*²⁶¹ wird etwa beschrieben, dass der Ausdruck *klar sannsynlighetsovervekt* „etwas mehr als das gewöhnliche *sannsynlighetsovervekt*, aber gleichsam keine so strenge *beviskrav* wie im Strafrecht“ verlangt.²⁶²

Nocheinmal schärfer wird die *beviskrav*, wenn das Gesetz Begriffe wie *åpenbart*²⁶³, *visst*²⁶⁴, *tvillaust*²⁶⁵, *klart*²⁶⁶ oder *utvilsom*²⁶⁷ benutzt.²⁶⁸

Neben diesen ausdrücklich im Gesetz verankerten Abweichungen vom *overvektsprinsippet* gibt es auch nicht normierte Rechtsregeln, die ebenfalls eine Abweichung vom *overvektsprinsippet* anordnen.

Einen solchen Fall stellen *legalpresumsjoner*²⁶⁹ dar.²⁷⁰ Im Gegensatz zu der gesetzlichen Vermutung im deutschen Recht wird im Falle einer *legalpresumsjoner* jedoch nicht immer vermutet, dass eine bestimmte Tatsache vorliegt. Es ist zwar möglich, dass eine *legalpresumsjoner* so verstanden wird, dass sie ein bestimmtes *sannsynlighetsovervekt* verlangt.²⁷¹ Diese Wirkung lässt sich indes nicht generell feststellen. Im Beispiel von §§ 62, 63 *konkursloven*²⁷² bewirkt die gesetzliche Vermutung z. B. keine Änderung der *bevisbyrde* oder der *beviskrav*. Nach *Skoghøy* ist die *legalpresumsjon* grds. nicht als ein Fall einer abweichenden *beviskrav* zu verstehen.²⁷³

²⁶¹ Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved strafbar handling m.m. (*voldsoffererstatningsloven*).

²⁶² Ot.prp.nr. 10 (2007-2008), S. 19-20. Diese Aussage wird vor dem Hintergrund getroffen, dass die *beviskrav* im norwegischen Strafrecht regelmäßig als „bevist over enhver rimelig tvil“ („Beweisen über vernünftigen Zweifel [hinaus]“) bezeichnet wird. Siehe hierzu: *Koflaath*, TfR 2011, S. 136; *Andenas/Mybrer*, Norsk Straffeprosess, S. 160 f.

²⁶³ Norwegisch: *åpenbart* = deutsch: offenbar. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 16 c vml.; oder in § 2 Abs. 4, Nr. 1; § 3 Abs. 1, Nr. 2, II; § 4 Abs.1 Lov om patenter (patentelov), Gesetz vom 15.12.1967.

²⁶⁴ Norwegisch: *visst* = deutsch: vermutlich. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 2 Abs. 3, S. 1 Lov om gjeldsbrev (*gjeldsbrevlova*), Gesetz vom 17.2.1939.

²⁶⁵ Norwegisch: *tvillaust* = deutsch: zweifellos. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 253 Abs. 1, S. 3, Abs. 2, Nr. 2, Abs. 3 Lov om tomtefeste, Gesetz vom 20.12.1996.

²⁶⁶ Norwegisch: *klart* = deutsch: klar. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 254 II 2 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (*åndsverkloven*), Gesetz vom 12.5.1961.

²⁶⁷ Norwegisch: *utvilsom* = deutsch: unzweifelhaft. Dieser Begriff findet sich z. B. in: § 51 Abs. 1 Lov om ekteskap (*ekteskapsloven*), Gesetz vom 4.7.1991.

²⁶⁸ Robberstad, Sivilprosess, S. 264 ff.; *Skoghøy*, Tvisteløsning, S. 887 ff.

²⁶⁹ Norwegisch: *legalpresumsjoner* = deutsch: gesetzliche Vermutungen.

²⁷⁰ *Hor*, Rettergang II, S. 1153; *Skoghøy*, Tvisteløsning, Kapitel 14.4.

²⁷¹ *Skoghøy*, Tvisteløsning, Kapitel 14.4.

²⁷² Norwegisch: Lov om gjeldsforhandling og konkurs (*konkursloven*) = deutsch: Gesetz über die Verhandlung mit Kreditgebern und Konkurs (Das Konkursgesetz), vom 1.1.1986.

²⁷³ *Skoghøy*, Tvisteløsning, Kapitel 14.4.

Neben dieser Gruppe sind auch Abweichungen vom Standardbeweismaß im Fall der Beweisvereitelung oder -vernichtung²⁷⁴ oder aus Wertungsgründen²⁷⁵ möglich.

c.) *Kritik an Beweismaßregeln (Strandberg)*

Gerade in der jüngeren Zeit wurde dieses etablierte Verständnis der *beviskrav* kritisiert.²⁷⁶ Zum einen wird der Begriff des Wahrscheinlichkeitsübergewichts an sich kritisiert. Es wird die Frage gestellt, ob sich das Wahrscheinlichkeitsübergewicht darauf bezieht, dass eine Tatsachenbehauptung X wahrscheinlicher ist als ihr Gegenteil –X (absolutes Wahrscheinlichkeitsübergewicht) oder darauf, ob eine Tatsachenbehauptung X wahrscheinlicher ist als eine andere Tatsachenbehauptung Y (relatives Wahrscheinlichkeitsübergewicht).²⁷⁷ Zum anderen wird aber auch die bedeutsamere Frage gestellt, ob das Wahrscheinlichkeitsübergewicht wirklich zu den meisten materiell-rechtlich richtigen Entscheidungen führt.²⁷⁸

Strandberg widersetzt sich dieser These der herrschenden Meinung und begründet dies wie folgt: Das Hauptproblem des *overvektsprinsipp* sei es, dass dieses subjektive Wahrscheinlichkeiten so behandelt, als wären es objektive Wahrscheinlichkeiten. Wenn ein Richter also davon ausgeht, dass eine bestimmte Behauptung wahrscheinlicher ist als ihr Gegenteil, so handelt es sich „nur“ um eine subjektive Beurteilung durch den Richter. Es ist insofern auch „nur“ subjektiv (nämlich in den Augen des Richters) wahrscheinlicher, dass diese Behauptung zutrifft.²⁷⁹

Wenn die herrschende Meinung nun aber davon spricht, dass das *overvektsprinsipp* zu den meisten materiell-rechtlich richtigen Entscheidungen führt, so wird suggeriert, dass es auch objektiv wahrscheinlicher ist, dass eine bestimmte Behauptung und nicht ihr Gegenteil zutrifft.²⁸⁰ Man könne daher nicht sagen, dass das *overvektsprinsipp* zu den meisten materiell-rechtlich richtigen Entscheidungen führt. Vielmehr sei Aussage nur ein Postulat, das wahr oder falsch sein kann.²⁸¹

²⁷⁴ Rt. 1976, S. 239 A; 1980, S. 1299 A; 1990, S. 688 A; 2001, S. 1265 A; 2003, S. 338 A; 2003, S. 338 A; 2003, S. 764 A; 2007, S. 129 A; 2009, S. 920 A; 2010, S. 584 A; *Skoghøy*, Tvisteløsning, S. 897 f.

²⁷⁵ Rt. 1939, S. 365 A; 2006, S. 1657 A; 2011, S. 1481 A; *Skoghøy*, Tvisteløsning, S. 894 f.

²⁷⁶ Eine umfassende Übersicht zu den neueren Gedanken im Bereich der *beviskrav*: *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 327 f.

²⁷⁷ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 409 f., 415 ff., 428 f., 437 f.; *Koflaath*, LoR 2008, S. 149 ff.; *Skoghøy*, Tvisteløsning, S. 875 ff.

²⁷⁸ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 469 ff.

²⁷⁹ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 514.

²⁸⁰ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 514.

²⁸¹ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 514.

Stattdessen schlägt *Strandberg* vor, dass sich die *beviskrav* aus dem materiellen Recht ergibt und je nach Rechtsgebiet variiert.²⁸² Ferner sollte die *beviskrav* durch eine *robusthetskrav*²⁸³ ergänzt werden.²⁸⁴ Eine Wahrscheinlichkeitsaussage ist dabei dann „robust“, wenn sie nicht dadurch verändert oder beeinflusst wird, dass eine neue relevante Information hinzukommt.²⁸⁵

d.) Einfluss des Beweismaßes auf die Risikoverteilung

Genau wie die Verteilung der Feststellungslast im deutschen Zivilrecht ist auch die Verteilung der *bevisbyrde* im norwegischen Zivilrecht Ausdruck einer Risikoverteilung. Neben den Regeln, die die Richtung dieser Risikoverteilung bestimmen, gibt die *beviskrav* an, welchen Umfang diese Risikoverteilung hat.

Wie bereits in den Darstellungen zum Beweismaß im deutschen Recht²⁸⁶ deutlich wurde, ist der Umfang dieser Risikoverteilung umso geringer, je niedriger das Beweismaß bzw. im Fall des norwegischen Rechts die *beviskrav* ist. Den Extremfall stellt das Wahrscheinlichkeitsübergewicht oder, mit den Worten des norwegischen Rechts, das *sannsynlighetsovervekt*, dar. Dies führt zu dem Umstand, dass der Angreifer und der Angegriffene nahezu das gleiche Risiko des Prozessverlustes tragen, wodurch die Risikoverteilung auf ein Minimum reduziert wird.²⁸⁷

e.) Zwischenergebnis zur *beviskrav*

Im norwegischen Zivilprozessrecht hat sich das auch im deutschen Zivilprozessrecht diskutierte Wahrscheinlichkeitsübergewicht bzw. *sannsynlighetsovervekt* als Standardbeweismaß durchgesetzt. Das Kernargument der herrschenden Meinung ist dabei, dass man „unter gleichen Bedingungen am häufigsten zu einem materiell-rechtlich richtigen Urteil kommt, wenn man diejenigen Tatsachen zugrunde legt, die am wahrscheinlichsten sind.“²⁸⁸

Dieses grundsätzlich niedrige Beweismaß wird durch eine Vielzahl von normierten und nicht normierten Regeln zur Beweismaßsteigerung ergänzt, wobei die Intensität der Beweismaßsteigerung von Fall zu Fall durchaus variieren kann.

²⁸² *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 503 ff., 514.

²⁸³ Norwegisch: *robusthetskrav* = deutsch: Robustheitsanforderung.

²⁸⁴ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 515 ff.

²⁸⁵ *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 542. Der Originaltext lautet: „[...] et sannsynlighetsutsagn er robust hvis det ikke vil forandres eller påvirkes av at ny relevant informasjon kommer til.“

²⁸⁶ Siehe: C. I. 2.

²⁸⁷ *Laumen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, *Handbuch der Beweislast - Grundlagen*, S. 91.

²⁸⁸ *Eckhoff*, *Tvilsrisikoen*, S. 64, der Originaltext lautet: „Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig (dvs. halvere tvilsrisikoen).“

Aber auch diese Vielzahl an Ausnahmen ändert nichts an dem Umstand, dass im Grundsatz von einem denkbar niedrigen Beweismaß auszugehen ist, wodurch die aus der Beweislastverteilung folgende Risikoverteilung stark relativiert wird.

3. Zusammenfassung

Im norwegischen Zivilrecht hat sich keine herrschende Meinung zur Frage der Verteilung der *bevisbyrde* etablieren können. Während die Rechtsprechung keine vom Einzelfall losgelösten Vorgaben zur Verteilung der *bevisbyrde* macht, finden sich in der Literatur zwar abstrakte Lösungsvorschläge, doch stellen diese „nur“ die Meinung einzelner Autoren dar und sind keinesfalls repräsentativ. Die isolierte Betrachtung der Beweislastfrage führt also zu dem Ergebnis, dass im norwegischen Zivilrecht in diesem Bereich ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit herrscht.

Allerdings ist auch im norwegischen Zivilrecht die Frage der Beweislastverteilung im Zusammenhang mit dem anzuwendenden Beweismaß zu verstehen. Das Regelbeweismaß im norwegischen Zivilprozess ist nach ganz herrschender Meinung das *sannsynlighetsovervekt*. Es handelt sich dabei um ein Beweismaß, das der im deutschen Recht diskutierten überwiegenden Wahrscheinlichkeit entspricht. Zwar ist auch eine Abweichung von diesem Beweismaß i.S.e. Beweismaßerhöhung möglich, doch reicht zur Überzeugung des Richters grundsätzlich die überwiegende Wahrscheinlichkeit der vorgetragenen Tatsachenbehauptung aus.

Mit dem niedrigen Beweismaß geht gleichsam eine geringe Zahl an Beweislastentscheidungen einher, da eine solche immer nur dann notwendig ist, wenn der Richter weder eine Tatsachenbehauptung noch ihr Gegenteil für überwiegend wahrscheinlich hält. Auf diese Weise relativiert die *beviskrav* die Bedeutung der im Zusammenhang mit der *bevisbyrde* bestehenden Rechtsunsicherheit.

III. Vergleich der nationalen Beweislastregelungen

Die Betrachtung hat gezeigt, dass bei der Regelung der Beweislast starke Unterschiede zwischen dem deutschen und dem norwegischen Zivilrecht bestehen. Diese Unterschiede sind vor dem Hintergrund des ebenfalls grundsätzlich verschiedenartig ausgestalteten Beweismaßes der beiden Rechtsordnungen zu verstehen.

Im deutschen Zivilrecht ist die Beweislasttheorie besonders ausdifferenziert. Der Betrachter kann auf sehr umfangreiche Literatur und Rechtsprechung zu diesem Thema zurückgreifen, von der in dieser Arbeit nur ein Bruchteil überhaupt wiedergegeben werden konnte. Mit dieser umfangreichen Literatur geht auch eine große Zahl an Theorien über die Verteilungsprinzi-

prien der Beweislast einher. Ebenso umfangreich ist auch der Begriffsapparat, der sich im Rahmen dieser Theorien entwickelt hat. So unterscheidet das deutsche Beweislastrecht etwa zwischen der objektiven Beweislast, bzw. Feststellungslast, der subjektiven Beweislast, bzw. Beweisführungslast und innerhalb letzterer wiederum in konkrete und abstrakte Beweisführungslast, zwischen rechtsbegründenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Normen und deren Erscheinungsformen als hinderungshindernden, vernichtungshindernden, usw. Normen.

Im norwegischen Zivilrecht ist die Beweislasttheorie weniger ausdifferenziert als im deutschen Zivilrecht. Ein Grund dafür könnte der Umstand sein, dass Norwegen eine weitaus kleinere Bevölkerung als Deutschland, mithin auch weniger juristische Fakultäten und Lehrmeinungen, hat. Der zentrale Grund dürfte aber in dem Umstand zu erblicken sein, dass im Bereich des norwegischen Beweislastrechts in dem Zeitraum 1943–2000 eine weitestgehende Konformität der Lehrmeinungen bestand²⁸⁹. Die meisten beweisrechtlichen Prinzipien waren in diesem Zeitraum allgemein anerkannt und es gab nur wenige beweistheoretische Arbeiten in diesem Bereich.²⁹⁰

Im deutschen Zivilrecht kann der Rechtsanwender trotz der großen Vielfalt an Beweislasttheorien mit der (*Modifizierten*) *Normentheorie* auf eine klar herrschende Meinung zurückgreifen. Diese Theorie basiert auf der normativen Bindung der Beweislast und geht im Grundsatz davon aus, dass jede Partei die Voraussetzungen der für sie günstigen Norm beweisen muss. Dabei sind rechtsbegründende Normen für die eine, rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Normen für die andere Partei günstig. Auf diese Weise liegt die Beweislastverteilung schon vor Prozessbeginn abstrakt und generell fest, was zu einem hohen Grad an Rechtssicherheit führt.

Im norwegischen Zivilrecht ist der Umfang der Beweislasttheorien im Vergleich zum deutschen Zivilrecht überschaubar. Die Prinzipien der Verteilung der Beweislast im Einzelfall sind dafür umso umstrittener. Einen Eindruck davon gibt *Robberstad* in einem der wenigen Aufsätze aus jüngerer Zeit zur Beweislast im norwegischen Zivilrecht mit dem Titel *Om forståelser av bevisbyrde*²⁹¹, in dem sie zu dem Ergebnis kommt: „Vielleicht haben wir [...] [bzgl. der Verteilung der Beweislast] kein geltendes Recht?“²⁹² Es besteht im norwegischen Zivilrecht also eine hohe Rechtsunsicherheit im Bereich der Beweislastverteilung.

²⁸⁹ *Koflaath/Strandberg*, in: Festschrift til Bernt, S. 319 (321 ff.).

²⁹⁰ *Koflaath/Strandberg*, in: Festschrift til Bernt, S. 319 (321).

²⁹¹ Norwegisch: *Om forståelser av bevisbyrde* = deutsch: *Über Verständnisse der Beweislast*.

²⁹² *Robberstad*, JV 2011, S. 81, Originaltext: „[...] kanskje har vi ingen gjeldende rett om dette?“; siehe auch *Lindblom*, TfR 2000, S. 414, Originaltext: „Tre feta spørsmål“: bevisbyrda, rättskraft och talerätt; so auch *Robberstad*, Sivilprosess, S. 258.

Bei der Betrachtung der Beweislastverteilung war auffällig, dass schlussendlich im deutschen Zivilrecht hohe Rechtssicherheit herrscht, während im norwegischen Zivilrecht nur mit Mühe bestimmt werden kann, welche Partei die Beweislast trägt. Die Dramatik dieser Unterschiede wird jedoch durch die ebenfalls stark unterschiedlichen Regelungen des Beweismaßes relativiert.

Im deutschen Zivilrechtprozess findet regelmäßig ein hohes Beweismaß Anwendung, das die volle richterliche Überzeugung verlangt. Die Folge ist, dass der Anwendungsbereich der Beweislast entsprechend groß ist und damit auch die mit der Beweislastverteilung einhergehende gesetzliche Risikoverteilung entsprechend stark betont wird. Insofern ist die Vorhersehbarkeit i.S.e. abstrakt-generellen Regelung der Beweislastverteilung für die Parteien im deutschen Zivilprozess umso wichtiger.

Im norwegischen Zivilprozess findet hingegen mit dem *sannsynlighetsovervekt*²⁹³ regelmäßig ein denkbar niedriges Beweismaß Anwendung. In der Folge ist daher auch der Anwendungsbereich der Beweislast wesentlich kleiner als im deutschen Zivilprozess, was wiederum zu einer Minimierung der mit der Beweislastverteilung einhergehenden Risikoverteilung führt. Für das norwegische Zivilrecht ist die abstrakte-generelle Festlegung der Beweislastverteilung daher weniger wichtig als für das deutsche Zivilrecht. Die Unsicherheiten bei der Bestimmung der Beweislastverteilung haben somit weit weniger gravierende Auswirkungen, als dies im deutschen Zivilrecht der Fall wäre.

²⁹³ Norwegisch: sannsynlighetsovervekt = deutsch: Wahrscheinlichkeitsübergewicht; *Strandberg*, *Beviskrav i sivile saker*, S. 87.

D. Europäische Einflüsse auf die Beweislast

Wie sich schon anhand der bisherigen Darstellung gezeigt hat, haben das deutsche und das norwegische Zivilrecht über lange Zeit nationale Regeln zur Verteilung der Beweislast entwickelt. Im Zusammenhang mit dem stetig wachsenden Einfluss des europäischen Rechts auf das jeweilige Zivilprozessrecht ist zu analysieren, inwiefern die Verteilung der Beweislast durch europäische Vorgaben beeinflusst wird.²⁹⁴ In Betracht kommen dabei sowohl Einflüsse des europäischen Sekundärrechts, insbesondere der Europäischen Richtlinien, als auch des Europäischen Primärrechts, namentlich der Grundfreiheiten und des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. Dabei ist zu beachten, dass Norwegen nicht Mitglied der Europäischen Union ist und somit auch nicht der direkten Wirkung des EU-Primärrechts bzw. Sekundärrechts unterliegt.

Durch das EWR-Abkommen gelten jedoch weite Teile des EU-Primär- und Sekundärrechts für Norwegen in gleicher Weise, wodurch das Land in den Binnenmarkt der EU eingebunden wird.²⁹⁵

²⁹⁴ So auch *Heinze*, EuR 2008, S. 654.

²⁹⁵ *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 15.

I. Homogenität zwischen EU-Recht und EWR-Recht

Das EWR-Abkommen ist ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten auf der einen Seite und den EFTA-Staaten²⁹⁶ Island, Lichtenstein und Norwegen auf der anderen Seite.²⁹⁷ Die Schweiz als viertes EFTA-Mitglied ist nicht Partei dieses Abkommens. Ziel des Abkommens ist es, die besagten EFTA-Staaten in den Binnenmarkt der EU einzubinden.²⁹⁸ Zu diesem Zweck wurde durch das EWR-Abkommen materielles Recht geschaffen, das für die Vertragsparteien gleichermaßen verbindlich ist.

Den Kern dieses Rechts stellen die vier Grundfreiheiten sowie Wettbewerbsregeln dar, die fast wortgleich aus dem EU-Primärrecht übernommen wurden.²⁹⁹ Darüber hinaus sind gem. Art. 119 EWR-Abkommen auch die im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien verbindlich. Auf diese Weise ist die in Anhang XVII angeführte Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Marken für Norwegen verbindlich.

Das Ziel der erfolgreichen Einbindung der EFTA-Staaten in den Binnenmarkt der EU kann aber nur dann erreicht werden, wenn die EWR-Normen, die von EU-Normen abgeleitet sind, in EU-Bezügen und EWR-Bezügen einheitlich ausgelegt werden.³⁰⁰

Konzeptionell ist es daher nicht unproblematisch, dass sowohl der *Europäische Gerichtshof* auf Seiten der EU, als auch der *EFTA-Gerichtshof* auf Seiten der EFTA-Staaten die Kompetenz zur Auslegung des Abkommens besitzen.³⁰¹ Damit droht eine unterschiedliche Auslegung des gemeinsamen EWR-Abkommens durch die beiden Gerichte.³⁰² Die Folge wäre die Gefährdung des Ziels des EWR-Abkommens, nämlich der Integration der EFTA-Staaten in den EU-Binnenmarkt.

Etwaigen Divergenzen zwischen den Interpretationen des EWR-Rechts durch die beiden Gerichte wird jedoch auf verschiedene Weisen entgegengewirkt.

Zum einen ist es gem. Art. 92 I EWR-Abkommen Aufgabe des EWR-Ausschusses, die effektive Durchführung des Abkommens sicherzustellen. In diesem Sinne dient der EWR-Ausschuss sowohl als Forum für den ständigen

²⁹⁶ Norwegen ist neben Island, Lichtenstein und der Schweiz Mitglied der EFTA (European Free Trade Association). Ihren Ursprung hat die EFTA in der sog. Stockholm-Konvention aus dem Jahr 1960, die mittlerweile durch die sog. Vaduz-Konvention aus 2001 aktualisiert wurde.

²⁹⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, S. 718; *Streit*, NJW 1994, S. 555 f.

²⁹⁸ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, S. 658; *Herdegen*, Europarecht, S. 57; *Gugenbauer*, NJW 1994, S. 2743

²⁹⁹ *Herdegen*, Europarecht, S. 57; *Sejersted/Arnesen/Rognstad/Kolstad*, EØS-rett, S. 86.

³⁰⁰ *Gugenbauer*, NJW 1994, S. 2743 (2745 f.); *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 130 f.

³⁰¹ *Bandenbacher*, in: Festschrift Hirsch, S. 27; *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 140.

³⁰² *Gugenbauer*, NJW 1994, S. 2743 (2745 f.).

Dialog zwischen EU und EFTA als auch zur Lösung von Interpretationsfragen bzgl. des EWR-Abkommens.³⁰³

Zum anderen sieht das sog. *Homogenitätsprinzip* in Art. 105–107 EWR-Abkommen³⁰⁴ vor, dass die Vertragsparteien das Abkommen möglichst einheitlich auslegen. Auf diese Weise soll im EWR und der EU der gleiche Rechtsstand herrschen. Auch wenn sich dies zunächst nach einer Abstimmung der Auslegung auf Augenhöhe anhört, so zeigt die Praxis doch, dass Divergenzen in der Interpretation dadurch vermieden werden, dass sich der *EFTA-Gerichtshof*, soweit möglich, der Interpretation der EWR-Normen durch den *EuGH* anschließt.³⁰⁵ Der *EuGH* wiederum legt gleichzeitig die EWR-Normen, die von EU-Normen abgeleitet sind, in EU-Bezügen und EWR-Bezügen einheitlich aus.³⁰⁶

Insgesamt versucht der *EFTA-Gerichtshof*, das ihm Mögliche zu tun, um Divergenzen zu der Auslegung des EWR-Rechts durch den *EuGH* zu vermeiden.³⁰⁷ *Fredriksen/Mathisen* kommen zu dem Schluss, dass sich keine Beispiele finden lassen, in denen der *EFTA-Gerichtshof* offenbar vom Verständnis des *EuGH* vom EU-Recht, das in das EWR-Abkommen inkorporiert wurde, abweicht.³⁰⁸ Selbst in den Fällen, in denen aufgrund nachfolgender Entscheidungen des *EuGH* eine Divergenz zwischen den Interpretationen bestand, hat der *EFTA-Gerichtshof* seine Rechtsprechungspraxis bei der erstbesten Gelegenheit angeglichen.³⁰⁹

Es wird daher in den nachfolgenden Ausführungen davon ausgegangen, dass die Vorgaben, die das EU-Recht für die nationale Beweislastverteilung

³⁰³ *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 133; *Sjerstedt/Arnesen/Rognstad/Kolstad*, EØS-rett, S. 144; siehe auch Art. 105, 111, 113 EWR-Abkommen.

³⁰⁴ Ferner findet das Homogenitätsprinzip auch an anderen Stellen des Abkommens Ausdruck, so z. B. im 15. Erwägungsgrund des EWR-Abkommens. Dort heißt es: „In Anbetracht des Zieles der Vertragsparteien, bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieses Abkommens und der gemeinschaftlichen Bestimmungen, die in ihrem wesentlichen Gehalt in dieses Abkommen übernommen werden, zu erreichen und beizubehalten und [...]“.

³⁰⁵ *Baudenbacher*, in: Festschrift Hirsch, S. 27 (28 f.); *Fredriksen*, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, S. 365 f.; Ausdruck findet dieses Verständnis in Art. 3 Abs.2, S. 1 des Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshof. Dort heißt es: „Bei der Auslegung und Anwendung des EWR-Abkommens und dieses Abkommens werden die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof die in den betreffenden Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften dargelegten Grundsätze *gebührend berücksichtigen*.“

³⁰⁶ *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 130 f.

³⁰⁷ *Baudenbacher*, in: Festschrift Hirsch, S. 27 (34 ff.); *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 142; *Fredriksen*, TfR 2008, S. 525 ff.; siehe auch: *Fredriksen*, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, S. 370.

³⁰⁸ *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 142.

³⁰⁹ *Fredriksen/Mathisen*, EØS-rett, S. 142.

macht, entsprechend auch für in das EWR-Recht inkorporiertes EU-Recht gelten.

II. Europäisches Primärrecht

Sowohl das deutsche als auch das norwegische Zivilprozessrecht werden durch Regelungen des europäischen Primärrechts beeinflusst.³¹⁰ Zu diesen Regelungen gehören die Verfahrensgarantien des Art. 47 *EU-Grundrechtecharta*³¹¹, der Art. 6, 13 *EMRK*³¹², die *Grundfreiheiten*³¹³ und der *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz*³¹⁴.

Allerdings sind diese Regelungen nicht alle gleich bedeutsam für die Frage der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.

Grundsätzlich enthält die *EMRK* nämlich keine Vorgaben zum Beweisrecht als solchem³¹⁵, sondern weist diese Materie *primär* den nationalen Ge-

³¹⁰ Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, S. 128 ff.; *Abrens/Lipp/Varga*, *Europäisches Zivilprozessrecht: Einfluss auf Deutschland und Ungarn*, S. 5 ff.; *Kulms*, *Der Effektivitätsgrundsatz*, S. 26; *Heinze*, *EuR* 2008, S. 654 ff.; *EFTA-Gerichtshof*, E-25/13 – Gunnar V. Engilbertsson, Rn. 155; E-4/01, Rn. 33 f. – Karlson; NOU 2003: 12, S. 259; *Monsen*, TFE 2006, S. 238 (245); *Sjerstedt/Arnesen/Rognstad/Kolstad*, EØS-rett, S. 2010; *Fredriksen*, LoR 2010, S. 600 (602 f.).

³¹¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. C 303 vom 14.12.2007, S. 1-16; gem. Art. 6 I sind die GRC und die Verträge über die Europäische Union und über die Arbeitsweise der Europäischen Union gleichrangig; zur Bedeutung der Verfahrensgarantien für den nationalen Zivilprozess: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 47, Rn. 1-5; *Blanke* in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, EU-GRCharta, Art. 47, Rn. 1; Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, S. 129 ff.; *Heinze*, *EuR* 2008, S. 656 f.

³¹² *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (EMRK)*; grundsätzlich enthält die *EMRK* keine Vorgaben zum Beweisrecht als solchem (*EGMR*, 21497/93 – Mantovanelli v. France, Rn. 34), sondern weist diese Materie *primär* den nationalen Gesetzgebern und Gerichten zu. Dies gilt sowohl für die Zulässigkeit von Beweismitteln und deren Bewertung (*EGMR*, 30544/96 – García Ruiz v. Spain, Rn. 28; 10862/84 – Schenk v. Swiss, Rn. 45 f.), als auch für die Regelungen der Beweiskraft und der Beweislast (*EGMR*, 47458/99 – Tiemann v. France and Germany; 8876/80 – X v. Belgium, S. 233). In Einzelfällen kann die *EMRK* jedoch auch Einfluss auf das nationale Beweisrecht haben (*EGMR*, 25735/94 – Elsholz v. Germany, Rn. 66; 58580/00 – Blucher v. Czech Republic, Rn. 65; 16034/90 – Van de Hurk v. Netherlands; 14448/88 – Dombo Beheer B.V. v. Netherlands, Rn. 31; 24541/94 – Wierzbicki v. Poland, Rn. 45); vgl. zur Bedeutung für den nationalen Zivilprozess: Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, S. 129 ff.; *Abrens/Lipp/Varga*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, S. 5; *Mayer-Ladenig*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Art. 6, Rn. 6 ff., Art. 13, Rn. 1.

³¹³ *Mankowski/Hölscher/Gerberdt*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, § 38, Rn. 45; *Heinze*, *EuR* 2008, S. 675 ff.; Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, S. 129 ff.; *Tönsfeuerborn*, *Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht*; *Herb*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, S. 213 ff.

³¹⁴ *Herb*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, S. 187 f.

³¹⁵ *EGMR*, 21497/93 – Mantovanelli v. France, Rn. 34.

setzgebern und Gerichten zu³¹⁶. Dies gilt sowohl für die Zulässigkeit von Beweismitteln und deren Bewertung³¹⁷, als auch für die Regelungen der Beweiskraft und der Beweislast.³¹⁸

In Einzelfällen kann die *EMRK* jedoch auch Einfluss auf das nationale Beweisrecht haben.³¹⁹

Art. 6 *EMRK* gewährt das Recht auf ein *fair*es Verfahren. Dieses Recht umschließt dem Wortlaut der Norm nach das Recht „darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen [...] von einem [...] Gericht in einem *fairen* Verfahren, [...] verhandelt wird. [...]“. Dabei könnte der Begriff des „*fairen* Verfahrens“ von Einfluss für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im nationalen Zivilprozess sein.

Allerdings leitet der *EGMR* nur zurückhaltend Vorgaben für den nationalen Zivilprozess aus Art. 6 *EMRK* ab.³²⁰ Er lässt den Staaten, die an die *EMRK* gebunden sind im Bereich des Zivilprozessrechts mehr Freiraum, als im Bereich des Strafprozessrechts³²¹, was damit begründet wird, dass „die Anforderungen des Art. 6 I *EMRK* in zivilrechtlichen Verfahren weniger streng sind, als in strafrechtlichen Verfahren“. ³²² Die wenigen Entscheidungen, die das nationale Beweisrecht betreffen, beziehen sich allerdings schwerpunktmäßig auf die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel³²³, sodass die Regelungen der *EMRK* für diese Arbeit zu den weniger bedeutsamen Regelungen des europäischen Primärrechts gehören.

Art. 47 *GRC* verbürgt einen Anspruch auf *wirksamen* Rechtsschutz bei einem Gericht.³²⁴ Dies umfasst gem. Art. 47 I *GRC* ausreichenden Zugang zu den Gerichten³²⁵, gem. Art. 47 II *GRC* die Beachtung zentraler Verfahrensvorgaben³²⁶ und gem. Art. 47 III *GRC* ggf. finanzielle Unterstützung.³²⁷

³¹⁶ *EGMR*, 30544/96 – García Ruiz v. Spain, Rn. 28; 10862/84 – Schenk v. Swiss, Rn. 45 f.

³¹⁷ *EGMR*, 30544/96 – García Ruiz v. Spain, Rn. 28; 10862/84 – Schenk v. Swiss, Rn. 45 f.

³¹⁸ *EGMR*, 47458/99 – Tiemann v. France and Germany; 8876/80 – X v. Belgium, S. 233

³¹⁹ *EGMR*, 25735/94 – Elsholz v. Germany, Rn. 66; 58580/00 – Blucher v. Czech Republic, Rn. 65; 16034/90 – Van de Hurk v. Netherlands; 14448/88 – Dombo Beheer B.V. v. Netherlands, Rn. 31; 24541/94 – Wierzbicki v. Poland, Rn. 45.

³²⁰ *EGMR*, Guide on Article 6 – Right to a fair trial (civil limb), Rn. 173.

³²¹ *EGMR*, 14448/88 – Dombo Beheer B.V. v. Netherlands, Rn. 32; 21920/93 – Levages Prestations Services v. France, Rn. 46.

³²² *EGMR*, 6232/73 – König v. Germany, Rn. 96; Freie Übersetzung aus dem Englischen; Der Originaltext lautet: „The requirements of Article 6 § 1 as regards cases concerning civil rights are less onerous than they are for criminal charges.“

³²³ *EGMR*, 25735/94 – Elsholz v. Germany, Rn. 66; 58580/00 – Blucher v. Czech Republic, Rn. 65; 16034/90 – Van de Hurk v. Netherlands; 14448/88 – Dombo Beheer B.V. v. Netherlands, Rn. 31; 24541/94 – Wierzbicki v. Poland, Rn. 45.

³²⁴ *Blanke*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 47 EU-GR-Charta, Rn.1; *Jarass*, Charta der Grundrechte, Art. 47, Rn. 1; *Jarass*, NJW 2011, 1393; *Callies*, NJW 2002, 3577 (3580).

³²⁵ *Blanke*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 47 EU-GRCharta, Rn.1.

³²⁶ *Blanke*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 47 EU-GRCharta, Rn.1.

³²⁷ *Blanke*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 47 EU-GRCharta, Rn.1.

Doch haben im Rahmen dieser Vorschrift nur die Verfahrensvorgaben aus Art. 47 II GRC, die in ihrem Kerngehalt Art. 6 I EMRK entsprechen³²⁸, potentiell Einfluss auf die Verteilung der Beweislast im nationalen Zivilprozess³²⁹ und dies auch nur durch das Aufgreifen³³⁰ des *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes*, der sich originär aus dem Vertrag über die Europäische Union ergibt³³¹. Insofern wird in dieser Arbeit von einer gesonderten Darstellung des Art. 47 II GRC abgesehen. Stattdessen soll der *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz* als aus dem Vertrag über die Europäische Union abgeleiteter Grundsatz dargestellt werden.³³²

Bedeutsamer für diese Arbeit ist hingegen der Einfluss des sogenannten *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes* und der Grundfreiheiten auf das nationale Zivilprozessrecht und die nationalen Beweislastregeln. Diese stellen nämlich die äußere Grenze der mitgliedstaatlichen Freiheiten bei der Verteilung der Beweislast im Zivilrecht dar.

1. Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz

Auf der einen Seite ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, einen wirksamen Schutz im Sinne des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (Art. 19 I 3 EU) und auf der anderen Seite haben die nationalen Gerichte bei Fehlen gemeinschaftsrechtlicher Regelungen das nationale Prozessrecht anzuwenden.³³³ Hieraus ergibt sich die potentielle Gefahr, dass die nationalen prozessrechtlichen Regelungen die Wirksamkeit des materiellen Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.³³⁴

Dieser Gefahr begegnet der *EuGH* in seiner ständigen Rechtsprechung mit folgender Formel: Die nationalen Verfahren zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts dürfen weder „ungünstiger ausgestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“ (Äquivalenzgrundsatz), noch dürfen sie die „Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung

³²⁸ *Heinzg*, EuR 2008, 654 (655 f); *Blanke*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 47 EU-GRCharta, Rn. 3.

³²⁹ *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 47, Rn. 30

³³⁰ *Blanke* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 47 EU-GRCharta, Rn. 8.

³³¹ *EuGH*, RS. 33/76, Rn. 6 – Rewe Zentralfinanzen; RS. 45/76, Rn. 12 ff. – Comet; RS. 68/79, Rn. 25 – Just; RS. 199/82, Rn. 14 – San Giorgio; RS. 331/85, 376/85 und 378/85, Rn. 12 – Bianco und Girard; RS. 104/86, Rn. 7 – Kommission/Italien; RS. 123/87 und 330/87, Rn. 17 – Jeunehomme und EGI; RS. C-96/91, Rn. 12 – Kommission/Spanien; RS. 6/90 und 9/90, Rn. 43 – Francovich; RS. 430/93 u. 431/93, Rn. 17 – van Schijndel; *Bogdandy/Schill* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 4 EUV, Rn. 99; *Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz, S. 31; *Weiß*, DÖV 2008, S. 477 (478).

³³² Siehe hierzu unter: D. II. 1.

³³³ *Heinzg*, EuR 2008, S. 654 (661).

³³⁴ *Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz, S. 24 ff.; *Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, S. 16

verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“ (Effektivitätsgrundsatz).³³⁵ Auf diese Weise ergänzt der Grundsatz das materielle Gemeinschaftsrecht.³³⁶

Bei der Anwendung dieser Grundsätze sind die nationalen Vorschriften im Einzelfall unter Berücksichtigung der Stellung der Vorschrift im gesamten Verfahren zu würdigen.³³⁷ Dabei sind auch Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtssystem eigen sind, wie z. B. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens.³³⁸ Die Rechtsgrundlage des *Effektivitäts-* und *Äquivalenzgrundsatzes* sieht der *EuGH* in der Pflicht der Mitgliedstaaten zur loyalen Erfüllung des Unionsrechts (Art. 4 III EUV).³³⁹

Die gleiche Situation findet sich im EWR-Recht. Auch die norwegischen Gerichte müssen einen wirksamen Schutz im Sinne des EWR-Rechts gewährleisten. Dabei müssen sie ebenfalls bei Fehlen EWR-rechtlicher Regelungen das nationale Prozessrecht anwenden. Somit besteht auch hier die potentielle Gefahr, dass die nationalen prozessualen Regelungen die Wirksamkeit des materiellen Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen. Dementsprechend findet innerhalb des EWR der *Effektivitäts-* und *Äquivalenzgrundsatz* ebenfalls Anwendung, wobei Art. 3 EWR-Abkommen als Rechtsgrundlage dient.³⁴⁰ In Norwegen wird der Grundsatz regelmäßig als *ekvivalens- og effektivitetsprinsippet* bezeichnet. Inhaltlich ist dieser Begriff das Gegenstück zu der Bezeichnung *Effektivitäts-* und *Äquivalenzgrundsatz*, wie er sich in der Rechtsprechung des *EuGH* findet. Daher besagt dieses Prinzip ebenfalls, dass die nationalen Verfahren zur Durchsetzung des EWR-Rechts weder ungünstiger ausgestaltet sein dürfen als

³³⁵ *EuGH*, RS. 33/76, Rn. 6 – Rewe Zentralfinanzen; RS. 45/76, Rn. 12 ff. – Comet; RS. 68/79, Rn. 25 – Just; RS. 199/82, Rn. 14 – San Giorgio; RS. 331/85, 376/85 und 378/85, Rn. 12 – Bianco und Girard; RS. 104/86, Rn. 7 – Kommission/Italien; RS. 123/87 und 330/87, Rn. 17 – Jeunehomme und EGI; RS. C-96/91, Rn. 12 – Kommission/Spanien; RS. 6/90 und 9/90, Rn. 43 – Francovich; RS. 430/93 u. 431/93, Rn. 17 – van Schijndel.

³³⁶ *Rörig*, EuZW 2004, S. 18; *Rott*, EuZW 2003, S. 5 f.

³³⁷ *EuGH*, RS. 312/93, Rn. 14 – Peterbroeck; RS. C-430/93 und 431/93, Rn. 19 – van Schijndel; RS. C-276/01, Rn. 66 – Steffensen; RS. C-63/01, Rn. 46 – Evans; RS. 432/05, Rn. 54 – Unibet.

³³⁸ *EuGH*, RS. 312/93, Rn. 14 – Peterbroeck; RS. 430/93 und 431/93, Rn. 19 – van Schijndel; RS. 276/01, Rn. 66 – Steffensen; RS. 63/01, Rn. 46 – Evans; RS. 432/05 – Unibet, Rn. 54.

³³⁹ *EuGH*, RS. 33/76, Rn. 6 – Rewe Zentralfinanzen; RS. 45/76, Rn. 12 ff. – Comet; RS. 68/79, Rn. 25 – Just; RS. 199/82, Rn. 14 – San Giorgio; RS. 331/85, 376/85 und 378/85, Rn. 12 – Bianco und Girard; RS. 104/86, Rn. 7 – Kommission/Italien; RS. 123/87 und 330/87, Rn. 17 – Jeunehomme und EGI; RS. C-96/91, Rn. 12 – Kommission/Spanien; RS. 6/90 und 9/90, Rn. 43 – Francovich; RS. 430/93 u. 431/93, Rn. 17 – van Schijndel; *Bogdandy/Schill* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band. 1, Art. 4 EUV, Rn. 99; *Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz, S. 3; *Weiß*, DÖV 2008, S. 477 (478).

³⁴⁰ *EFTA-Gerichtshof*, E-25/13 – Gunnar V. Engilbertsson, Rn. 155; E-4/01, Rn. 33 f. – Karlson; E-15/12 – Wahl, Rn. 54; E-11/12 – Swiss Life, Rn. 115; NOU 2003: 12, S. 259; *Monsen*, TFE 2006, S. 238 (245); *Sjersted/Arnesen/Rognstad/Kolstad*, EØS-rett, S. 2010; *Fredriksen*, LoR 2010, S. 600 (602 f.).

bei entsprechenden Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen (*Äquivalenzgrundsatz*), noch die Ausübung der durch das EWR-Abkommen verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen dürfen oder übermäßig erschweren dürfen (*Effektivitätsgrundsatz*).³⁴¹

Obwohl sich die dargestellten Grundsätze vorrangig auf prozessrechtliche Vorschriften beziehen, misst der *EuGH*³⁴² Beweislastnormen (, die nach einer weit vertretenen Meinung im internationalen Privatrecht materiellrechtlicher Natur sind³⁴³) regelmäßig an diesen. Was den *EFTA-Gerichtshof* betrifft, so hat dieser sich noch nicht zum Verhältnis von *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz* zu nationalen Beweislastnormen geäußert. Aufgrund der hohen Homogenität zwischen EU- und EWR-Recht ist jedoch davon auszugehen, dass der *EFTA-Gerichtshof* in diesem Punkt nicht von der Rechtsprechung des *EuGH* abweichen wird.

2. Grundfreiheiten

Neben dem *Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz* kommen auch die EU- und EWR-Grundfreiheiten als primärrechtliche Grenze bei der Beweislastverteilung durch das jeweilige nationale Recht in Betracht. Dies ist immer dann denkbar, wenn ein Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist³⁴⁴ und subjektive Rechte im Sinne der Grundfreiheiten begründet werden.³⁴⁵ Im Vordergrund steht bei markenrechtlichen Sachverhalten dabei die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 ff. AEUV.

³⁴¹ *EFTA-Gerichtshof*, E-4/01 – Karlsson, Rn. 34.

³⁴² *EuGH*, C-449/13, Rn. 22 f., 27 – Consumer Finance; verbundene RS. 205/82 bis 215/82, Rn. 36, 39 = NJW 1984, S. 2024 (2026) – Deutsche Milchkontor; *GA Sharpston*, *EuGH*, C-497/13 – Faber, Rn. 41; Schlussanträge des *GA Jacobs*, Verbundene RS. C-427/93, C-429/93, C-436/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 102: „Die Frage der Beweislast ist eine Verfahrensfrage und bestimmt sich folglich gemäß dem Grundsatz der Verfahrensautonomie nach nationalem Recht. Der Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass sich bei Fehlen besonderer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts die Voraussetzungen für die Durchführung unmittelbar wirksamen Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nach dem innerstaatlichen Recht jedes Mitgliedstaats richten, sofern die zwei Bedingungen erfüllt sind, dass die Verfahrensvorschriften, die auf Ansprüche aus dem Gemeinschaftsrecht anwendbar sind, nicht ungünstiger sind, als die, die für vergleichbare Ansprüche aus innerstaatlichem Recht gelten, und dass sie nicht so ausgestaltet sind, dass sie es praktisch unmöglich machen, aus dem Gemeinschaftsrecht beruhende Ansprüche geltend zu machen.“

³⁴³ Siehe zum internationalen Privatrecht: *Coester-Waljen*, Internationales Beweisrecht, S. 276 ff.

³⁴⁴ *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 34, Rn. 33.

³⁴⁵ *Jarass*, in: EuR 2000, S. 705 (706); *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 34 AEUV, Rn. 33 f.

Der Einfluss der Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, auf die nationalen Beweislastregeln zeigt sich im Zusammenhang mit der MRL besonders deutlich in der *EuGH*-Entscheidung im Fall *Van Doren*³⁴⁶.

In dieser Entscheidung ging es um den Vertrieb von Waren der Marke *stüssy* innerhalb des EWR. Die Klägerin ist nach einem Händlervertrag Inhaberin der ausschließlichen Vertriebsrechte für Waren der Marke *stüssy* in Deutschland. Sie gehört damit zu einem EWR-weiten Vertriebssystem, in dem es in jedem Land nur einen Alleinvertriebsberechtigten und Generalimporteur für Waren der Marke *stüssy* gibt, der vertraglich verpflichtet ist, die Ware nicht an Zwischenhändler zum Weitervertrieb außerhalb seines jeweiligen Vertragsgebiets abzugeben.

Die Beklagte, *Lifestyle*, bringt gleichzeitig in Deutschland Waren der Marke *stüssy* auf den Markt, die sie nicht von der Klägerin bezogen hat. Daraufhin erhob die Klägerin Klage gegen die Beklagte und machte geltend, es handle sich bei den von der Beklagten in Verkehr gebrachten Waren um solche, die ursprünglich in den USA in Verkehr gebracht wurden und deren Vertrieb innerhalb des EWR der Markeninhaber nicht zugestimmt habe. Die Beklagte erwiderte daraufhin, dass die Rechte an der Ware erschöpft i. S. d. Markenrechts seien, da die Waren innerhalb des EWR mit der Zustimmung des Markeninhabers auf den Markt gelangt seien.

Gem. dem deutschen Recht, namentlich § 24 MarkenG, stellt die Erschöpfung der Rechte aus der Marke eine Einwendung dar, die in diesem Fall für die Beklagte günstig sei und daher auch von ihr zu beweisen sei.

Eine solche Belastung der Beklagten mit der Beweislast birgt allerdings die Gefahr, dass einem mit dem Markeninhaber nicht verbundenen Händler jeglicher Vertrieb der Waren der entsprechenden Marke selbst dann verboten werden könnte, wenn die Ware mit Zustimmung des Markeninhabers innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht wurde. Zum einen ist es dem Händler nämlich nur schwerlich möglich, die gesamte Absatzkette bis zum Markeninhaber nachzuweisen. Und zum anderen droht dem Händler bei einem solchen Nachweis, dass der Markeninhaber Druck auf den entsprechenden Händler ausübt, der die Waren außerhalb des Vertriebssystems verkauft hat, und die Quelle somit versiegt.

Dem *EuGH* wurde durch den *BGH* folgende Frage vorgelegt: „Sind die Artikel 28 und 30 EG dahin auszulegen, dass sie die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften erlauben, nach denen ein wegen des Vertriebes von Originalware aus einer Marke in Anspruch genommener Verletzer, der sich auf die Erschöpfung des Markenrechts im Sinne von Artikel 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG beruft, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, dass die

³⁴⁶ *EuGH*, RS. 244/00 = GRUR 2003, S. 512 – Van Doren. Siehe zur Berücksichtigung dieser Entscheidung im norwegischen Recht: *LB* – 2014 – 5832 – PJS; *TOBYF* – 2013 – 170476; Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) – Kapitel 14.1.1 til § 6.

von ihm vertriebene Ware zuvor erstmals bereits vom Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden ist?³⁴⁷

Der *EuGH* entschied, dass die nationale Beweislastregel mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Art. 5 und 7 der MRL, grundsätzlich vereinbar sei. Darüber hinaus können allerdings die Erfordernisse des freien Warenverkehrs Modifizierungen dieser Regel gebieten. Daraus folgt, dass dem Markeninhaber dann der Beweis obliegt, dass die Waren außerhalb des EWR oder ohne seine Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind, wenn der Dritte nachweisen kann, dass eine tatsächliche Gefahr der Abschottung der Märkte für den Fall droht, dass er den Beweis für das Inverkehrbringen innerhalb des EWR führen müsse.

Unklarheit besteht jedoch darüber, welchen Einfluss die Warenverkehrsfreiheit über diese stark einzelfallbezogene Rechtsprechung des *EuGH* hinaus auf die nationalen Beweislastregelungen hat.

Klar ist zunächst, dass die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV *mengenmäßige Beschränkungen* und *Maßnahmen mit gleicher Wirkung* zwischen den Mitgliedstaaten verbietet.³⁴⁸ Es muss unzweifelhaft sein, dass die Regelungen über die Verteilung der Beweislast keine *mengenmäßige Beschränkung* im Sinne des Art. 34 AEUV darstellen. Weder wird durch solche Regelungen ein *Verbringungsverbot*³⁴⁹ geschaffen, noch wird eine *Kontingentierung*³⁵⁰ von Waren vorgenommen.

Einzelne nationale Beweislastregelungen könnten aber als *Maßnahmen gleicher Wirkung* anzusehen sein. Dies ist gerade vor dem Hintergrund denkbar, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der *Maßnahmen gleicher Wirkung* vom *EuGH* extensiv ausgelegt wird und so ein Auffangbecken für all die nationalen Regelungen bildet, die einen getarnten Protektionismus bezwecken.³⁵¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Vorschriften im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und nicht zuletzt in dem dazugehörigen Bereich des Markenrechts einen direkten Einfluss auf die Einfuhr von Waren haben können³⁵² und insofern ohnehin in einem Spannungsverhältnis zur Warenverkehrsfreiheit stehen.³⁵³

³⁴⁷ *BGH*, Beschluss I ZR 193/97 = GRUR 2000, S. 879.

³⁴⁸ *Leible/Streinzig*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd.1, Art. 34, Rn. 2.

³⁴⁹ *EuGH*, RS. 34/79, Rn. 12 – Henn u. Darby.

³⁵⁰ *EuGH*, RS. 2/73, Rn.7 – Geddo.

³⁵¹ *Leible/Streinzig*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 34, Rn. 53; *EuGH*, RS. 19/92, Rn. 32 – Kraus; *EuGH*, RS 55/94, Rn. 37 – Gebhard.

³⁵² Insofern wird diskutiert, ob die Ausübung gewerblicher Schutzrechte durch Private als „staatliche“ Maßnahme anzusehen ist. Siehe hierzu: *Grabitz*, in: FS Ipsen, S. 645 (657 ff.).

³⁵³ *Ebenroth*, GRUR Int 1989, S. 738 ff.; *Beier*, GRUR Int. 1989, S. 603 ff.

In ständiger Rechtsprechung misst der *EuGH* potentielle *Maßnahmen gleicher Wirkung* an den in den Fällen *Dassonville*³⁵⁴, *Cassis-de-Dijon*³⁵⁵ und *Keck*³⁵⁶ aufgestellten Kriterien.

Nach der *Dassonville-Formel* ist „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ als *Maßnahme gleicher Wirkung* anzusehen.³⁵⁷ Diese wenig präzise³⁵⁸ Definition des Begriffs *Maßnahme gleicher Wirkung* würde den Kritikern unliebsamer Beweislastregeln Tür und Tor öffnen, um gezielt Beweislastregeln als mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar zu geißeln. Es könnte schlicht so argumentiert werden, dass einzelne besonders strenge Beweislastregelungen bewirken, dass ein nationaler Markt für europäische Unternehmer unattraktiv würde, da dieser aus Scheu vor einem Gerichtsverfahren, in dem die Beweislastregelung ihre Wirkung entfaltet, gemieden würde.

Problematisch ist zudem, dass auch die Einschränkungen dieser weiten Formel durch die Entscheidungen *Keck*³⁵⁹ und *Cassis-de-Dijon*³⁶⁰ nicht zur Klärung beitragen. Die *Keck-Rechtsprechung*³⁶¹ nimmt „lediglich“ bestimmte Verkaufsmodalitäten und damit nicht Beweislastregelungen von dem Anwendungsbereich der *Dassonville-Formel* aus³⁶². Die *Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung*³⁶³ bezieht sich „lediglich“ auf „Regelungen über die Vermarktung [von] Erzeugnissen“.³⁶⁴

Neben seiner Rechtsprechung in den Fällen *Dassonville*³⁶⁵, *Cassis-de-Dijon*³⁶⁶ und *Keck*³⁶⁷ bestimmt der *EuGH* den Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit noch durch ein weiteres Kriterium um einer uferlosen Ausweitung der Grundfreiheiten entgegenzuwirken. So steht eine nationale Maßnahme dann nicht im Widerspruch zur Warenverkehrsfreiheit, wenn ihre negativen Auswirkungen auf die selbige *zu ungewiss und zu mittelbar* sind, als dass die fragliche nationale Vorschrift als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den

³⁵⁴ *EuGH*, RS. 8/74 = NJW 1975, S. 515 – *Dassonville*.

³⁵⁵ *EuGH*, RS. 120/78 = GRURInt 1979, S. 468 – *Cassis-de-Dijon*.

³⁵⁶ *EuGH*, RS. 267 und 268/91 = GRUR 1994, S. 296 – *Keck*.

³⁵⁷ *EuGH*, RS. 8/74, Rn. 5 = NJW 1975, S. 515 (516) – *Dassonville*.

³⁵⁸ *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 34, Rn. 60.

³⁵⁹ *EuGH*, RS. 267 und 268/91 = GRUR 1994, S. 296 – *Keck*.

³⁶⁰ *EuGH*, RS. 120/78 = GRURInt 1979, S. 468 – *Cassis-de-Dijon*.

³⁶¹ *EuGH*, RS. 267 und 268/91 = GRUR 1994, S. 296 – *Keck*.

³⁶² *EuGH*, RS. 267 und 268/91, Rn. 16 = GRUR 1994, S. 296 (297) – *Keck*.

³⁶³ *EuGH*, RS. 120/78 = GRURInt 1979, S. 468 – *Cassis-de-Dijon*.

³⁶⁴ *EuGH*, RS. 120/78, Rn. 8 = GRURInt 1979, S. 468 – *Cassis-de-Dijon*.

³⁶⁵ *EuGH*, RS. 8/74 = NJW 1975, S. 515 – *Dassonville*.

³⁶⁶ *EuGH*, RS. 120/78 = GRURInt 1979, S. 468 – *Cassis-de-Dijon*.

³⁶⁷ *EuGH*, RS. 267 und 268/91 = GRUR 1994, S. 296 – *Keck*.

Mitgliedstaaten zu behindern.³⁶⁸ Dieses Kriterium wendet der *EuGH* sowohl auf materiell-rechtliche³⁶⁹ Vorgaben als auch auf formell-rechtliche³⁷⁰ Vorgaben an.

Im „materiell-rechtlichen Zusammenhang“ wurde dem *EuGH* ein Fall mit Bezug zum deutschen Patentrecht vorgelegt.³⁷¹ Darin ging es um die Frage, ob eine Regelung des deutschen Rechts der Warenverkehrsfreiheit widerspricht, die vorsieht, dass die Wirkung eines vom Europäischen Patentamt mit Wirkung für die Mitgliedstaaten erteilten Patents, das in einer anderen Sprache als deutsch abgefasst ist, als von Anfang an nicht eingetreten gelte, wenn der Patentinhaber dem Patentamt des Mitgliedstaats nicht binnen drei Monaten nach der Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung im Europäischen Patentblatt eine Übersetzung der Patentschrift auf Deutsch einreicht. Der Kläger führte an, dass viele Patentinhaber aufgrund der hohen Übersetzungskosten gezwungen wären, ihre Erfindung nicht in allen Mitgliedstaaten der Union schützen zu lassen, was zu einer Marktsplaltung führe.

Der *EuGH* entgegnete dem mit der Aussage: „Selbst wenn die Spaltung des Binnenmarktes unter bestimmten Umständen den freien Warenverkehr beschränken könnte, ist diese Wirkung [...] so *ungenüß* und *indirekt*, daß sie nicht als Hindernis im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag angesehen werden kann.“³⁷²

Fraglich bleibt allerdings, ob dieses Kriterium auch auf nationale Regelungen der Beweislast Anwendung findet. Der *EuGH* hat, soweit ersichtlich, das oben genannte Kriterium noch nicht im Zusammenhang mit nationalen Beweislastregelungen verwendet.

Meines Erachtens ist dies aber durchaus möglich, denn selbst wenn unterschiedliche Beweislastregelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu Verschiedenheiten bei der Rechtsdurchsetzung zwischen den Mitgliedstaaten führen und es daher theoretisch möglich ist, dass einige nationale Märkte daher durch Unternehmen gemieden würden, so ist diese Gefahr doch zugleich so *ungenüß* und *indirekt*, daß man auch hier grds. nicht von einem Hindernis im Sinne von Artikel 30 EG ausgehen kann. Zugleich ist es auch nicht die Inten-

³⁶⁸ *EuGH*, Rs. 69/88, Rn. 10 f. – Krantz; *EuGH*, Rs. 339/89, Rn. 14 f. - Alsthom Atlantique; *EuGH*, Rs. 93/92, Rn. 10, 12 - CMC Motorradcenter; *EuGH*, Rs. 412/97, Rn. 11 - Fenocchio; *EuGH*, Rs. 44/98, Rn. 16, 21 - BASF; *EuGH*, Rs. 190/98, Rn. 25 - Graf; Thomas, NVwZ 2009, S. 1202 (1203).

³⁶⁹ *EuGH*, Rs. 69/88, Rn. 10 f. – Krantz; Rs. 190/98, Rn. 25 - Graf; Rs. 44/98, Rn. 16, 21 - BASF.

³⁷⁰ *EuGH*, Rs. 412/97, Rn. 11 - Fenocchio; *Heinze*, EuR, 2008, 654, S. 677; *Hess*, JZ 1998, S. 1021 (1024); *Heiderhoff*, ZEuP 2001, S. 276 (282); *Tönsfeuerborn*, Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht, S. 170 f.; *Flessner*, ZEuP 2006, S. 737 (739 f.); *Herb*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess, S. 214.

³⁷¹ *EuGH*, Rs. 44/98 – BASF.

³⁷² *EuGH*, Rs. 44/98, Rn. 21 – BASF.

tion des Gesetzgebers, durch Beweislastregelungen den Handelsverkehr zu regeln. Sie werden vielmehr vom nationalen Gesetzgeber festgelegt, um die Risikoverteilung der Parteien im Prozess zu bestimmen.

Dennoch stellen die Grundfreiheiten eine äußere Grenze der nationalen Beweislastregeln dar, wie sich im *Van Doren*-Urteil des *EuGH* gezeigt hat. Sobald die nationalen Beweislastregeln zu einer Negierung der Grundfreiheiten führen, können die Grundfreiheiten eine Modifikation dieser Regeln verlangen.³⁷³

III. Europäisches Sekundärrecht (insbesondere Europäische Richtlinien)

In den vorhergehenden Kapiteln wurden ausschließlich Deutschlands und Norwegens nationale Regelungen zur Beweislastverteilung, sowie die Einflüsse des Europäischen Primärrechts auf diese Regelungen, betrachtet. Dabei wurden die Vorgaben des Europäischen Primärrechts als „äußere Grenze“ bezeichnet, gegen die die nationalen Beweislastregeln nicht verstoßen dürfen.

Da aber sowohl das deutsche *Markengesetz* als auch das norwegische *va-remerkelov* in weiten Teilen eine Umsetzung der MRL³⁷⁴ darstellen, stellt sich die Frage, inwiefern das Europäische Sekundärrecht konkrete Vorgaben für die Beweislastverteilung im jeweiligen nationalen Markenrecht macht.

1. Ausdrückliche Beweislastnormen

Das Europäische Sekundärrecht verfügt über keine abstrakte Normierung der Beweislastverteilung.

In Einzelfällen regelt das Europäische Sekundärrecht die Frage der Beweislastverteilung allerdings ausdrücklich durch die entsprechenden Richtlinien³⁷⁵. Solche Regelungen finden sich teilweise in den Erwägungsgründen und teilweise in den Normierungen einzelner Richtlinien. In Bezug auf die MRL lassen sich allerdings keine derartigen Regelungen finden.

³⁷³ *Heinze*, EuR 2008, S. 654 (680 f.); in diesem Sinne: *EuGH*, RS. C-208/00, Rn. 80-82, 93 = NJW 2002, S. 3614, Rn. 80-82, 93 – Überseering; *Hess*, ZZP 2004, S. 267 (287), Fn. 151; *Wolf*, in: Grunsky/Stürmer/Walter/Wolf, Wege zu einem europäischen Prozessrecht, S. 35, 45.

³⁷⁴ Das deutsche Markengesetz setzt die *Richtlinie 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken* um. Für Norwegen als Nicht-EU-Mitglied gilt diese Richtlinie über das EWR-Abkommen gem. dem Beschluss Nr. 146/2009 des gemeinsamen EWR-Ausschusses.

³⁷⁵ Siehe zu den einzelnen Normen: *Naumann*, Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 109 ff.

2. Ungeschriebene Beweislastnormen

Teilweise wird aber angenommen, dass sich die Verteilung der Beweislast, ähnlich wie im deutschen Zivilrecht, bereits als ungeschriebener Bestandteil aus der Richtlinie ergibt. Hierzu haben sich zwei verschiedene Grundpositionen gebildet.

Die erste Grundposition ordnet die Frage der Beweislastverteilung aus europäischer Sicht dem Prozessrecht zu. Danach könne der nationale Gesetzgeber, „geschützt“ durch den Grundsatz der Verfahrensautonomie, die Beweislast bei der Umsetzung des Richtlinienrechts grundsätzlich frei verteilen. Die Grenze der nationalen Ausgestaltung der Beweislastverteilung wären „nur“ ausdrückliche Beweislastregelungen und das Primärrecht, insbesondere das *Effektivitäts-* und *Äquivalenzprinzip*.

Eine zweite, sich im Vordringen befindliche Grundposition geht hingegen davon aus, dass sich die Beweislastverteilung bereits als materiell-rechtlicher Bestandteil aus den europäischen Richtlinien ergibt. Die Konsequenz dieser Ansicht ist es, dass der nationale Gesetzgeber die Beweislast bei der Umsetzung von Richtlinien nicht frei verteilen kann, sondern an den Regelungsgehalt der jeweiligen Richtlinie gebunden wäre.

a.) Beweislast als Teil der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten

Der ersten Grundposition liegt eine Einordnung der Beweislast als „Verfahrensmodalität“³⁷⁶, „Verfahrensfrage“³⁷⁷ oder „Frage des nationalen Verfahrensrechts“³⁷⁸, also mithin eine Einordnung der Beweislast als prozessuale Regelung, zugrunde.³⁷⁹

Ein vehementer Vertreter dieser Ansicht ist *Generalanwalt Jacobs*. In seinen Schlussanträgen in den Fällen *Bristol-Myers Squibb*³⁸⁰ und *Class International/Colgate-Palmolive*³⁸¹ ordnet er die Beweislastverteilung klar dem Grundsatz der Verfahrensautonomie zu. Nach seiner Ansicht könne man nur in wenigen Ausnahmefällen davon ausgehen, dass das Gemeinschaftsrecht in diesen autonomen Bereich der nationalen Gesetzgebung eingreife.³⁸² Solche Ausnahmen können in ausdrücklichen Beweislastregelungen und in Entscheidungen des Gerichtshofs zum Ausdruck kommen.³⁸³ Handelt es sich um eine Entschei-

³⁷⁶ *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 23 - Consumer Finance.

³⁷⁷ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 102.

³⁷⁸ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 405/03 – Class International/Colgate-Palmolive, Rn. 77.

³⁷⁹ So auch: *Müller*, GRUR 2003, S. 668 (669 f.); *Geiger*, EuZW 2003, S. 477 (480); für das Markenrecht auch: *Rörig*, EuZW 2004, S. 18 (20).

³⁸⁰ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb.

³⁸¹ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 405/03 – Class International/Colgate-Palmolive.

³⁸² Schlussanträge des *GA Jacobs*, Bristol-Myers Squibb, Rn. 101 f.

³⁸³ Schlussanträge des *GA Jacobs*, Bristol-Myers Squibb, Rn. 102.

derung des Gerichtshofs, so greife diese regelmäßig nur zur Wahrung des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes in die grundsätzlich nationale Materie ein.³⁸⁴ Damit räumt *Jacobs* dem nationalen Gesetzgeber einen Freiraum bei der Verteilung der Beweislast ein und grenzt diesen klar vom Regelungsgehalt der Richtlinien ab.

In der Sache *Bristol-Myers Squibb*³⁸⁵ entschied der *EuGH* (im Gegensatz zur Entscheidung in der Sache *Class International/Colgate-Palmolive*³⁸⁶) in Übereinstimmung mit der Ansicht *Jacobs*, ohne jedoch genauer auf die relevante Problematik einzugehen.³⁸⁷

Etwas intensiver setzt sich der *EuGH* in der Entscheidung *Consumer Finance*³⁸⁸ mit der Frage der Beweislastverteilung als ungeschriebenem Bestandteil einer Richtlinie auseinander. In seinem Urteil bezeichnet der *EuGH* die Frage der Beweislastverteilung als eine „Verfahrensmodalität“³⁸⁹, die nur in Ausnahmefällen durch das Unionsrecht geregelt würde. Aus diesem Grund mache die (Verbrauchercredit-)Richtlinie keine grundsätzlichen Vorgaben zur Verteilung der Beweislast. Vielmehr unterliege die Beweislastverteilung der Verfahrensaunomie der Mitgliedstaaten, sodass es zur Beantwortung der Frage vorrangig auf das nationale Recht ankommt.³⁹⁰

In diesem Sinne urteilte auch der *EFTA-Gerichtshof* im Zusammenhang mit der Richtlinie 91/533/EWG.³⁹¹ In seinem Urteil³⁹² stellte der Gerichtshof heraus, dass der entsprechenden Richtlinie keine ungeschriebenen Regeln der Beweislastverteilung zu entnehmen seien.³⁹³

b.) Beweislast als Teil des materiell-rechtlichen Regelungsgehalts der Richtlinien

Die zweite Grundposition sieht die Beweislastverteilung als Teil des materiell-rechtlichen Regelungsgehalts der Richtlinie an.

In der deutschsprachigen Literatur hat sich *Naumann* am ausführlichsten zu dieser Thematik geäußert.³⁹⁴ Sie kommt in ihrer Arbeit zur *Beweislast im europäi-*

³⁸⁴ Schlussanträge des *GA Jacobs*, *Bristol-Myers Squibb*, Rn. 102.

³⁸⁵ *EuGH*, RS. 427/93 – *Bristol-Myers Squibb*.

³⁸⁶ *EuGH*, RS. 405/03 – *Class International/Colgate-Palmolive*.

³⁸⁷ *EuGH*, RS. 427/93, Rn. 57 – *Bristol-Myers Squibb*; siehe hierzu: Siehe: D. III. 2. c.) (2).

³⁸⁸ *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 22 f. – *Consumer Finance*; in ähnlicher Weise im Zusammenhang mit Verordnungen: *EuGH*, RS. 205/82, Rn. 36 – *Deutsche Milchkontor*.

³⁸⁹ *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 22 f. – *Consumer Finance*.

³⁹⁰ *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 22 f. – *Consumer Finance*.

³⁹¹ Richtlinie des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen.

³⁹² *EFTA-Gerichtshof*, E-10/12 - Yngvi Hardarson.

³⁹³ *EFTA-Gerichtshof*, E-10/12, Rn. 52 - Yngvi Hardarson.

³⁹⁴ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht.

schen Wirtschaftsrecht³⁹⁵ zu dem Ergebnis, dass die europäischen Richtlinien im Bereich des Wirtschaftsrechts grundsätzlich auch die Verteilung der Beweislast bestimmen.³⁹⁶ Folgt man dieser Ansicht, so ist der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von Richtlinien in das nationale Recht auch bzgl. Beweislastverteilung gebunden.

Naumann führt an, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Verteilung der objektiven Beweislast unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten konzipiert hat. Die Entscheidung im *non liquet*-Fall sei daher den materiell-rechtlichen Wertungen einer Richtlinie zu entnehmen.³⁹⁷ Nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass harmonisierte Sachverhalte aufgrund von verschiedenen nationalen Beweislastregelungen unterschiedlich geregelt werden.

Die Verteilung der Beweislast im Einzelfall soll dabei i. S. d. *Normentheorie Rosenbergs* in der Weise erfolgen, dass jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sich günstigen Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat.³⁹⁸

Ebenfalls der *Normentheorie Rosenbergs* entstammend unterteilt *Naumann* die Normen der betrachteten Richtlinien in Grundnormen und Gegennormen und knüpft hieran die Beantwortung der Frage, ob eine Norm günstig ist.³⁹⁹

Was die Auslegung der Beweislast im Einzelfall angeht, so sei darauf Rücksicht zu nehmen, dass von dem europäischen Sekundärrecht nicht dieselbe sprachliche Präzision erwartet werden könne wie etwa vom deutschen Zivilrecht, da schon aufgrund der verschiedenen sprachlichen Fassungen Unterschiede bestünden.⁴⁰⁰

Mit dieser Aussage weist *Naumann* wohl auf die im deutschen Recht ausführlich behandelte Problematik des Verhältnisses von rechtshindernden Normen, insbesondere der *Satzbaulehre*, zur Beweislastverteilung hin.

In Übereinstimmung mit *Naumann* kommt auch *Schmidt-Kessel* zu der Überzeugung, dass die Beweislastverteilung Teil des materiell-rechtlichen Regelungsgehalts der Richtlinien sei, der im Wege der Auslegung zu ermitteln ist.⁴⁰¹ Dieser Umstand führe dazu, dass eigenständige, in einer Richtlinie so nicht vorgeprägte Beweislastentscheidungen grundsätzlich gegen die jeweilige Richtlinie verstoßen.⁴⁰²

³⁹⁵ Die in dieser Arbeit angeführte Definition von „Wirtschaftsrecht“ umfasst auch das Markenrecht.

³⁹⁶ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 178 f.

³⁹⁷ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 248.

³⁹⁸ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 210 f.

³⁹⁹ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 210 f.

⁴⁰⁰ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 251.

⁴⁰¹ *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, abrufbar unter: http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRRL.pdf, S. 16 f.

⁴⁰² *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, abruf-

c.) Sonderfall Markenrichtlinie

Einen in der Literatur kaum behandelten Sonderfall bei der Frage nach der Beweislastverteilung durch europäische Richtlinien stellt die MRL dar.

Zum einen wurde die besagte Frage scheinbar durch den 11. Erwägungsgrund der Richtlinie von Seiten des europäischen Gesetzgebers ausdrücklich geklärt, zum anderen zeichnet sich im Bereich des Markenrechts zunehmend eine Rechtsprechung des *EuGH* ab, nach der die Beweislastverteilung materiell-rechtlichen Wertungen der MRL zu entnehmen ist.

(1) Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2008/95/EG

Erwägungsgrund 11 der MRL⁴⁰³ enthält folgenden Wortlaut:

*Der durch die eingetragene Marke gewährte Schutz, der insbesondere die Herkunftsfunktion der Marke gewährleisten sollte, sollte im Falle der Identität zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den Waren oder Dienstleistungen absolut sein. Der Schutz sollte sich ebenfalls auf Fälle der Ähnlichkeit von Zeichen und Marke und der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen erstrecken. Es ist unbedingt erforderlich, den Begriff der Ähnlichkeit im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen. Die Verwechslungsgefahr sollte die spezifische Voraussetzung für den Schutz darstellen; ob sie vorliegt, hängt von einer Vielzahl von Umständen ab, insbesondere dem Bekanntheitsgrad der Marke im Markt, der gedanklichen Verbindung, die das benutzte oder eingetragene Zeichen zu ihr hervorrufen kann, sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen. **Bestimmungen über die Art und Weise der Feststellung der Verwechslungsgefahr, insbesondere über die Beweislast, sollten Sache nationaler Verfahrensregeln sein, die von dieser Richtlinie nicht berührt werden sollten.***

Der letzte Satz des 11. Erwägungsgrundes der MRL enthält Ausführungen zur Frage der Regelung der Beweislast.

bar unter: http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRRL.pdf, S. 17.

⁴⁰³ Ähnlich, wenn auch nicht wortgleich, Erwägungsgrund 10 - RL 89/104/EWG mit folgendem Wortlaut a. E.: Bestimmungen über die Art und Weise der Feststellung der Verwechslungsgefahr, insbesondere über die Beweislast, sind Sache nationaler Verfahrensregeln, die von der Richtlinie nicht berührt werden.

Zudem mit dem gleichen Wortlaut wie Erwägungsgrund 11 RL 2008/95/EG: Erwägungsgrund 16 – Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke (Neufassung) – 2013/0089 (COD).

Einige Stimmen legen diese Passage dahingehend aus, dass die gesamte MRL eindeutig keine Vorgaben zur Verteilung der Beweislast für das nationale Recht macht.⁴⁰⁴ Zu dieser Einschätzung gelangt man, wenn man die Wörter „insbesondere über die Beweislast“ auf das Wort „Bestimmungen“ am Anfang des letzten Satzes bezieht. Nach dieser Lesart ergibt sich, dass „Bestimmungen“ und „insbesondere [solche] über die Beweislast“ Sache des nationalen Rechts sein sollten.

Wenn man hingegen, was näher liegt, die Wörter „insbesondere über die Beweislast“ auf den gesamten Satzteil „Bestimmungen über die Art und Weise der Verwechslungsgefahr“ bezieht, so kommt man zu einem wesentlich geringeren Umfang der Aussage. Nach dieser Lesart ist die Regelung der Beweislast nämlich nur für den Bereich der Verwechslungsgefahr „Sache nationaler Verfahrensregeln“. Für diese Interpretation spricht, dass sich nahezu der gesamte 11. Erwägungsgrund auf die Verwechslungsgefahr i. S. d. Art. 5 Abs. 1 b.) MRL bezieht. Es wäre daher systemwidrig, in diesem speziellen Zusammenhang eine generelle Aussage über die Beweislastverteilung durch die MRL zu machen.

Noch weiter geht das *Bundespatentgericht*, indem es der genannten Passage jegliche Aussage zur Zuweisung der Beweislastverteilung an den nationalen Gesetzgeber versagt.⁴⁰⁵ Das *Bundespatengericht* argumentiert dabei damit, dass aus Erwägungsgrund 11 S. 5 „nicht allgemein geschlossen werden [kann], dass die Regelung der Beweislast den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt. Vielmehr ist die genannte Begründungserwägung einschränkend auszulegen. Beweislastregeln gehören dann zum nicht von der Richtlinie geregelten Verfahrensrecht, wenn sie nur die Art und Weise der Beweisführung betreffen. [...] Davon ist jedoch die Frage zu unterscheiden, welche Partei die Verantwortung dafür trägt, dass ein bestimmter, materiell-rechtlich relevanter Sachverhalt nicht aufgeklärt werden kann.“⁴⁰⁶

(2) Rechtsprechung des EuGH

Auch nach der für die Auslegung des Sekundärrechts praktisch maßgeblichen⁴⁰⁷ Rechtsprechung des *EuGH* ist die Frage der Beweislastverteilung als

⁴⁰⁴ *OGH*, 4 Ob 29/00 = GRUR Int 2000, S. 785 (787 f.); Schlussanträge *GA Stix-Hackl*, *EuGH*, RS. 244/00, Rn. 36 – Van Doren mit Verweis auf entsprechende Ausführungen der französischen Regierung und der Europäischen Kommission; Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 77 – Class International/Colgate-Palmolive; *BGH*, Beschluss, I ZR 193/97, S. 8 – Van Doren.

⁴⁰⁵ *BPatG*, GRUR 2013, S. 844 (850).

⁴⁰⁶ *BPatG*, GRUR 2013, S. 844 (850).

⁴⁰⁷ *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, S. 276 f.; *Schmidt*, in FS Lücke, S. 721 (734); *Wegener*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 267, Rn. 49; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, Art. 267, Rn. 105.

eine Frage des materiellen Rechts, das durch die MRL harmonisiert wird, einzuordnen.

In der Entscheidung *Bristol-Myers Squibb*⁴⁰⁸ des EuGH deutete sich diese Entwicklung bereits an. In dieser Entscheidung ging es um die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL, der Ausnahmen von der Erschöpfung des Rechts aus der Marke vorsieht.

Artikel 7 – Erschöpfung des Rechts aus der Marke

- (1) *Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.*
- (2) *Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.*

Entgegen der zuvor⁴⁰⁹ angeführten ausdrücklichen Hinweise des Generalanwalts *Jacobs*, der die Frage der Beweislast dem nationalen Verfahrensrecht zuordnete, ergibt sich aus dem Urteil des EuGH in der Sache *Bristol-Myers Squibb*⁴¹⁰ mit einiger Deutlichkeit eine Beweislastverteilung auf der Grundlage des Richtlinienrechts. In diesem Urteil entschied der EuGH, dass der Markeninhaber dem Tatbestand der Erschöpfung dann keine berechtigten Gründe entgegenhalten kann, wenn [durch den Markenbenutzer] erwiesen ist, dass der Zustand der Ware nicht verändert oder verschlechtert wurde.⁴¹¹ Damit hat der Markenbenutzer die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL zu beweisen.

In der Entscheidung *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁴¹² setzte der EuGH diese Entwicklung fort. Im Zusammenhang mit einer Entscheidung zum Verhältnis von Art. 5 MRL zu Art. 7 Abs.1 MRL urteilte der EuGH, dass die Beweislast für die Zustimmung i. S. d. Art. 7 Abs.1 MRL beim Markenbenutzer liege, der sich auf die Erschöpfung beruft.⁴¹³

⁴⁰⁸ EuGH, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb.

⁴⁰⁹ Schlussanträge *GA Jacobs*, EuGH, RS. 427/93 - Bristol-Myers Squibb, Rn. 101 ff.

⁴¹⁰ EuGH, RS. 427/93, Rn. 49 – Bristol-Myers Squibb.

⁴¹¹ EuGH, RS. 427/93, Rn.49 – Bristol-Myers Squibb; anfängliche Zweifel daran, ob der EuGH in dieser Entscheidung bewusst die Beweislastverteilung aus der MRL ableitet, dürften mit dem Urteil EuGH, RS. 348/04, Rn. 51 = GRUR 2007, S. 586 (591) – Boehringer Ingelheim II, in dem dieser Punkt explizit angesprochen wird, beseitigt sein.

⁴¹² EuGH, RS. 414/99 = GRUR 2002, S. 156 – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁴¹³ EuGH, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

Artikel 5 – Rechte aus der Marke

- (1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr
- a.) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen sind;
 - b.) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

[...]

Diese Wertung entnimmt der *EuGH* dem materiell-rechtlichen Gehalt der Richtlinie. Zur Begründung führt der *EuGH* an, dass Art. 5 MRL den „Grundsatz“ darstellt, der „dem Markeninhaber ein ausschließliches Recht gewährt, das es ihm u. a. gestattet, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung mit seiner Marke versehene Waren [in das EWR-Gebiet] einzuführen.“⁴¹⁴ Art. 7 Abs. 1 MRL enthält eine Ausnahme von diesem Grundsatz, indem er vorsieht, dass das Recht des Inhabers erschöpft ist, wenn die Waren von ihm oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.“⁴¹⁵

Diese Rechtsprechung erinnert stark an die Grundregel der *Normentheorie Rosenbergs*, der zu Folge sich die Beweislastverteilung im Zivilrecht aus der Einteilung der Normen in Grund- und Gegennormen ergibt.

Auch der *EuGH*-Entscheidung *Class International/Colgate-Palmolive*⁴¹⁶ lässt sich die materiell-rechtliche Zuordnung der Beweislastfrage deutlich entnehmen. Der *EuGH* kam zu dem Ergebnis, dass die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs aus Art. 5 MRL beim Markeninhaber liegt⁴¹⁷ und ergänzte auf diese Weise seine Rechtsprechung in der Sache *Zino Davidoff und Levi Strauss*.⁴¹⁸

Damit wich der *EuGH* erneut bewusst von den Einschätzungen des Generalanwalts *Jacobs* ab. Dieser hatte in Übereinstimmung mit der Kommission in

⁴¹⁴ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 40 = GRUR 2002, S. 156 (158) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁴¹⁵ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 40 = GRUR 2002, S. 156 (158) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁴¹⁶ *EuGH*, RS. 405/03 – Class International/Colgate-Palmolive.

⁴¹⁷ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive; so auch: *EuGH*, RS. 281/05, Rn. 26 – Montex.

⁴¹⁸ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

seinen Schlussanträgen in der Sache *Class International/Colgate-Palmolive*⁴¹⁹ nahegelegt, dass die Verteilung der Beweislast eine Frage des Prozessrechts sei und damit dem nationalen Gesetzgeber zukomme.⁴²⁰

Aufschlussreich ist auch die Begründung des *EuGH* für die aus dem materiell-rechtlichen Regelungsgehalt der MRL entnommene Beweislastverteilung. Der *EuGH* stellt fest, dass eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Beweislastverteilung problematisch wäre, da „sich daraus für die Markeninhaber je nach dem betroffenen Recht ein unterschiedlicher Schutz ergeben könnte. Das in der 9. Begründungserwägung der Markenrichtlinie⁴²¹ als «wesentlich» bezeichnete Ziel eines «[einheitlichen Schutzes] im Recht aller Mitgliedstaaten» wäre nicht erreicht.“⁴²²

Mit dieser Entscheidung weitet der *EuGH* seine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Bereich des Markenrechts aus. Im Gegensatz zu den zuvor dargestellten Entscheidungen begründet der *EuGH* in der Sache *Class International/Colgate-Palmolive*⁴²³ nicht nur die Beweislastregelung im Einzelfall, sondern stellt seine materiell-rechtliche Betrachtungsweise auf die argumentative Grundlage, dass nur so ein einheitlicher Markenrechtsschutz im Binnenmarkt gewährleistet werden könne.⁴²⁴

Da das Ziel der Harmonisierung aber nicht nur Art. 5 und 7 Abs. 1 der MRL zugrunde liegt, sondern gem. dem 9. Erwägungsgrund die gesamte Richtlinie betrifft, scheint eine Ausweitung dieser Rechtsprechung zur Beweislast auf andere Bereiche der MRL bereits in dieser Entscheidung vorgezeichnet zu sein.

In der Sache *Boehringer Ingelheim II*⁴²⁵ erfolgte eine solche Ausweitung der Rechtsprechung auf weitere Bereiche der MRL. Der *EuGH* hatte die Frage zu beantworten, welche Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL trägt. In enger Anlehnung an die Argumentation in der Sache *Class International/Colgate-Palmolive*⁴²⁶ kam der *EuGH* auch in der

⁴¹⁹ *EuGH*, RS. 405/03 – *Class International/Colgate-Palmolive*.

⁴²⁰ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 405/03 – *Class International/Colgate-Palmolive*, Rn. 76.

⁴²¹ In der Richtlinie 2008/95/EG findet sich der gleiche Wortlaut in Erwägungsgrund 10. Dieser lautet: „Zur Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ist es von wesentlicher Bedeutung, zu erreichen, dass die eingetragenen Marken im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen. Hiervon bleibt jedoch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, bekannten Marken einen weiter gehenden Schutz zu gewähren.“

⁴²² *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 73 – *Class International/Colgate-Palmolive*; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – *Oberbank AG*; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370) – *Gautzsch Großhandel*.

⁴²³ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 73 – *Class International/Colgate-Palmolive*.

⁴²⁴ Mit der gleichen Argumentation: *EuGH*, Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 – *Gautzsch Großhandel*.

⁴²⁵ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – *Boehringer Ingelheim II*.

⁴²⁶ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – *Class International/Colgate-Palmolive*.

Sache *Boehringer Ingelheim II*⁴²⁷ zu der Ansicht, dass die Frage der Beweislastverteilung bei Art. 7 Abs. 2 MRL nicht in die Zuständigkeit des nationalen Rechts fiele, da sonst ein unterschiedlicher Schutz in den verschiedenen Mitgliedstaaten drohe.⁴²⁸ Vor diesem Hintergrund sei festzustellen, dass der Markenbenutzer [bei dem Parallelimport von wiederverpackten Arzneimitteln] zu beweisen hat, dass keine Umstände⁴²⁹ vorliegen, die es dem Markeninhaber erlauben, sich gegen den Vertrieb [der Arzneimittel] zu widersetzen.⁴³⁰

Mit dieser Entscheidung bekräftigt der *EuGH* nochmals sein materiellrechtliches Verständnis der Beweislastfrage. Wie schon in der Entscheidung *Bristol-Myers Squibb*⁴³¹ positioniert sich der *EuGH* damit im klaren Widerspruch zu den Ausführungen des Generalanwalts *Jacobs*, der in seinen Schlussanträgen ausführlich dafür stritt, die Beweislastverteilung als Frage des formellen Rechts, mithin des nationalen Rechts, zu behandeln.⁴³²

In der Sache *Oberbank AG*⁴³³ weitete der *EuGH* die bis hierhin aufgezeigte Entwicklung seiner Rechtsprechung zur Beweislast im Markenrecht abermals aus.⁴³⁴ Zur Begründung der Beweislastverteilung im Einzelfall verweist der *EuGH* in dieser Entscheidung auf die „Struktur und Systematik“ der Richtlinie. Der *EuGH* führt an, dass es demjenigen, der sich [auf eine Ausnahme] berufen will [obliegt], den ihre Anwendung rechtfertigenden Nachweis zu führen.“⁴³⁵

(a) Übertragbarkeit auf andere Bereiche der Markenrechtsrichtlinie

Der *EuGH* hat in mehreren Entscheidungen⁴³⁶, die schwerpunktmäßig Art. 3, 5 und 7 MRL betreffen, die Beweislastverteilung im Einzelfall aus den Vorgaben der MRL entnommen. Dem Vorgehen des *EuGH* liegen dabei drei (Grund-)Überlegungen zugrunde:

⁴²⁷ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 ff. – *Boehringer Ingelheim II*

⁴²⁸ *EuGH*, RS. 348/04, Rn. 51 = GRUR 2007, S. 586 (591) – *Boehringer Ingelheim II*.

⁴²⁹ Gemeint sind die Umstände aus: *EuGH*, RS. 427/93, Rn. 49 – *Bristol-Myers Squibb*.

⁴³⁰ *EuGH*, RS. 348/04, Rn. 14 = GRUR 2007, S. 586 (588) – *Boehringer Ingelheim II*; so auch Schlussanträge *GA Sharpston*, *EuGH*, RS. 348/04 – *Boehringer Ingelheim II*, Rn. 82 ff.

⁴³¹ *EuGH*, RS. 427/93, Rn. 49 – *Bristol-Myers Squibb*.

⁴³² Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 427/93 – *Bristol-Myers Squibb*, Rn. 101 ff.; *EuGH*, RS. 405/03 – *Class International/Colgate-Palmolive*, Rn. 76.

⁴³³ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13 = GRUR Int. 2014, S. 815 – *Oberbank AG*.

⁴³⁴ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – *Oberbank AG*.

⁴³⁵ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 69 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – *Oberbank AG*.

⁴³⁶ *EuGH*, RS. 427/93, Rn. 49 – *Bristol-Myers Squibb*; RS. 414/99, Rn. 54 – *Zino Davidoff und Levi Strauss*; RS. 405/03, Rn. 74 – *Class International/Colgate-Palmolive*; RS. 281/05, Rn. 26 – *Montex*; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR 2014, S. 815 (820) – *Oberbank AG*; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – *Gautzsch Großhandel*; RS. 348/04, Rn. 51 f. = GRUR 2007, S. 586 (591) – *Boehringer Ingelheim II*.

1. Das im 10. Erwägungsgrund der MRL als „wesentlich“ bezeichnete Ziel eines „[einheitlichen Rechtsschutzes] im Recht aller Mitgliedstaaten“ wäre nicht erreicht, wenn die Frage der Beweislast in die Zuständigkeit des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten fiel.⁴³⁷
2. Um einen einheitlichen Rechtsschutz im Recht aller Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist es daher notwendig, (im Bereich von Art. 5 und 7 MRL) die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL zu entnehmen.⁴³⁸
3. Die Beweislastverteilung im Einzelfall ist der Systematik und Struktur der MRL zu entnehmen.⁴³⁹

Zwar macht der *EuGH* diese Ausführungen „nur“ im Zusammenhang mit Art. 3, 5 und 7 der MRL, doch wäre es konsequent, sie auch auf andere Bereiche der MRL zu übertragen.

Zum einen bezieht sich der 10. Erwägungsgrund der MRL nicht nur auf Art. 5 und 7, sondern auf das gesamte von ihr geregelte Recht. Daher liegt es nahe, auch dann eine Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes anzunehmen, wenn die Frage der Beweislast bzgl. anderer Normen der MRL, wie z. B. Art. Art. 9 (Verwirkung durch Duldung) oder Art. 10 (Benutzung), in die Zuständigkeit des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten fiel. Es ist nicht zu erkennen, warum nicht auch in diesem Zusammenhang das Argument des *EuGH* gelten sollte, dass eine Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes drohe. Fällt die Regelung der Beweislastfrage nämlich in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Gesetzgeber, so kann dies ohne Rücksicht auf die spezielle Regelungsmaterie zu einem unterschiedlichen Rechtsschutz im Bereich des Markenrechts führen.

Zum anderen lässt sich die Herleitung der Beweislastverteilung aus Systematik und Struktur der MRL auch auf andere Normen dieser Richtlinie übertragen. Der *EuGH* geht in der angeführten Rechtsprechung davon aus, dass sich die Beweislastverteilung im Einzelfall aus dem Verhältnis von „Grundsatz“ (Art. 5 MRL) zu „Ausnahme“ (Art. 7 Abs. 1 MRL) ergibt. Für dieses Verhältnis ist es entscheidend, dass Art. 5 MRL rechtsbegründende Wirkung

⁴³⁷ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 73 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – Gautzsch Großhandel.

⁴³⁸ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (371) – Gautzsch Großhandel.

⁴³⁹ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – Gautzsch Großhandel.

hat, während Art. 7 Abs. 1 MRL dieser Wirkung für den Fall entgegensteht, dass die Voraussetzungen der Erschöpfung vorliegen. Betrachtet man z. B. Art. 9 Abs. 1 MRL, so lässt sich feststellen, dass diese Norm genau wie Art. 7 Abs. 1 MRL der Wirkung von Art. 5 MRL entgegensteht.

Artikel 9 – Verwirkung durch Duldung

- (1) *Hat in einem Mitgliedstaat der Inhaber einer älteren Marke im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 die Benutzung einer jüngeren eingetragenen Marke in diesem Mitgliedstaat während eines Zeitraums von fünf aufeinander folgenden Jahren in Kenntnis dieser Benutzung geduldet, so kann er für die Waren oder Dienstleistungen, für die die jüngere Marke benutzt worden ist, aufgrund der älteren Marke weder die Ungültigerklärung der jüngeren Marke verlangen, noch sich ihrer Benutzung widersetzen, es sei denn, dass die Anmeldung der jüngeren Marke bösgläubig vorgenommen worden ist.*
- (2) [...]

Insofern wäre es konsequent, die im Rahmen von Art. 5 und 7 MRL aufgestellte Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislast entsprechend auf andere Normen der Richtlinie zu übertragen.

(b) Beweislastqualität satzbaumäßig ausgedrückter rechtshindernder Normen

Die Einteilung der Rechtsnormen in „Grundsatz“ und „Ausnahme“ und die daran geknüpfte Beweislastverteilung hat starke Ähnlichkeit zu der *Normentheorie Rosenbergs*. Dementsprechend stellt sich auch in Bezug auf die Rechtsprechung des *EuGH* die Frage, welche Bedeutung rechtshindernde Normen für die Beweislastverteilung nach der Richtlinie haben. Diese Frage wird besonders relevant durch den Umstand, dass die MRL mit vielen Ausnahmeformulierungen („Es sei denn, dass...“⁴⁴⁰; „Dies findet keine Anwendung, wenn...“⁴⁴¹) ausgestaltet ist, die nach der heutigen (*Modifizierten*) *Normentheorie* als Sonderregeln der Beweislast angesehen würden (*Satzbaulehre*).

In Bezug auf die Normen der MRL stellt sich ebenfalls die Frage, wie diese Normen einzuordnen sind. Ein Beispiel für eine solche Ausnahmeformulierung ist etwa Art. 7 Abs. 2 MRL.

⁴⁴⁰ Z. B. in Art. 9 Abs. 1, 10 Abs. 1 MRL.

⁴⁴¹ Z. B. in Art. 7 Abs. 2 MRL.

Artikel 7 – Erschöpfung des Rechts aus der Marke

- (1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.
- (2) **Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn** berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere, wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.

In der Sache *Boehringer Ingelheim II*⁴⁴² entschied der *EuGH*, dass nicht nur die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs.1 MRL sondern auch das Nichtvorliegen der (rechtshindernden) Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL durch den Markenbenutzer zu beweisen sind. Damit folgert der *EuGH* in dieser Entscheidung keine Besonderheiten für die Beweislastverteilung aus der besagten grammatikalischen Konstruktion.

Zwar lassen sich aus diesem Umstand noch keine umfassenden Rückschlüsse zu der Bedeutung rechtshindernder Normen für die Beweislastverteilung entnehmen, doch spricht vieles dafür, dass die MRL durch derartige grammatikalische Konstruktionen gerade keine (Sonder-) Regeln über die Beweislastverteilung aufstellt.

(3) Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs

Der *EFTA-Gerichtshof* hat bislang noch nicht Stellung zu der speziellen Frage bezogen, ob den Normen der MRL auch die Verteilung der Beweislast zu entnehmen ist. Der *EFTA-Gerichtshof* hat in seiner bisherigen Entscheidungspraxis allerdings sein Möglichstes getan, um Divergenzen zwischen seiner Rechtsprechung und der des *EuGH* in Bezug auf in das EWR-Abkommen inkorporiertes EU-Recht zu vermeiden.⁴⁴³ Daher ist davon auszugehen, dass der *EFTA-Gerichtshof* auch in diesem Bereich der Rechtsprechung des *EuGH* folgt.

(4) Nationale Rechtsprechung deutscher und norwegischer Gerichte

Die zuvor dargestellte Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislastverteilung durch die MRL wurde in jüngerer Zeit auch durch die deutschen Gerichte berücksichtigt. Der *BGH* ging in der Sache *Converse I*⁴⁴⁴ auf die Beweislast bzgl.

⁴⁴² *EuGH*, RS. 348/04 – *Boehringer Ingelheim II*.

⁴⁴³ *Fredriksen/Mathisen*, EÖS-rett, S. 142; *Fredriksen*, Tfr 2008, S. 525 ff.; *Fredriksen*, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, S. 370.

⁴⁴⁴ *BGH*, I ZR 52-10 - *Converse I* = GRUR 2012, S. 626 (628).

des Vorliegens einer Zustimmung i. S. d. § 24 Abs. 1 MarkenG, der Art. 7 Abs. 1 MRL entspricht, ein. Mit Verweis auf die Urteile des *EuGH* in der Sache *Class International/Colgate-Palmolive*⁴⁴⁵ und *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁴⁴⁶ kommt der *BGH* dabei zu dem Ergebnis, dass die Beweislast bzgl. der tatsächlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 MarkenG beim Markenbenutzer liegt.⁴⁴⁷ Diesem Vorgehen folgte auch das *OLG Stuttgart*, das ebenfalls auf die besagte Rechtsprechung des *EuGH* verweist.⁴⁴⁸

Das *Bundespatentgericht* hebt in einem Vorlagebeschluss⁴⁴⁹ an den *EuGH* hervor, dass die Frage der Beweislastverteilung in einem engen, untrennbaren Zusammenhang mit dem materiellen Recht stünde und daher dem Sinn der MRL entsprechend in allen Mitgliedstaaten einheitlich zu gestalten sei.⁴⁵⁰ Dieser Einschätzung entsprächen auch die Ausführungen des *EuGH* in den Sachen *Van Doren* und *Class International/Colgate-Palmolive*.⁴⁵¹

In der norwegischen Rechtsprechung finden sich kaum Aussagen zu der Frage, ob die Beweislastverteilung als ungeschriebener Teil der MRL geregelt wird. Insofern stellt die Entscheidung *Norelor mot Smart Club*⁴⁵² des *Oslo byrett* eine Besonderheit in der norwegischen Rechtsprechung dar. Anlass dieser Entscheidung war ein Sachverhalt, in dem darum gestritten wurde, ob bestimmte Waren des Beklagten zuvor durch den Kläger im EWR in den Verkehr gebracht wurden, sodass dessen Rechte aus der Marke gem. § 6 Abs. 1 vml., bzw. Art. 7 Abs. 1 MRL erschöpft sind. Das Gericht kam zu der Feststellung, dass unklar ist, ob die besagten Waren innerhalb oder außerhalb des EWR durch den Markeninhaber in den Verkehr gebracht wurden.⁴⁵³ Keine der beiden Parteien konnte das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der angeführten Tatsachen überzeugen. Damit stellte sich dem Gericht die Frage nach der Beweislast für den Ort des ersten Inverkehrbringens der Waren.⁴⁵⁴

⁴⁴⁵ *EuGH*, RS. 405/03 – *Class International/Colgate-Palmolive*.

⁴⁴⁶ *EuGH*, RS. 414/99 – *Zino Davidoff und Levi Strauss*.

⁴⁴⁷ *BGH*, I ZR 52-10 - *Converse I* = GRUR 2012, S. 626 (628).

⁴⁴⁸ *OLG Stuttgart*, 2U 89/12.

⁴⁴⁹ *BPatG*, GRUR 2013, S. 844 ff.

⁴⁵⁰ *BPatG*, GRUR 2013, S. 844 (850).

⁴⁵¹ *BPatG*, GRUR 2013, S. 844 (850).

⁴⁵² *Oslo byrett* vom 14.Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725 – *Norelor mot Smart Club*.

⁴⁵³ *Oslo byrett* vom 14.Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725, S.19 – *Norelor mot Smart Club*. Dort stellt das *Oslo byrett* fest: „I den foreliggende sak er faktum uklart og omstridt. [...] Det kan godt være at Smart Club har kjøpt alle varene fra ‚tradere‘ innen EU, men heller ikke Smart Club kan vite om varene forste gang ble brakt i omsetning der. Det kan heller ikke Norelor vite.“

Deutsche Übersetzung: „In der vorliegenden Sache sind Tatsachen unklar und umstritten. [...] Es kann gut sein, dass Smart Club alle Waren von ‚Händlern‘ innerhalb der EU gekauft hat, aber auch Smart Club kann nicht wissen ob die Waren erstmalig dort in den Verkehr gebracht wurden. Das kann auch Norelor nicht wissen.“

⁴⁵⁴ *Oslo byrett* vom 14.Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725, S. 19 – *Norelor mot Smart Club*.

Besonders interessant ist, dass das *Oslo byrett* in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass es die Frage nach der Verteilung der Beweislast nicht beantworten könne, da der *EuGH* in seiner Rechtsprechung zu dieser Frage (im Jahr 1999) noch keine Stellung bezogen habe.⁴⁵⁵ Daher könne das Gericht ohne einen Rückgriff auf eine solche Rechtsprechung nicht sagen, ob der Markeninhaber beweisen muss, dass die Waren außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht wurden oder ob der Markenbenutzer das Gegenteil beweisen muss.⁴⁵⁶

Diese Feststellung des *Oslo byrett* stimmt auch mit den zuvor angeführten Entscheidungen des *EuGH* überein. Wie in dieser Arbeit festgestellt wurde, machte der *EuGH* erstmals in der Entscheidung **Zino Davidoff und Levi Strauss**⁴⁵⁷ aus dem Jahr 2001 Ausführungen zur Verteilung der Beweislast in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 MRL.

Im Unterschied zu der dargestellten Rechtsprechung der deutschen Gerichte fällt auf, dass sich die norwegische Rechtsprechung nicht auf die ergangene Rechtsprechung des *EuGH* beruft, sondern dieser sogar vorgreift. Ob es sich dabei um ein Zufallsprodukt handelt, mag dahinstehen. Wichtig ist allerdings, dass sich der norwegische Gesetzgeber aufgrund dieser Entscheidung gezwungen sah, innerhalb der Vorarbeiten zum *varemerkelov* zu dieser Frage Stellung zu beziehen. Auf diese Stellungnahme wird im Zusammenhang mit dem *varemerkelov* und dessen Gesetzesvorarbeiten im Verlauf der Arbeit eingegangen.⁴⁵⁸

(5) Ansicht des Verfassers

Es entspricht auch der Ansicht des Verfassers dieser Arbeit, dass die Beweislastverteilung bei Markenrechtsverletzungen durch die MRL vorgegeben wird. Schon in den Ausführungen zum 11. Erwägungsgrund der MRL konnte dargestellt werden, dass der betreffende Wortlaut einer Beweislastverteilung durch die MRL nicht im Wege steht.⁴⁵⁹ Es ist daher entgegen anderer Ansichten⁴⁶⁰ auch nicht von vorne herein ausgeschlossen, dass die MRL die Beweislast nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten verteilt.

⁴⁵⁵ *Oslo byrett* vom 14. Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725, S. 19 – Norelor mot Smart Club.

⁴⁵⁶ *Oslo byrett* vom 14. Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725, S. 19 – Norelor mot Smart Club.

⁴⁵⁷ *EuGH*, RS. 414/99 – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁴⁵⁸ Siehe: E. II. 1.

⁴⁵⁹ Siehe: D. III. 2. c.) (1).

⁴⁶⁰ *OGH*, 4 Ob 29/00 = GRUR Int 2000, S. 785 (787 f.); Schlussanträge *GA Stix-Hackl*, *EuGH*, RS. 244/00, Rn. 36 – Van Doren mit Verweis auf entsprechende Ausführungen der französischen Regierung und der Europäischen Kommission; Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 77 – Class International/Colgate-Palmolive; *BGH*, Beschluss, I ZR 193/97, S. 8 – Van Doren.

Über die Ablehnung dieses Ausschlusskriteriums hinaus lässt sich die Beweislastverteilung durch die MRL aber auch mit positiven Argumenten begründen. Zunächst sei dabei der 10. Erwägungsgrund der MRL in Betracht gezogen. Nach diesem ist es „zur Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs [...] von wesentlicher Bedeutung, zu erreichen, dass die eingetragenen Marken im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen.“ Für die Frage, welche Reichweite diese Harmonisierung des Markenrechts hat und insbesondere ob die Beweislastverteilung davon erfasst sein soll, sind die Wertungen des 4., 5. und 6. Erwägungsgrundes der MRL heranzuziehen. Der 4. Erwägungsgrund gibt zunächst an, dass es „nicht notwendig [erscheint], die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen.“ Vielmehr sei es „ausreichend, wenn sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränkt, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.“ Es ist somit nicht der Zweck der Markenrechtsrichtlinie, das Markenrecht umfassend zu harmonisieren. Vor diesem Hintergrund könnte man argumentieren, dass der Regelungsgehalt der Markenrechtsrichtlinie eng zu verstehen ist und die Beweislastverteilung gerade nicht erfasst wird. Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass der europäische Gesetzgeber im 5. und 6. Erwägungsgrund bestimmte Bereiche benannt hat, die nicht von der MRL erfasst werden sollen und daher Sache des innerstaatlichen Rechts sind. Darunter fallen der Schutz der durch Benutzung erworbenen Marke und verschiedene Verfahrensregeln. Die Regelung der Beweislastverteilung ist hingegen nicht aufgeführt. Hätte der europäische Normgeber diesen Bereich in die Verantwortung des nationalen Gesetzgebers stellen wollen, so wäre es konsequent gewesen, dies auch im Rahmen der Ausführungen des 5. oder 6. Erwägungsgrundes zum Ausdruck zu bringen. Dass dies nicht geschehen ist, deutet darauf hin, dass der europäische Normgeber auch die Beweislastverteilung durch die MRL geregelt wissen will.

Darüber hinaus ist anzuerkennen, dass die einheitliche Regelung der Beweislastverteilung zu einer nicht zu unterschätzenden Erleichterung für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr führt und so dem Ziel aus dem 10. Erwägungsgrund der MRL dient. Diese Auswirkung soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Man denke sich ein Unternehmen, das auf dem deutschen Markt tätig ist und seine Produkte unter einer Luxusmarke vertreibt. Dieses Unternehmen kommt im Laufe der Zeit in zivilrechtlichen Gerichtsverhandlungen mit der Frage der markenrechtlichen Beweislastverteilung in Berührung. Aufgrund der gemachten Erfahrungen entwickelt das Unternehmen daraufhin Strategien, die die Verteilung der Beweislast berücksichtigen. Diese Strategien reichen dabei teilweise bis weit vor einen etwaigen Beweis vor einem Gericht. Es kann zum Beispiel sein, dass das Unternehmen die Erfahrung gemacht hat, regelmäßig die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Erschöpfung (§ 24 Abs. 2 MarkenG) vor Gericht beweisen zu

müssen. Das Unternehmen wird dann schon im alltäglichen Betrieb darauf achten, entsprechende Tatsachen zu sichern. Solche Strategien des Unternehmens sind allerdings nur dort anwendbar, wo das Markenrecht und insbesondere die Beweislastfrage einheitlich geregelt sind. Das heißt, das Unternehmen müsste seine Strategie für diesen Bereich neu ausrichten, wenn im Bereich der Beweislastverteilung Unterschiede zwischen den einzelnen EWR-Staaten bestünden. Wenn hingegen eine einheitliche Regelung der Beweislastfrage bestünde, so könnte das Unternehmen seine erprobte Strategie auf einen neuen Markt erstrecken. Stellt man sich nun vor, dass das besagte Unternehmen erwägt auf den norwegischen Markt zu expandieren, so wäre die Einheitlichkeit der Beweislastverteilung eine nicht zu unterschätzende Erleichterung bei der Realisierung.

Ferner spricht auch ein Vergleich mit den Grundsätzen des Internationalen Beweisrechts dafür, die Beweislastverteilung direkt aus der MRL zu entnehmen. Das Internationale Beweisrecht unterscheidet grundsätzlich in das *lex causae*, also das in materiell-rechtlicher Hinsicht auf einen Fall anzuwendende Recht und das *lex fori*, also das in prozessrechtlicher Hinsicht auf einen Fall anzuwendende Recht. Die Frage der Beweislastverteilung wird dabei von der vorherrschenden Meinung im Internationalen Beweisrecht als eine Frage des materiellen Rechts eingeordnet.⁴⁶¹

Im Vordergrund dieser Einordnung steht dabei nicht die Wertung, dass die Beweislastverteilung dem *nationalen* materiellen Recht zu entnehmen sei. Vielmehr steht die Erkenntnis im Vordergrund, dass die Regelungen der Beweislast so eng mit dem materiellen (Sach-) Recht verflochten ist, dass sie auch einen materiell-rechtlichen Charakter trägt.⁴⁶² Eine Betrachtung des Internationalen Beweisrechts spricht insofern ebenfalls dafür, die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL zu entnehmen.

Wie diese Ausführungen zeigen, ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH⁴⁶³ davon auszugehen, dass die Markenrechtsrichtlinie auch die Beweislastverteilung regelt.

Dieser Zustand bringt allerdings auch einige Probleme mit sich und bietet so Ansatzpunkte für Kritik. Zu kritisieren ist insbesondere, dass zu wenig über die Prinzipien bekannt ist, nach denen die MRL die Beweislast verteilt und dass daher trotz der einheitlichen Regelung der Beweislastverteilung in gewissen Bereichen Rechtsunsicherheit herrscht.

Zunächst ist zu erwähnen, dass es keine explizite Norm gibt, in der die Beweislastverteilung durch die MRL geregelt wird. Der Rechtsanwender ist

⁴⁶¹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, S. 285; *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, S. 285 m. w. N.; *Spellenberg* in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 10, Art. 18 Rom I-VO, Rn. 1 ff.; *BGH*, IV ZR 10/51 = NJW 1952, S. 142 (142).

⁴⁶² *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, S. 284.

⁴⁶³ Siehe: D. III. 2. c.) (2).

daher schlussendlich darauf angewiesen, die Beweislastverteilung der Rechtsprechung des EuGH und der Literatur zu entnehmen.

Ein solches Vorgehen ist aber mit einigen Schwierigkeiten verbunden. Betrachtet man die Rechtsprechung des EuGH zur Beweislastverteilung durch die MRL, so lässt sich feststellen, dass diese größtenteils punktuellen Charakter hat, was eine Rechtsfindung erschweren kann. So kommt der EuGH in der Entscheidung *Zino Davidoff und Levi Straus*⁴⁶⁴ „lediglich“ zu dem Ergebnis, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die Zustimmung i. S. d. Art. 5 MRL trägt, in der Entscheidung *Class International/Colgate Palmolive*⁴⁶⁵ kommt der EuGH „nur“ zu dem Ergebnis, dass der Markeninhaber die Beweislast für die übrigen Voraussetzungen des Art. 5 MRL trägt und in der Entscheidung *Boehringer Ingelheim II*⁴⁶⁶ führt der EuGH „lediglich“ aus, dass der Markenbenutzer zu beweisen hat, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL nicht vorliegen. Damit sind weite Bereiche der MRL nicht von der Rechtsprechung des EuGH erfasst. Es gibt beispielsweise keine Entscheidung des EuGH zu der Frage, wie die Beweislastverteilung für die tatsächlichen Voraussetzungen von Art. 6 (Beschränkung der Wirkung der Marke), Art. 8 (Lizenz) oder Art. 10 (Benutzung der Marke) MRL ist, um nur einige Beispiele zu nennen.

In seiner jüngsten Rechtsprechung zu dieser Thematik hat der EuGH auch abstrakte Kriterien herangezogen, um die Beweislastverteilung durch die MRL zu bestimmen. In der Sache *Oberbank AG*⁴⁶⁷ führte der EuGH an, dass „angesichts [...] der Struktur und der Systematik von Art. 3 Abs. 3 MRL festzustellen ist, dass [...] die Beweislast für die infolge der Benutzung [einer] streitigen Marke erworbene Unterscheidungskraft den Markeninhaber, der die Unterscheidungskraft geltend macht, treffen muss. Diese Rechtsprechung könnte der Beginn der Etablierung einer Grundregel i. S. d. (Modifizierten) Normentheorie durch die Rechtsprechung des EuGH und mit Geltung für die gesamte MRL sein. Zum jetzigen Zeitpunkt besteht allerdings diesbezüglich noch Rechtsunsicherheit. Auf der einen Seite ist nicht klar, ob die in der Entscheidung *Oberbank AG*⁴⁶⁸ angeführten Prinzipien der Beweislastverteilung für die gesamte MRL gelten sollen oder nicht. Auf der anderen Seite lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Oberbank AG*⁴⁶⁹ nicht erkennen, welche Partei die Beweislast für rechtshindernde Normen trägt, insbesondere welche Wirkung satzbaumäßige Formulierungen auf die Beweislastverteilung haben. Auch ein Blick auf andere Richtlinien bringt nicht mehr Klarheit. Dem

⁴⁶⁴ EuGH, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁴⁶⁵ EuGH, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive.

⁴⁶⁶ EuGH, RS. 348/04, Rn. 51 f. = GRUR 2007, S. 586 (591) – Boehringer Ingelheim II; entsprechend auch: *GA Sharpston*, EuGH, RS. 348/04, Rn. 82 f.; EuGH, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 49.

⁴⁶⁷ EuGH, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68,

⁴⁶⁸ EuGH, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68, f.

⁴⁶⁹ EuGH, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68, f.

Autor ist keine andere Europäische Richtlinie bekannt – weder im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes, noch in anderen Bereichen –, durch die die Beweislastverteilung in grundlegender Weise geregelt wird. Vielmehr schließt der EuGH eine grundsätzliche Verteilung der Beweislast im Zusammenhang mit anderen Richtlinien sogar explizit aus. So führt der EuGH zum Beispiel in der Entscheidung *Consumer Finance*⁴⁷⁰ an, dass die Verbraucherkreditrichtlinie⁴⁷¹ zur Frage der Beweislastverteilung „keine Vorschriften enthält“. Insofern ist auch ein Rückgriff auf gesicherte Erkenntnisse aus anderen Richtlinien – weder im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes, noch in anderen Bereichen – möglich.

Es sind allerdings Möglichkeiten denkbar, wie die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt oder zumindest erheblich reduziert werden kann.

Eine Möglichkeit könnte in der abstrakten und ausdrücklichen Regelung der Beweislastverteilung durch die MRL zu sehen sein. Inhaltlich könnte diese Regelung an die bisherige Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich anknüpfen. Dabei ist zuvorderst die Entscheidung des EuGH in der Sache *Oberbank AG*⁴⁷² zu berücksichtigen. In dieser Entscheidung zur MRL deutet der EuGH die Etablierung einer abstrakten Regel an, nach der jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sich günstigen Norm zu beweisen hat. Diesen Grundsatz könnte der Europäische Normgeber zu einer ausdrücklichen Regelung erheben und somit klarstellen, dass die Beweislastverteilung für die gesamte MRL nach diesem Grundsatz erfolgt. Als Vorbild für eine solche Regelung könnten etwa die ausdrücklichen Beweislastregelungen der §§ 193–198 des ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches⁴⁷³ oder des italienischen Codice Civil dienen.

Zwar würde auf diese Weise die besagte Rechtsunsicherheit in gewissem Maße reduzieren, doch sind auch erhebliche Bedenken gegen ein solches Vorgehen anzubringen. Insbesondere ist zu befürchten, dass die Normierung der Beweislastverteilung zu einem Wegfall der Flexibilität und Dynamik führt, die mit der momentanen Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich verbunden sind. Mit der Entscheidung in der Sache *Oberbank AG*⁴⁷⁴ hat der EuGH gerade erst begonnen Kriterien für die Verteilung der Beweislast im Markenrecht aufzustellen. Eine Normierung der Beweislastverteilung würde einen erheblichen Einschnitt bei dieser Entwicklung bedeuten. Zudem hat der Europäische Normgeber bei der Schaffung von umfassenden ausdrücklichen Beweislastnormen keine Erfahrung, auf die er zurückgreifen kann – weder im

⁴⁷⁰ *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 22 – *Consumer Finance*.

⁴⁷¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie).

⁴⁷² *EuGH*, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68, f.

⁴⁷³ Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, § 193 ff.

⁴⁷⁴ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68, f.

Bereich des Markenrechts noch im Bereich anderen Sekundärrechts. Insofern wäre eine Normierung der Beweislastverteilung zum derzeitigen Zeitpunkt keine ideale Lösung.

Stattdessen könnte aber eine Fortbildung der EuGH-Rechtsprechung zur Beweislastverteilung durch die MRL erheblich zur Rechtssicherheit beitragen. Grundlage dafür wäre, dass dieser in seiner zukünftigen Rechtsprechung die in der Entscheidung *Oberbank AG*⁴⁷⁵ zum Ausdruck kommenden Prinzipien der Beweislastverteilung zu einer für die gesamte MRL geltenden Grundregel erhebt. Wie zuvor gezeigt werden konnte⁴⁷⁶ ist eine solche Ausweitung auch in der Argumentationsweise des EuGH in der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung bereits angelegt. Es muss daher das Ziel zukünftiger Rechtsprechung sein, eine klare Formulierung für diese Grundregel zu finden. Als Vorbild bietet sich die teilweise als „Weltgewohnheitsrecht“⁴⁷⁷ bezeichnete Formel an, nach der *jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Norm zu beweisen hat*. Auf diese Weise könnte die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt werden.

(6) Neue Markenrechtsrichtlinie (EU) 2015/2436

Am 16.12.2015 wurde die Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke erlassen, die am 12.01.2016 in Kraft trat.⁴⁷⁸ Im Anhang des EWR-Vertrages wird in der Fassung mit Stand vom 08.07.2016 noch nicht auf diese Richtlinie verwiesen. Aufgrund der befürwortenden Stellungnahme der EFTA-Staaten zur Neufassung der Markenrechtsrichtlinie⁴⁷⁹ ist aber mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit mit einer baldigen Ergänzung des EWR-Vertrages um die entsprechende Richtlinie zu rechnen.

Die durch die Richtlinie (EU) 2015/2436 eingeführten Neuerungen lassen sich grob in solche Neuerungen einteilen, durch die eine umfassende Regelung des Verfahrensrechts in die Markenrechtsrichtlinie integriert wird⁴⁸⁰ und sol-

⁴⁷⁵ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13 Rn. 68, f.

⁴⁷⁶ Siehe: D. III. 2. c.) (2) (b).

⁴⁷⁷ *Poble*, in FS Dölle, Bd. 2, S. 317 (323); *Baumgärtel/Wahrendorf*, in: FS Rammos, S. 41 (42).

⁴⁷⁸ Die Verabschiedung der Richtlinie (EU) 2015/2436 geschah zeitlich nach der Einreichung dieser Arbeit. Im Rahmen einer Nachbearbeitung wird in diesem Gliederungspunkt allerdings der Frage nachgegangen, welche Änderungen sich aus der Neufassung der Markenrechtsrichtlinie für diese Arbeit ergeben.

⁴⁷⁹ EEA, EFTA Comment on the European Commission's proposal for a new Trade Mark Directive (COM(2013)162 final), vom 24.03.2014. Dort heißt es in Rn. 1.2.: „*The EEA EFTA States welcome the Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the law of the Member States on trade marks.*“

⁴⁸⁰ Richtlinie (EU) 2015/2436, Erwägungsgründe 7, 9.

che Neuerungen, durch die das bereits bestehende materielle Markenrecht ergänzt wird.

Die Normen zur umfassenden Regelung des Verfahrensrechts finden sich in den Art. 37–47¹ Richtlinie (EU) 2015/2436. Diese Normen regeln das Verfahren über die Anmeldung und Eintragung einer Marke (Art. 37–42) sowie über das Widerspruchs-, Verfalls-, und Nichtigkeitsverfahren (Art. 43–47).

Die materiell-rechtlichen Neuerungen der Richtlinie (EU) 2015/2436 wurden punktuell vorgenommen und lassen sich nicht einem bestimmten Abschnitt zuordnen. Im Wesentlichen betrifft das: die Regelung der Markenformen (Art. 3), Absolute Eintragungshindernisse oder Nichtigkeitsgründe (Art. 4), Relative Eintragungshindernisse oder Nichtigkeitsgründe (Art. 5), Rechte aus der Marke (Art. 10), Benutzung der Marke (Art. 16).

Mit Blick auf die Frage der Beweislastverteilung lässt sich das zuvor im Zusammenhang mit der Richtlinie 2008/95/EG Gesagte entsprechend auf die in Zukunft geltende Richtlinie (EU) 2015/2436 übertragen.

Entscheidend ist, dass die Erwägungen, die der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung durch Richtlinie 2008/95/EG zu Grunde liegen⁴⁸¹, auch auf die Richtlinie (EU) 2015/2436 entsprechende anwendbar sind.

Der Umstand, dass einige Normen ergänzt, bzw. neu gefasst wurden befreit nicht von dem Bedürfnis, dass auch für diese Regelungen eine einheitliche Beweislastverteilung zum Zwecke des einheitlichen Rechtsschutzes besteht. Im Gegenteil: Mit der Einführung weiterer Sachnormen durch die Richtlinie (EU) 2015/2436 steigt auch entsprechend der Bedarf an hinzutretenden Beweislastnormen, um dem Ziel des einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedsstaaten gerecht werden zu können.

Darüber hinaus lässt auch die Richtlinie (EU) 2015/2436 die Herleitung der Beweislastverteilung aus Systematik und Struktur der Richtlinie (weiterhin) zu. Wie zuvor ausgeführt wurde, ist die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der Richtlinie 2008/95/EG, insbesondere dem Verhältnis von „Grundsatz“ und „Ausnahme“ zu entnehmen.⁴⁸² Als Beispiel dafür diente der Gegensatz von Art. 5 Richtlinie 2008/95/EG, der die Rechte aus der Marke regelt und Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2008/95/EG, der die Erschöpfung des Rechts aus der Marke regelt.⁴⁸³ Dieses Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis findet sich auch in der Richtlinie (EU) 2015/2436 wieder und wird auch gerade durch die Neuerungen bestätigt. Um dies zu verdeutlichen soll nur gezeigt werden, in welchem Umfang sich der Wortlaut des Art. 5 Richtlinie 2008/95/EG verändert hat und dass diese Veränderung keinen Einfluss auf

⁴⁸¹ Siehe: D. III. 2. C.) (2) (a).

⁴⁸² Siehe: D. III. 2. C.) (2), (5).

⁴⁸³ Siehe: D. III. 2. C.) (2).

die mit der materiell-rechtlichen Wirkung der Norm verbundene Beweislastverteilung hat:

Bislang war der (rechtsbegründende) Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/95/EG:

Artikel 5 – Rechte aus der Marke

- (1) *Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr*
- a.) *ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen sind;*
 - b.) *ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.*

[...]

Der neue Wortlaut der entsprechenden Norm in Art. 10 Richtlinie (EU) 2015/2436 lautet:

Artikel 5 – Rechte aus der Marke

- (1) *Mit der Eintragung der Marke erwirbt der Inhaber ein ausschließliches Recht an ihr.*
- (2) *Der Inhaber einer eingetragenen Marke hat unbeschadet der von Inhabern vor dem Zeitpunkt der Anmeldung oder dem Prioritätstag der eingetragenen Marke erworbenen Rechte das Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr, in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, ein Zeichen zu benutzen, wenn*
 - a.) *das Zeichen mit der Marke identisch ist und für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch oder ihnen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, und für das Publikum die Gefahr einer Verwechslung besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird;*
 - b.) [...].

Dennoch ändert dies nichts an der materiell-rechtlichen Wirkung dieser Norm. Es lässt sich schon jetzt sagen, dass es sich um eine rechtsbegründende Norm handelt, die sich wie schon zuvor Art. 5 Richtlinie 2008/95/EG in die Systematik von „Grundsatz“ und „Ausnahme“ einfügt. Damit trägt auch nach der Neufassung der Markeninhaber regelmäßig die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Norm.

In entsprechender Weise stellen auch die anderen zuvor genannten Neuerungen der Richtlinie (EU) 2015/2436⁴⁸⁴ zwar eine Änderung von Sachnormen dar, hingegen keine Änderung der grundlegenden Beweislastverteilungssystematik.

d.) Zwischenergebnis

Die Einordnung der Beweislastverteilung als Frage des formellen Rechts oder des materiellen Rechts ist auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts umstritten. Hierzu lässt sich sowohl die Ansicht vertreten, dass die Beweislastverteilung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten unterliegt⁴⁸⁵, als auch die Ansicht, dass sie bereits durch die Vorgaben der Richtlinien mit geregelt wird.⁴⁸⁶

Eine Besonderheit ergibt sich für den Bereich des Markenrechts. In diesem Bereich entnimmt der *EuGH* die Beweislastverteilung eindeutig dem materiell-rechtlichen Regelungsgehalt der MRL. Bedenken gegen diese Rechtsprechung, die sich vor allem auf das Argument stützen, dass der 11. Erwägungsgrund der MRL die Beweislastverteilung dem nationalen Verfahrensrecht zuweist, ist nicht stattzugeben.

Zwar macht der *EuGH* diese Aussage nur im Zusammenhang mit Art. 3, 5 und 7 MRL, doch konnte gezeigt werden, dass sich die dahinterstehenden Überlegungen grds. auch auf andere Normen der MRL übertragen lassen.

Die Unterteilung der markenrechtlichen Normen in „Grundsatz“ und „Ausnahme“ weist dabei eine starke Nähe zur *Normentheorie Rosenbergs* auf. Nicht ganz klar ist, wie rechtshindernde Normen, insbesondere grammatikalische Formulierungen i. S. d. *Satzbaulehre* nach der Rechtsprechung des *EuGH* einzuordnen sind. Es zeichnet sich jedoch eine Tendenz in der Rechtsprechung ab, dass diese Formulierungen ohne Einfluss auf die Beweislastverteilung

⁴⁸⁴ Siehe: oben.

⁴⁸⁵ Schlussanträge *GA Jacobs*, *EuGH*, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 102; *EuGH*, RS. 449/13, Rn. 23 - Consumer Finance; *Geiger*, *EuZW* 2003, S. 477/480.

⁴⁸⁶ *Naumann*, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 248; *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, abrufbar unter: http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRRL.pdf, S. 17.

lung im Einzelfall sind, was auch der Einschätzung durch die bisherige Literatur zu diesem Thema entsprechen dürfte.⁴⁸⁷

Der *EFTA-Gerichtshof* ist in seiner Rechtsprechung noch nicht auf die Frage der Beweislastverteilung durch die MRL eingegangen. Es ist allerdings aufgrund der starken Homogenität zwischen der Rechtsprechung des *EFTA-Gerichtshofs* und der Rechtsprechung des *EuGH* davon auszugehen, dass der *EFTA-Gerichtshof* auch in diesem Bereich sein Möglichstes tut, um der Rechtsprechung des *EuGH* zu entsprechen.

Die deutschen Gerichte sind bereits ausdrücklich auf die Rechtsprechung des *EuGH* eingegangen und haben auch dieser entsprechend die Beweislastverteilung im Einzelfall begründet.

In der norwegischen Rechtsprechung finden die Urteile des *EuGH* bislang noch keine Beachtung. Umso erstaunlicher ist es, dass das *Oslo byrett* eine entsprechende Auslegung der MRL antizipiert hat und zeitlich vor der dargestellten Rechtsprechung des *EuGH* bereits zu dem Ergebnis kam, dass die Frage der Beweislastverteilung dem materiell-rechtlichen Gehalt der MRL zu entnehmen sei.⁴⁸⁸

Der Verfasser dieser Arbeit geht ebenfalls davon aus, dass die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL, bzw. der Richtlinie (EU) 2015/2436 zu entnehmen ist.⁴⁸⁹ Kritisiert wird, dass trotz der einheitlichen Regelung der Beweislastverteilung durch die MRL Rechtsunsicherheit herrscht. Diese Rechtsunsicherheit gründet auf dem Umstand, dass nicht genug über die Prinzipien bekannt ist, nach denen die MRL die Beweislast verteilt. Die Lösung dieses Problems sieht der Verfasser in der Fortbildung der Rechtsprechung des *EuGH* in diesem Bereich. Zu diesem Zweck wird in Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung die Schaffung einer für die gesamte MRL geltenden Grundregel der Beweislastverteilung vorgeschlagen.

3. Beweismaß

Neben der Frage der europäischen Einflüsse auf die Beweislastverteilung stellt sich zudem die Frage der europäischen Einflüsse auf das von den nationalen Richtern anzuwendende Beweismaß. Das Gemeinschaftsrecht gibt den für die Meinungsbildung des Richters erforderlichen Überzeugungsgrad grundsätzlich nicht vor.⁴⁹⁰ Zwar finden sich für Einzelfälle⁴⁹¹ gemeinschaftsrechtliche Be-

⁴⁸⁷ Naumann, Die Beweislast im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 251.

⁴⁸⁸ *Oslo byrett* vom 14. Mai 1999 – Sak nr.: 97-10298 A725, S. 19 – Norelor mot Smart Club.

⁴⁸⁹ Siehe: D. III. 2. c.) (5)

⁴⁹⁰ Papadelli, Beweislastverteilung bei der Durchsetzung des Kartellrechts, S. 340 f.; Bülow, in: Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht – Bd. 2, S. 1348 f.; Coester-Waltjen, JURA 2006, S. 914 (918).

⁴⁹¹ Z. B. in: Art. 7 lit b Produkthaftungsrichtlinie; Bülow, in: Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht – Bd. 2, S. 1349.

weismaßvorgaben, doch betreffen diese nicht das Markenrecht, sodass sie für diese Arbeit außer Betracht bleiben können. Auch der Rechtsprechung des *EuGH* lassen sich keine besonderen Vorgaben zum Beweismaß im Markenrecht entnehmen. In Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben finden daher die nationalen Regelungen über das Beweismaß Anwendung.

4. Zusammenfassung

Das Europäische Sekundärrecht, insbesondere die Europäischen Richtlinien, haben Einfluss auf die Beweislastverteilung im nationalen Recht. Dieser Einfluss kann zum einen in ausdrücklichen Beweislastnormen und zum anderen in ungeschriebenen Regeln der Beweislastverteilung bestehen. Während sich keine ausdrücklichen Beweislastregelungen in der MRL finden, sind die ungeschriebenen Beweislastregeln umso bedeutsamer für das Markenrecht.

Wie dargelegt werden konnte, ist die MRL, bzw. die Richtlinie (EU) 2015/2436 i. S. d. richtungsweisenden und praktisch maßgeblichen Rechtsprechung des *EuGH* dahingehend zu verstehen, dass sie die Beweislast anhand materiell-rechtlicher Gesichtspunkte verteilt. Die Beweislastverteilung ist dabei im Einzelfall der „Struktur und Systematik“ der MRL zu entnehmen, wodurch eine starke Nähe zu der Grundregel der *Normentheorie Rosenbergs*, die in sehr vielen, wenn nicht allen EU-Mitgliedstaaten Geltung hat⁴⁹², besteht.

Eine Interpretation der MRL im Sinne der deutschen *Satzbaulehre* ginge hingegen zu weit, da vom europäischen Gesetzgeber nicht die gleiche sprachliche Präzision erwartet werden kann wie vom deutschen Zivilrecht. Diesem Ergebnis entspricht auch die Rechtsprechung des *EuGH* in der Sache *Boehringer Ingelheim II*⁴⁹³. Formulierungen wie „es sei denn, dass...“⁴⁹⁴ oder „dies findet keine Anwendung, wenn...“⁴⁹⁵ sind daher nicht als Sonderregeln der Beweislast sondern als Mittel der übersichtlichen Gestaltung der einzelnen Normen zu verstehen. Dies entspricht auch der Einordnung solcher Konstruktionen im norwegischen Recht.

Das Beweismaß wird nicht durch die MRL geregelt. Es unterliegt der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Auf diese Weise können im Bereich des Beweismaßes große Unterschiede zwischen den Regelungen des jeweiligen nationalen Rechts bestehen, wie sich bei der Darstellung des Beweismaßes im deutschen und im norwegischen Zivilprozessrecht gezeigt hat. Dieser Umstand ist grundsätzlich geeignet, das angestrebte Ziel des Europäischen Rechts, einen einheitlichen Rechtsschutz im Bereich des Markenrechts zu gewährleis-

⁴⁹² *Bülw* in: *Baumgärtel/Laumen*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht – Bd. 2, EG-Richtlinien, Rn.3; *Pritting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 270 ff.; *Leipold*, Beweislastregeln, S. 46 ff.

⁴⁹³ *EuGH*, RS. 348/04 – *Boehringer Ingelheim II*.

⁴⁹⁴ Z. B. in Art. 9 Abs. 1, 10 Abs. 1 MRL.

⁴⁹⁵ Z. B. in Art. 7 Abs. 2 MRL.

ten, zu konterkarieren, da der Anwendungsbereich der (europäischen) Beweislast von der Ausgestaltung des (nationalen) Beweismaßes abhängig ist.

IV. Vergleich des Einflusses europäischer Vorgaben auf die Beweislast

Sowohl im deutschen als auch im norwegischen Zivilrecht wird die Beweislastverteilung durch europäische Vorgaben beeinflusst. Während diese Einflüsse im Fall von Deutschland vom Primär- und Sekundärrecht der EU ausgehen, unterliegt das norwegische Recht dem Einfluss des primären und sekundären EWR-Rechts.

Geht man davon aus, dass die Beweislastverteilung aus europäischer Sicht prozessrechtlich geregelt ist, so unterfällt sie der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Die Grenze für die nationalen Beweislastregeln sind dann sowohl im Fall Deutschlands als auch Norwegens im Europäischen Primärrecht, insbesondere im *Effektivitäts-* und *Äquivalenzgrundsatz*, als auch den Grundfreiheiten zu sehen.

Im Bereich des Markenrechts hat sich jedoch gezeigt, dass die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL, bzw. der Richtlinie (EU) 2015/2436 zu entnehmen ist. Damit ergibt sich die Beweislastverteilung im Einzelfall bereits aus der Richtlinie, sodass eine grundsätzliche Zuständigkeit des europäischen und nicht des nationalen Gesetzgebers besteht.

Aufgrund der hohen Homogenität zwischen der Rechtsprechung des *EFTA-Gerichtshofs* und dem *EuGH* kann davon ausgegangen werden, dass der *EFTA-Gerichtshof* in seiner Rechtsprechung in Zukunft der Ansicht des *EuGH* folgt, der in seiner Rechtsprechung zur MRL die Beweislastverteilung nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten bereits ausdrücklich anerkannt hat.

E. Beweislast bei Markenrechtsverletzungen

Dieser Abschnitt behandelt die Beweislastverteilung im nationalen Markenrecht Deutschlands und Norwegens. Es soll anhand ausgewählter Normen gezeigt werden,

1. wie die Beweislast im nationalen Markenrecht Deutschlands und im nationalen Markenrecht Norwegens verteilt ist,
2. ob diese nationalen Regelungen mit der zuvor dargestellten punktuellen Rechtsprechung des EuGH vereinbar sind oder ob sich das nationale Markenrecht des jeweiligen Landes aufgrund der Vorgaben der MRL ändern muss⁴⁹⁶ und
3. was für Bereiche gilt, in denen die Beweislastverteilung noch nicht explizit von der Rechtsprechung des EuGH erfasst ist⁴⁹⁷.

Unabhängig von der zuvor gemachten Feststellung, dass die MRL bereits die Beweislastverteilung vorgibt, soll zunächst festgestellt werden, wie die Beweislast im jeweiligen Markenrecht nach nationalem Recht verteilt ist. Es kommt

⁴⁹⁶ Siehe für das deutsche Markenrecht: E. I. 3. b.) und E. I. 4. b.); siehe für das norwegische varemerkelov: E. II. 5.

⁴⁹⁷ Siehe: E. I. 5. b.).

damit zur Anwendung der anfangs abstrakt dargestellten Grundsätze der Beweislastverteilung auf den speziellen Bereich des Markenrechts.

Erst wenn die Beweislastverteilung im Einzelfall nach nationalem Recht analysiert wurde, kann festgestellt werden, ob die jeweilige nationale Beweislastverteilung den Vorgaben der Richtlinie entspricht.

Die Beweislastverteilung soll dabei nicht kommentarartig für jede Norm des jeweiligen Markenrechts, sondern anhand zentraler Normen, in denen sich eine Vielzahl beweislasterrechtlicher Fragen kumuliert, bearbeitet werden. Im Fokus stehen dabei die §§ 14, 24 und 21 MarkenG bzw. die §§ 4, 8 und 6 vml., die jeweils Art. 5, 7 und 9 MRL in nationales Recht umsetzen.

I. Das deutsche Markengesetz

In Deutschland wird das Markenrecht durch das *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*⁴⁹⁸ (Markengesetz) geregelt. Dieses Gesetz setzt die *Richtlinie 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke*⁴⁹⁹ (MRL) um. Das Markengesetz enthält sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Komponenten. In dieser Arbeit sollen nur die zivilrechtlichen Komponenten betrachtet werden, die sich auf das Verhältnis zwischen dem Markeninhaber und dem Markenverletzer beziehen. Insbesondere sind § 14 (Ausschließliches Recht des Inhabers einer Marke), § 21 (Verwirkung von Ansprüchen) und § 24 MarkenG (Erschöpfung) Gegenstand der folgenden Betrachtung.

Für die Geltendmachung von Ansprüchen in Kennzeichenstreitsachen sind gem. § 140 Abs. 1 MarkenG die Zivilgerichte zuständig.

1. Aussagen zur Beweislast in den Gesetzesvorarbeiten

Bei der Feststellung der Beweislastverteilung im Markengesetz fällt der Blick zunächst unweigerlich auf die Gesetzesvorarbeiten zum Markengesetz. Das zentrale Dokument dieser Gesetzesvorarbeiten ist der *Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften*

⁴⁹⁸ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, vom 25.10.1994, BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682, in dieser Arbeit als *Markengesetz* bezeichnet.

⁴⁹⁹ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke, in dieser Arbeit als *Markenrichtlinie* bezeichnet.

ten der Mitgliedstaaten über die Marken⁵⁰⁰ samt der angeführten Begründung und den Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften.

In diesem Dokument finden sich keine expliziten Ausführungen zur Frage der Beweislastverteilung.

Den Gesetzesvorarbeiten lässt sich daher nicht eindeutig entnehmen, ob der Gesetzgeber bei der Schaffung des Markengesetzes die Beweislastverteilung autonom verteilt hat oder von einer Bindung an die Beweislastverteilung nach der MRL ausgegangen ist.

Damit stehen die Gesetzesvorarbeiten aber zumindest nicht im Widerspruch zu der angeführten Rechtsprechung des *EuGH*, die die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL entnimmt.

Im Gegenteil ergibt sich aus den Gesetzesvorarbeiten eine grundsätzliche Offenheit für solche Interpretationen durch den *EuGH*. Zur Begründung ihres Gesetzesentwurfes führt die Bundesregierung an: „Soweit das Markengesetz die Vorgaben der MRL umsetzt, ist für seine Auslegung zu beachten, dass die herkömmlichen Auslegungsmaßstäbe des deutschen Rechts von der Verpflichtung überlagert werden, das neue Markenrecht anhand der Bestimmungen der MRL auszulegen. Es finden also die Kriterien Anwendung, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft entwickelt worden sind. [Es] soll mit der völligen Neugestaltung des deutschen Markenrechts ein Neuanfang bei der Auslegung des neuen Gesetzes gemacht werden.“⁵⁰¹

2. Anwendung der (Modifizierten) Normentheorie im MarkenG

Im deutschen Zivilrecht ergibt sich die BL-Verteilung im Einzelfall durch Auslegung des materiellen Rechts, insbesondere durch die Anwendung der (*Modifizierten*) *Normentheorie*, die auf dem systematischen Verhältnis der Normen zueinander beruht (rechtsbegründende, rechtshindernde, rechtsvernichtende, rechtshemmende Normen).

Nach der Rechtsprechung des *BGH* lässt sich die Beweislastverteilung auch im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts aus dem systematischen Verhältnis der Normen zueinander entnehmen.⁵⁰² Diese

⁵⁰⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, BR-Druck 795/93.

⁵⁰¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, BR-Druck 795/93, S. 99.

⁵⁰² *BGH*, X ZR 61/98 = GRUR 2000, S. 299 (301) – Karate (zum Patentrecht); I ZR 164/85 = GRUR 1988, S. 373 (375) – Schallplattenimport III (zum Urheberrecht).

Rechtsprechung hat der *BGH* auch explizit für den speziellen Bereich des Markenrechts anerkannt.⁵⁰³

Die Beweislastverteilung ist daher für die von dieser Arbeit erfassten Normen des MarkenG nach den zuvor dargestellten Grundsätzen der (*Modifizierten*) *Normentheorie* zu beurteilen.

3. Allgemeine, spezielle und weitere Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung (§ 14 MarkenG)

§ 14 ist die zentrale Norm des Markenrechts, durch die Art. 5 MRL im nationalen Recht umgesetzt wird. § 14 legt fest, welche Rechte dem Inhaber einer Marke im Falle der Benutzung durch Dritte zustehen. Dies sind der Unterlassungsanspruch gem. § 14 Abs. 5 und der Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG.

§ 14 MarkenG (Ausschließliches Recht des Inhabers einer Marke, Unterlassungsanspruch, Schadensersatzanspruch)

- (1) *Der Erwerb des Markenschutzes nach § 4 gewährt dem Inhaber der Marke ein ausschließliches Recht.*
- (2) *Dritten ist es untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr*
 1. *ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt,*
 2. *ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfaßten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird, oder*
 3. *ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke Schutz genießt, wenn es sich bei der Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.*

⁵⁰³ *BGH*, I ZR 193/97 - GRUR 2004, 156 (157) - Van Doren; *BGH*, Beschluss, I ZR 193/97, S. 7 - Van Doren.

- (3) [...]
- (4) [...]
- (5) *Wer ein Zeichen entgegen den Absätzen 2 bis 4 benutzt, kann von dem Inhaber der Marke bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.*
- (6) *Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der Marke zum Ersatz des durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung der Marke eingeholt hätte.*
- (7) [...]

a.) *Beweislastverteilung nach nationalem Recht*

Nach der (*Modifizierten*) *Normentheorie* gilt, dass jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sich günstigen Normen zu beweisen hat. § 14 hat rechtsbegründende Wirkung, indem er in Abs.1 zum einen die Entstehung des Markenrechts als subjektivem Ausschließlichkeitsrecht und in Abs. 5 und 6 die Entstehung eines Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruchs des Markeninhabers regelt.

Der Markeninhaber hat daher die tatsächlichen Voraussetzungen für die Begründung von Rechten gem. § 14 Abs. 1, 5 und 6 zu beweisen.

(1) *Markenverletzung – Allgemeine Voraussetzungen*

In einem Prozess, der eine Markenverletzung zum Gegenstand hat, kommt es für den Markeninhaber zunächst darauf an, das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der Markenverletzung zu beweisen.

Zu den allgemeinen Voraussetzungen einer Markenverletzung gehören das Bestehen einer wirksamen Marke i. S. d. § 4 Nr. 1-3 MarkenG⁵⁰⁴, das Handeln im Geschäftsverkehr⁵⁰⁵, die markenmäßige Benutzung⁵⁰⁶ und das Nichtvorliegen einer Zustimmung zur Benutzung⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14, Rn. 12 ff.; Fezer, Markenrecht, § 14, Rn. 9.

⁵⁰⁵ Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14, Rn. 66 ff.; Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 377.

⁵⁰⁶ Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14, Rn. 93 ff.; Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 378.

⁵⁰⁷ Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14, Rn. 52 ff.; Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 404.

In Übereinstimmung mit der (*Modifizierten*) *Normentheorie* geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die allgemeinen Voraussetzungen der Markenverletzung durch den Markeninhaber zu beweisen sind.⁵⁰⁸

Eine Besonderheit ergibt sich allerdings im Zusammenhang mit der Beweislast für das Nichtvorliegen einer Zustimmung i. S. d. § 14 Abs. 2 MarkenG. Zunächst war im deutschen Markenrecht umstritten, ob es sich bei dem Merkmal „ohne Zustimmung“ um ein negatives Tatbestandsmerkmal handelt, das rechtsbegründenden Charakter hat und daher vom Markeninhaber zu beweisen ist⁵⁰⁹ oder ob es sich um eine Einwendung handelt mit der Folge, dass der Markenbenutzer die Beweislast trägt.⁵¹⁰

Der BGH hat sich in der Sache *Van Doren*⁵¹¹ klar für letztere Ansicht ausgesprochen.⁵¹² Danach trägt der Markenbenutzer die Beweislast dafür, dass er die Marke mit der Zustimmung des Markeninhabers benutzt hat. Diese Ansicht wird damit begründet, dass sich in den Gesetzgebungsmaterialien kein Anhalt dafür finde, dass der Gesetzgeber eine andere Beweislastverteilung bezwecken wollte.⁵¹³

Vielmehr soll die Formulierung „ohne Zustimmung“ nur den Umstand betonen, dass eine zulässige Benutzung der Marke durch Dritte von der Zustimmung des Markeninhabers abhängig sein soll.⁵¹⁴

Es bestehe daher kein Grund vom Deliktsschema des nationalen Rechts abzuweichen, nach dem „die Tatbestandsmäßigkeit eines Eingriffs in das geschützte Rechtsgut grundsätzlich die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs indiziert, so dass nicht der Verletzte die Rechtswidrigkeit, sondern der in Anspruch genommenen Verletzer das Fehlen der Rechtswidrigkeit der Verletzung“ zu beweisen hat.⁵¹⁵ Dieser Ansicht hat sich auch die markenrechtliche Literatur angeschlossen.⁵¹⁶

⁵⁰⁸ BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren; I ZR 73/05, Rn. 46 = GRUR 2008, S. 703 (705) – Internet-Versteigerung III; I ZR 73/05, Rn. 46 = GRUR 2008, S. 703 (705) – Internetversteigerung III; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 48, 69; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 502.

⁵⁰⁹ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 1. Aufl., § 24, Rn. 15; *Mulch*, Der Tatbestand der markenrechtlichen Erschöpfung, S. 129 ff.; *Meyer-Kessel*, GRUR 1997, S. 878; *Pickrabn*, GRUR 1996, S. 383 (386).

⁵¹⁰ *Fezzer*, Markenrecht, 2. Auflage, § 24, Rn. 58 a; *Klados*, WRP 1999, S. 1018 (1019).

⁵¹¹ BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵¹² BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵¹³ BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵¹⁴ BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵¹⁵ BGH, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵¹⁶ *Fezzer*, Markenrecht, § 24, Rn. 119; *von Schultz*, Markenrecht, § 14, Rn. 30; nun auch: *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 61.

(2) Markenverletzung – Spezielle Voraussetzungen

Die allgemeinen Voraussetzungen stellen nur einen ersten Filter des Marken-kollisionsrechts dar⁵¹⁷, weil sie bewirken, dass nicht alle Benutzungen des Zeichens erfasst werden, sondern nur spezielle markenmäßige Benutzungen. Auf diese Weise wird der Kreis potenzieller Markenrechtsverletzungen festgelegt.⁵¹⁸

Darüber hinaus müssen für eine Markenverletzung auch deren spezielle Voraussetzungen erfüllt sein. Das bedeutet, dass einer der Kollisionstatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG erfüllt sein muss. Die Kollisionstatbestände sind im Einzelnen der Identitätsschutz der Marke (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), der Verwechslungsschutz der Marke (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) und der Bekanntheitsschutz der Marke (§ 14 Abs. 2 Nr. 3).

In Übereinstimmung mit der (*Modifizierten*) *Normentheorie* trägt der Markeninhaber die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der (rechtsbegründenden) Kollisionstatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1-3. Soweit dabei allerdings Rechtsfragen im Vordergrund des Kollisionstatbestands stehen, ist zu beachten, dass diese anders als Tatsachenfragen nicht dem Beweis zugänglich sind. Dies gilt nach der herrschenden Meinung im deutschen Recht vor allem für die Verwechslungsgefahr und deren einzelne Tatbestandsmerkmale, wie die Kennzeichnungskraft, die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen und die Zeichenähnlichkeit.⁵¹⁹

Da diese Rechtsfragen jedoch in vielfältiger Weise an tatsächliche Feststellungen, die dem Beweis zugänglich sind, anknüpfen⁵²⁰, bleibt es dem Markeninhaber unbenommen, diese tatsächlichen Umstände, wie z. B. Bekanntheitsgrad, Verkehrsgeltung und Sprachgebrauch⁵²¹, nach den allgemeinen Regeln zu beweisen⁵²². Danach trägt der Markeninhaber die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr.

⁵¹⁷ Fezer, Markenrecht, § 14, Rn. 53.

⁵¹⁸ Fezer, Markenrecht, § 14, Rn. 53.

⁵¹⁹ BGH, I ZR 231/06, GRUR 2009, S. 1055 (1059); I ZR 66/02, GRUR 2005, S. 61 (62); I ZR 223/97, GRUR 2000, S. 506 (509) - ATTACHÉ/TISSERAND; Ingerl/Robnke, Markengesetz, § 14, Rn. 407; Hacker, GRUR 2004, 537 (545); Starck, MarkenR 2000, S. 233 (234); Sosnitzka, Deutsche und Europäisches Markenrecht, § 8, Rn. 34; kritisch: Osterloh, FS Pieper, 595 ff.; Seibt, GRUR 2002, S. 465 (468).

⁵²⁰ BGH, I ZR 79/01, GRUR 2004, S. 514 (516) – Telekom.

⁵²¹ Ingerl/Robnke, Markengesetz, § 14, Rn. 407.

⁵²² Ackermann in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 546, Rn. 2; Ingerl/Robnke, Markengesetz, § 14, Rn. 407; BGH, I ZR 231/06, GRUR 2009, S. 1055 (1059).

(3) Markenverletzung – Weitere Voraussetzungen

Zu den allgemeinen und speziellen Voraussetzungen der Markenrechtsverletzung treten je nach dem Begehren des Klägers die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs gem. § 14 Abs. 5 MarkenG bzw. des Schadensersatzanspruchs gem. § 14 Abs. 6 MarkenG hinzu.

Ein Unterlassungsanspruch gem. § 14 Abs. 5 MarkenG setzt das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr der Markenrechtsverletzung voraus. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG setzt Verschulden für die Markenrechtsverletzung voraus.

Diese Merkmale haben jeweils rechtsbegründende Wirkung und ihre tatsächlichen Voraussetzungen sind daher nach den allgemeinen Regeln vom Markenrechtsinhaber zu beweisen.

b.) Beweislastverteilung durch die Markenrichtlinie

In einem weiteren Schritt soll nun festgestellt werden, ob die nationale Beweislastverteilung für die Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung mit den Vorgaben der MRL übereinstimmen oder ob sich das nationale Markenrecht in gewissen Bereichen ändern muss.

Wie gerade dargestellt werden konnte trägt im deutschen Markenrecht der Markeninhaber grundsätzlich die Beweislast für die Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung nach § 14 MarkenG. Eine Ausnahme stellt lediglich das Merkmal „ohne Zustimmung“ dar, das durch den Markenbenutzer zu beweisen ist.

Dem entspricht auch grundsätzlich die Rechtsprechung des EuGH zur Beweislastverteilung durch die MRL.⁵²³ In den Entscheidungen *Zino Davidoff und Levi Straus*⁵²⁴, *Class International/Colgate Palmolive*⁵²⁵ und *Montex - Diesel*⁵²⁶ kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass der Markeninhaber die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung trägt.

Fraglich ist aber, was nach der Rechtsprechung des EuGH für das Merkmal „ohne Zustimmung“ gilt. Wenn die Beweislast für dieses Merkmal bei dem Markeninhaber liegt, so müsste die Beweislast im deutschen Markenrecht an dieser Stelle dahingehend angepasst werden. Wenn die Beweislast für dieses Merkmal hingegen beim Markenbenutzer liegt, so stimmt die Beweislast im deutschen Markenrecht auch in diesem Punkt mit den Vorgaben der MRL überein.

⁵²³ Entsprechendes gilt nach den Ausführungen unter D. III. 2. c.) (6) auch für Art. 10 Richtlinie (EU) 2015/2436.

⁵²⁴ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Straus.

⁵²⁵ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive.

⁵²⁶ *EuGH*, RS. 281/05, Rn. 26 – Montex - Diesel.

In der Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislastverteilung bei Art. 5 Abs. 1 MRL finden sich keine expliziten Ausführungen zu dem Merkmal „ohne Zustimmung“. In der *EuGH*-Entscheidung in der Sache *Van Doren*⁵²⁷ hätte sich für den *EuGH* die Gelegenheit geboten, zur Beweislast bzgl. dieses Merkmals Stellung zu nehmen. Allerdings markiert diese Entscheidung einen sehr frühen Punkt in der Entscheidungshistorie des *EuGH* zur Frage der Beweislastverteilung durch die MRL, sodass an dieser Stelle keine derart spezielle Rechtsprechung erwartet werden konnte, zumal die Vorlagefrage solche Ausführungen nicht zwingend vorausgesetzt hat.

Es ist daher von dem durch den *EuGH* in den Entscheidungen *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁵²⁸, *Class International/Colgate Palmolive*⁵²⁹ und *Montex - Diesel*⁵³⁰ aufgestellten Grundsatz auszugehen, dass Art. 5 MRL einen Grundsatz bildet, dessen tatsächliche Voraussetzungen durch den Markeninhaber zu beweisen sind. Die Beweislast für diesen Grundsatz trägt der Markeninhaber. Gründe für eine abweichende Regelung in Bezug auf das Merkmal „ohne Zustimmung“ sind nicht ersichtlich.

Vielmehr ist die Beweislastverteilung des deutschen Markenrechts als eine nationale Besonderheit zu verstehen. Der Grund dafür, dass der Markenbenutzer die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“ trägt liegt im deliktsrechtlichen Charakter von § 14 MarkenG.⁵³¹ Das deutsche Deliktsschema geht davon aus, dass eine deliktische Handlung auch rechtswidrig ist, solange keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Folge ist, dass der Markeninhaber die Voraussetzungen der deliktischen Markenrechtsverletzung beweisen muss, darüber hinaus aber nicht die Rechtswidrigkeit der selbigen Handlung beweisen muss. Dieser Beweis obliegt als Rechtfertigungsgrund dem Markenbenutzer.

Da dieser Gedanke in der Rechtsprechung des *EuGH* jedoch keine Berücksichtigung findet, trägt der Markenbenutzer nach der Auslegung von Art. 5 MRL auch die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“.

Das deutsche Markenrecht ist daher richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass der Markeninhaber die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. § 14 Abs. 2 MarkenG trägt.

4. Erschöpfung der Rechte aus der Marke (§ 24 MarkenG)

§ 24 regelt den Grundsatz der EU- und EWR-weiten Erschöpfung im Kennzeichenrecht. Gegenstand dieser Erschöpfung sind sowohl Marken i. S. d. § 4 Nr. 1-3 MarkenG als auch geschäftliche Bezeichnungen i. S. d. § 5 Mar-

⁵²⁷ *EuGH*, RS. 244/00 = GRUR 2003, S. 512 ff. – Van Doren.

⁵²⁸ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁵²⁹ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive.

⁵³⁰ *EuGH*, RS. 281/05, Rn. 26 – Montex - Diesel.

⁵³¹ *BGH*, Beschluss I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

kenG⁵³², wobei im Folgenden nur von der Erschöpfung des Rechts aus der Marke die Rede sein soll.

§ 24 MarkenG – Erschöpfung

- (1) *Der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung hat nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, die Marke oder die geschäftliche Bezeichnung für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke oder dieser geschäftlichen Bezeichnung von ihm oder mit seiner Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.*
- (2) **Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn sich der Inhaber der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung der Benutzung der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.**

a.) Beweislastverteilung nach nationalem Recht

§ 24 Abs. 1 MarkenG stellt eine Einwendung dar, indem sie die Erschöpfung der Rechte aus der Marke regelt.⁵³³ Die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 MarkenG trägt der Markeninhaber.⁵³⁴ Er muss daher nachweisen, dass die Waren *im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind* und dass dies *durch den Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung* geschehen ist.

Die Erschöpfungsregel hat in der Praxis eine besonders große Relevanz bei sogenannten Parallelimporten von Markenwaren. Damit werden Fälle bezeichnet, in denen die Waren eines Markeninhabers durch ein anderes Unternehmen ohne Zustimmung des Markeninhabers ex- bzw. importiert und dann verkauft werden.

⁵³² Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 24, Rn. 1; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 24, Rn. 1.

⁵³³ BGH, I ZR 193/97 – GRUR 2004, S. 156 (157) – Van Doren II.

⁵³⁴ BGH, I ZR 193/97 – GRUR 2004, S. 156 (157) – Van Doren II; I ZR 26/10 = GRUR 2011, S. 820 (823) – Kuchenbesteck-Set; I ZR 52/10 = GRUR 2012, S. 626 (628) – Converse I; OLG Düsseldorf, I-20 U 157/10 = GRUR 2011, S. 323 ff.; I-20 U 193/11 = GRUR-RR 2013, S. 156; KG, 5 U 152/08, GRUR-RR 2011, S. 263 (264); Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 24, Rn. 88, 90; Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 24, Rn. 119; Hacker, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 24, Rn. 37 f.

Typischerweise besteht dabei folgende Konstellation: Trotz des Grundsatzes der Erschöpfung versucht der Hersteller einer Ware weitestgehend Kontrolle über die Waren und deren Marktpreise zu behalten. Zu diesem Zweck bringt er die Ware nur innerhalb eines nach unterschiedlichen Kriterien errichteten Vertriebssystems, das die Ware über vertraglich gebundene Händler bis an den Kunden trägt, im EWR auf den Markt. Durch diese Vorgehensweise kann der Hersteller zumindest grundsätzlich kontrollieren, zu welchen Preisen und in welchen europäischen Ländern seine Waren auf den Markt gelangen. Für einen außenstehenden Dritten bleibt dann im Prinzip nur noch die Möglichkeit, die Ware zu dem gleichen Preis wie ein Endabnehmer zu kaufen. Dies ändert sich jedoch dann, wenn es dem Dritten gelingt, die entsprechenden Waren von einem Großhändler zu kaufen, der diese entgegen seiner vertraglichen Verpflichtungen mit dem Markeninhaber auch an Außenstehende verkauft. Es kommt dann zu der vom Markeninhaber nicht gewollten Situation, dass seine Waren dem Endverbraucher zu anderen Konditionen als innerhalb seines Vertriebssystems angeboten werden.

Der Markeninhaber kann sich in einer solchen Situation regelmäßig nicht mehr auf eine Verletzung der Marke berufen, da die Waren in der beschriebenen Konstellation über den Großhändler, der die Zustimmung des Markeninhabers hat, in den Verkehr gebracht wurden.

Das Interesse des Markeninhabers im Prozess ist es vielmehr, den Markenbenutzer dazu zu zwingen, seine Bezugsquelle offen zu legen, um gegen den vertragsbrüchigen Großhändler vorgehen zu können. Zu diesem Zweck kann der Markeninhaber einen Markenverletzungsprozess gegen den Markenbenutzer anstrengen. Berufte sich der Markenbenutzer in diesem Prozess auf den Tatbestand der Erschöpfung, so muss er den Beweis für das Inverkehrbringen der Ware mit der Zustimmung des Markeninhabers erbringen, was die Aufdeckung des vertragsbrüchigen Großhändlers beinhaltet.

Vor diesem Hintergrund hat der *BGH* in der Sache *Van Doren*⁵³⁵ nach vorheriger Vorlage⁵³⁶ an den *EuGH* entschieden, dass dem Markeninhaber die Beweislast für das Nichtvorliegen der Erschöpfung obliegt, wenn er ein ausschließliches Vertriebssystem betreibt, in dem es in jedem EWR-Staat nur einen Alleinvertriebsberechtigten gibt und dieser verpflichtet ist, die Waren nicht an Zwischenhändler außerhalb seines Vertragsgebietes weiterzukaufen.⁵³⁷

⁵³⁵ *BGH*, I ZR 193/97 = GRUR 2004, S. 156 ff. – Van Doren II.

⁵³⁶ *BGH*, I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 ff. – Van Doren.

⁵³⁷ *BGH*, I ZR 193/97 – GRUR 2004, S. 156 – Van Doren II; selbiges kann im Grundsatz auch bei einem selektiven Vertriebssystem gelten, so: *BGH*, I ZR 52/10 = GRUR Int. 2012, 661 (664) – Converse I; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 24, Rn. 42.

(1) Beweislastqualität satzbaumäßig ausgedrückter rechtshindernder Normen

Wie sich aus § 24 Abs. 2 MarkenG jedoch ergibt, findet die Regelung des § 24 Abs. 1 MarkenG „keine Anwendung, wenn sich der Inhaber der Marke [...] der Benutzung der Marke [...] im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzt [...].“

Diese satzbaumäßige Formulierung könnte eine Sonderregel der Beweislast indizieren, sodass der Markeninhaber in Abweichung von der Grundregel die tatsächlichen Voraussetzungen dafür zu beweisen hat, dass die Wirkung der Erschöpfung ausnahmsweise nicht eintritt.⁵³⁸

Durch die Anwendbarkeit der (*Modifizierten*) *Normentheorie* im MarkenG ist allerdings noch keine Aussage über die Frage getroffen, ob den Ausnahmeformulierungen i. R. d. Markengesetzes zwingend beweislastmäßige Bedeutung zukommen soll (*Satzbaulehre*).⁵³⁹ Die sprachliche Gestaltung einer Norm ist nämlich nur dann Ausdruck einer Sonderregel der Beweislast, wenn der Gesetzgeber dies bezweckt hat.⁵⁴⁰

Für das Vorliegen einer Beweislastsonderregel spricht, dass solche Satzbaukonstruktionen im deutschen Zivilrecht traditionell als Sonderregeln der Beweislast angesehen werden. Ein starkes Argument für diese Ansicht ist der Umstand, dass es materiell-rechtlich keinen Unterschied macht, ob der Gesetzestext „positiv“ formuliert („... und der Markeninhaber sich dem weiteren Vertrieb nicht aus berechtigten Gründen widersetzen kann“) oder „negativ“ formuliert ist („... dies gilt nicht, wenn sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb aus berechtigten Gründen widersetzen kann“). In beiden Fällen führt die Subsumtion des Sachverhalts materiell-rechtlich zum gleichen Ergebnis. Vor diesem Hintergrund kann der Sinn einer solchen Formulierung aus Sicht des deutschen Zivilrechts nur in der Begründung einer Sonderregel der Beweislast liegen.⁵⁴¹

(2) Keine Beweislastqualität satzbaumäßig ausgedrückter rechtshindernder Normen

Einer solchen Betrachtung müssen aber die besonderen Umstände des MarkenG entgegengehalten werden.

In den ausführlichen Gesetzesvorarbeiten zum MarkenG findet der Gedanke, dass es sich bei diesen Formulierungen um Indikatoren für eine Beweislastsonderregel handeln soll, keinen Niederschlag. Während der Etablie-

⁵³⁸ Vergleiche hierzu das unter C. I. 1. d.) angeführte Beispiel aus dem Markenrecht.

⁵³⁹ *Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 83.

⁵⁴⁰ *Prütting* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, S. 145; *Leipold*, in: Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 83 f.

⁵⁴¹ Siehe hierzu bereits unter C. I. 1. d.).

rung satzbaumäßiger Beweislastregelungen im Zusammenhang mit anderen zivilrechtlichen Normen, wie z. B. dem § 932 Abs. 1 S.1 des BGB, eine intensive Diskussion über die politisch gewollte Risikoverteilung vorausging⁵⁴², finden sich keine solche Ausführungen in den Vorarbeiten zum MarkenG.

Dieser Umstand ist verwunderlich, handelt es sich doch wie im Fall des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Kernfrage der gesetzlichen Risikoverteilung, deren Beantwortung entweder den Markeninhaber oder den Markenbenutzer belastet.

Eine mögliche Erklärung für diesen Umstand bietet der europarechtliche Hintergrund des § 24 MarkenG. Im Gegensatz zu rein nationalen Normen stellt § 24 Abs. 2 MarkenG eine Umsetzung europäischer Vorgaben, genauer gesagt des Art. 7 Abs. 2 MRL, dar. Betrachtet man diesen Artikel, so stellt man fest, dass die besagte Ausnahmeformulierung („... es sei denn, dass“) bereits im Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 MRL enthalten ist.

Art. 7 Abs. 2 MRL – Erschöpfung des Rechts aus der Marke

- (1) [...]
- (2) **Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechnigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist.**

Es spricht insofern vieles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Formulierung des § 24 Abs. 2 MarkenG keine sprachlich feinfühligere Beweislastsonderregel schaffen wollte, sondern sich bei der Umsetzung der MRL im deutschen Recht lediglich eng an deren Wortlaut orientiert hat.

b.) Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie

Auch im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Erschöpfung, § 24 MarkenG, soll festgestellt werden, ob die nationale Beweislastverteilung mit den Vorgaben der MRL übereinstimmen oder ob das nationale Markenrecht angepasst werden muss.

Wie soeben dargestellt wurde trägt im deutschen Markenrecht grundsätzlich der Markenbenutzer die Beweislast für die in § 24 MarkenG normierte Erschöpfung der Rechte aus der Marke. Eine Ausnahme von dieser Beweislastverteilung kommt für § 24 Abs. 2 MarkenG in Betracht. § 24 Abs. 2 MarkenG regelt eine Ausnahme vom (Grund-) Tatbestand der Erschöpfung. Die-

⁵⁴² *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 152 (165).

se Ausnahme wird durch die Formulierung⁵⁴³ „Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn...“ eingeleitet. In einer solchen Formulierung ist nach der *Satzbaulehre*⁵⁴⁴ regelmäßig eine Sonderregel der Beweislast zu sehen. Wie zuvor jedoch dargestellt wurde ist diese Auslegung des MarkenG nicht zwingend.⁵⁴⁵ Es sprechen auch gute Gründe dafür in dieser Formulierung keine Sonderregel der Beweislast zu sehen. Die Norm kann daher auf verschiedene Weise ausgelegt werden. Es kommt daher maßgeblich darauf an, welche Vorgaben die MRL in dieser Sache macht. Entsprechend der Vorgaben der MRL ist das nationale Markenrecht dann gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegen.

Der *EuGH* geht in seiner Rechtsprechung ebenfalls davon aus, dass der Markenbenutzer zumindest die Voraussetzungen des Grundtatbestands der Erschöpfung i. S. d. Art. 7 Abs. 1 MRL zu beweisen hat.⁵⁴⁶

Wie der *EuGH* in der Entscheidung *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁵⁴⁷ bereits zum Ausdruck gebracht hat, steht Art. 7 Abs. 1 MRL in einem Ausnahmeverhältnis zu Art. 5 MRL. Während der Markeninhaber die Beweislast für den Grundsatz, also die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 5 MRL, trägt, kommt es dem Markenbenutzer zu, die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 MRL zu beweisen.⁵⁴⁸

Eine Modifikation dieser Beweislastregel kann allerdings zum Schutz des freien Warenverkehrs i. S. d. Art. 34 ff. AEUV erforderlich sein, insbesondere in Fällen der drohenden Abschottung nationaler Märkte.⁵⁴⁹

Fraglich ist aber, was nach der Rechtsprechung des *EuGH* für die Beweislastverteilung bei Art. 7 Abs. 2 MRL gilt.

Zur Beweislastverteilung bei Art. 7 Abs. 2 MRL hat sich der *EuGH* in der Entscheidung *Boehringer Ingelheim II*⁵⁵⁰ geäußert.

In dieser Entscheidung stellt der *EuGH* klar, dass die Zuständigkeit des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten für die Beweislastverteilung bei Art. 7 Abs. 2 MRL ggf. zu einem unterschiedlichen Schutz in den einzelnen Mitgliedstaaten führen könnte. Daher sei eine einheitliche Regelung durch die MRL notwendig. In Bezug auf Art. 7 Abs. 2 MRL sei daher geboten, dass der Mar-

⁵⁴³ Siehe: E. I. 4. a.) (1).

⁵⁴⁴ Siehe: C. I. 1. d.).

⁵⁴⁵ Siehe: E. I. 4. a.) (2).

⁵⁴⁶ Entsprechendes gilt nach den Ausführungen unter D. III. 2. c.) (6) auch für Art. 15 der Richtlinie (EU) 2015/2436.

⁵⁴⁷ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁵⁴⁸ *EuGH*, RS. 244/00, Rn. 35 ff. = GRUR 2003, S. 512 (514) – Van Doren; RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁵⁴⁹ *EuGH*, RS. 244/00, Rn. 37 f. = GRUR 2003, S. 512 (514) – Van Doren.

⁵⁵⁰ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – Boehringer Ingelheim II.

kenbenutzer (regelmäßig ein Parallelimporteur) zu beweisen hat, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL nicht vorliegen.⁵⁵¹

Das deutsche Markenrecht ist daher richtlinienkonform dahingehend ausulegen, dass der Markenbenutzer nicht nur die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 MarkenG sondern auch die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 MarkenG beweisen muss. Für eine Auslegung des MarkenG, die der satzbaumäßigen Formulierung in § 24 Abs. 2 MarkenG Beweislastqualität beimessen will, ist insofern kein Platz.

5. Verwirkung der Rechte aus der Marke (§ 21 MarkenG)

§ 21 Abs. 1 MarkenG regelt die Verwirkung von kennzeichenrechtlichen Ansprüchen des Inhabers einer Marke und setzt so Art. 9 Abs. 1 MRL um. § 21 Abs. 2 - 4 MarkenG enthalten Regeln über die geschäftliche Bezeichnung, die Koexistenz von Rechten sowie die Verwirkung nach den allgemeinen Grundsätzen und sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

§ 21 MarkenG – Verwirkung von Ansprüchen

- (1) *Der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung hat nicht das Recht, die Benutzung einer eingetragenen Marke mit jüngerem Zeitrang für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, zu untersagen, soweit er die Benutzung der Marke während eines Zeitraums von fünf aufeinanderfolgenden Jahren in Kenntnis dieser Benutzung geduldet hat, **es sei denn, daß** die Anmeldung der Marke mit jüngerem Zeitrang bösgläubig vorgenommen worden ist.*
- (2) [...]
- (3) [...]
- (4) [...]

a.) Beweislastverteilung nach nationalem Recht

Nach der (*Modifizierten*) *Normentheorie* gilt, dass jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sich günstigen Normen zu beweisen hat.

§ 21 Abs. 1 MarkenG bewirkt, dass der Inhaber einer Marke in bestimmten Konstellationen seine Rechte aus den §§ 14–19 c MarkenG nicht geltend machen kann⁵⁵². Damit steht § 21 Abs. 1 MarkenG in einem Ausnahmeverhältnis zu den besagten Ansprüchen, was sich auch schon aus der Verortung des § 21

⁵⁵¹ EuGH, RS. 348/04, Rn. 51 f. = GRUR 2007, S. 586 (591) – Boehringer Ingelheim II; entsprechend auch: *GA Sharpston*, EuGH, RS. 348/04, Rn. 82 f.; EuGH, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 49.

⁵⁵² *Ingerl/Rohrke*, Markengesetz, § 21, Rn. 6.

MarkenG im 4. Abschnitts des MarkenG („Schranken des Schutzes“) ergibt, und ist für den Markenbenutzer günstig.⁵⁵³

Es handelt sich um eine Einwendung, für deren tatsächlichen Voraussetzungen der Markenbenutzer aber die Beweislast trägt.⁵⁵⁴ Insofern muss der Markenbenutzer beweisen, dass er Inhaber einer prioritätsjüngeren Marke ist, er die Marke für eingetragene Waren oder Dienstleistungen benutzt hat, diese Benutzung während eines Zeitraums von fünf aufeinander folgenden Jahren erfolgte, der Inhaber der prioritätsälteren Marke Kenntnis von der Benutzung hatte und die Benutzung trotzdem geduldet hat.

(1) Beweislastqualität satzbaumäßig ausgedrückter rechtshindernder Normen

§ 21 Abs. 1 MarkenG enthält wie auch § 24 MarkenG eine satzbaumäßige Formulierung, die eine Sonderregel der Beweislast indizieren könnte. § 21 Abs.1 a.E. MarkenG normiert nämlich, dass die Verwirkung eintritt, „*es sei denn, dass* die Anmeldung der Marke mit jüngerem Zeitrang bösgläubig vorgenommen worden ist“.

Es stellt sich, wie schon bei § 24 Abs. 2 MarkenG, die Frage, ob dieser Formulierung Beweislastqualität zukommt, sodass der Markeninhaber in Abweichung von der Grundregel zu beweisen hat, dass die Anmeldung der Marke mit jüngerem Zeitrang bösgläubig vorgenommen wurde.⁵⁵⁵

Im deutschen Zivilrecht kommt der satzbaumäßigen Formulierung „es sei denn, dass“ traditionell die Bedeutung einer Beweislastsonderregel zu. So bezweckt der Gesetzgeber laut den Gesetzesvorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch etwa beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gem. § 932 Abs. 1 BGB mit der Formulierung „es sei denn, dass [der Erwerber] zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde[bösgläubig] ist“ eine Abweichung von der Grundregel der *Normentheorie* zu Lasten des Eigentümers.⁵⁵⁶

(2) Keine Beweislastqualität satzbaumäßig ausgedrückter rechtshindernder Normen

Gleiches kann aber nur dann für § 21 Abs. 1 a.E. MarkenG gelten, wenn der Gesetzgeber auch hier eine Abweichung von der Sonderregel bezweckt hat.

⁵⁵³ BGH, I ZR 192/97 = GRUR 2000, S. 879 (880) – Van Doren.

⁵⁵⁴ BGH, Ib ZR 101/63 = GRUR 1966, S. 623 (625); Ingerl/Robnke, Markengesetz, § 21, Rn. 6.

⁵⁵⁵ Vergleiche hierzu das unter C. I. 1. d.) angeführte Beispiel aus dem Markenrecht.

⁵⁵⁶ BGH, VIII ZR 235/80, NJW 1982, S. 38 (39); Schubert, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 165; Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 932, Rn. 15; Oechseler, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 932, Rn. 66.

Wie auch bei § 24 Abs. 2 MarkenG⁵⁵⁷ lassen sich einer solchen Interpretation gute Argumente entgegensetzen. Zum einen finden sich keine Hinweise in den Gesetzesvorarbeiten, die einen solchen Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen. Zum anderen wurde der Wortlaut des § 21 Abs. 1 MarkenG fast identisch von Art. 9 Abs. 1 MRL übernommen, sodass die satzbaumäßige Formulierung eher Ausdruck einer technischen Übernahme bzw. Übersetzung der MRL ist, als dass sie Ausdruck einer bewusst geschaffenen feinfühligten Beweislastregelung ist.

Art. 9 Abs.1 MRL – Verwirkung durch Duldung

- (1) *Hat in einem Mitgliedstaat der Inhaber einer älteren Marke im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 die Benutzung einer jüngeren eingetragenen Marke in diesem Mitgliedstaat während eines Zeitraums von fünf aufeinander folgenden Jahren in Kenntnis dieser Benutzung geduldet, so kann er für die Waren oder Dienstleistungen, für die die jüngere Marke benutzt worden ist, aufgrund der älteren Marke weder die Ungültigerklärung der jüngeren Marke verlangen noch sich ihrer Benutzung widersetzen, **es sei denn, dass** die Anmeldung der jüngeren Marke bösgläubig vorgenommen worden ist.*
- (2) [...]
- (3) [...]

Es müssen daher auch bei dieser Norm erhebliche Zweifel an der Beweislastqualität der satzbaumäßigen Formulierung bestehen.

b.) Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie

Im nächsten Schritt soll nun festgestellt werden, ob die nationale Beweislastverteilung für die Voraussetzungen der Verwirkung i. S. d. § 21 Abs. 1 MarkenG mit den Vorgaben der MRL übereinstimmen oder ob sich das nationale Markenrecht ändern muss.

Wie soeben dargestellt wurde, trägt der Markenbenutzer grundsätzlich die Beweislast für die Voraussetzungen der Verwirkung nach § 21 Abs. 1 MarkenG. In Parallele zu § 24 Abs. 2 MarkenG stellt sich aber auch i. Z. m. § 21 MarkenG die Frage, ob der Tatbestand eine Sonderregel der Beweislast i. S. d. Satzbaulehre enthält. Eine solche Sonderregel könnte in der Formulierung „*es sei denn, dass...*“ zu sehen sein. Aber auch hier ist eine solche Auslegung des deutschen Markenrechts nicht zwingend.⁵⁵⁸ Wie zuvor gezeigt werden konnte, sprechen gute Argumente dafür, dieser Formulierung keine Beweislastqualität

⁵⁵⁷ Siehe: E. I. 4. a.) (2).

⁵⁵⁸ Siehe: E. I. 5. a.) (2); siehe zu § 24 Abs. 2 MarkenG: E. I. 4. a.) (2).

beizumessen.⁵⁵⁹ Es kommt daher auch bei § 21 Abs. 1 MarkenG maßgeblich darauf an, welche Vorgaben die MRL in dieser Sache macht. Entsprechend der Vorgaben der MRL ist das nationale Markenrecht dann richtlinienkonform auszulegen.

Bei den zuvor betrachteten Normen (Art. 5 [Rechte aus der Marke] und Art. 7 MRL [Erschöpfung des Rechts aus der Marke]) konnte für die Frage der Beweislastverteilung auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden. Dies Möglichkeit bietet sich bei Art. 9 Abs. 1 MRL nicht. Diese Norm wird nämlich nicht von der punktuellen Rechtsprechung des EuGH erfasst.

Fraglich ist daher, ob und wie die Beweislastverteilung bei Art. 9 Abs. 1 MarkenG trotzdem bestimmt werden kann. Nach dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösungsansatz⁵⁶⁰ lassen sich der Rechtsprechung des EuGH abstrakte Kriterien entnehmen, die eine Bestimmung der Beweislastverteilung auch in diesem Fall erlauben. Diese Kriterien wurden zu folgender für die MRL geltenden Formel⁵⁶¹, die der Grundregel der (Modifizierten) Normentheorie entspricht, zugespitzt: *Jede Partei trägt die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der für die günstigen Norm.*

Art. 9 Abs. 1 MRL regelt, unter welchen Voraussetzungen die Duldung der Benutzung einer Marke durch Dritte zu einer Verwirkung der Rechte an dieser Marke führt. Damit ist Art. 9 Abs. 1 MRL regelmäßig für den Markenbenutzer günstig und auch von diesem zu beweisen.⁵⁶²

Dem entspricht auch grundsätzlich die Beweislastverteilung in § 21 Abs. 1 MarkenG.

Eine andere Beweislastverteilung ergibt sich auch nicht aus der Ausnahmeformulierung in Art. 9 Abs. 1 a.E. MRL. Wie sich nämlich der Entscheidung *Boehringer Ingelheim II*⁵⁶³ entnehmen lässt, geht der *EuGH* in seiner Rechtsprechung zur MRL davon aus, dass grammatikalische Ausnahmeformulierungen, wie „es sei denn, dass ...“ keine Beweislastsonderregel indizieren sollen.⁵⁶⁴ Das Tatbestandsmerkmal „Bösgläubigkeit“ ist daher als Bestandteil des Art. 9 Abs. 1 MRL in seiner systematischen Funktion einer Ausnahmenorm zu verstehen, für deren sämtliche tatsächliche Voraussetzungen der Markenbenutzer die Beweislast trägt.

Das deutsche Markenrecht ist daher insoweit richtlinienkonform auszulegen, als dass der Markenbenutzer nicht nur die Beweislast für den Grundtatbe-

⁵⁵⁹ Siehe: E. I. 5. a.) (2).

⁵⁶⁰ Siehe: D. III. 2. c.) (2) (a).

⁵⁶¹ Siehe: D. III. 2. c.) (5).

⁵⁶² Entsprechendes gilt nach den Ausführungen unter D. III. 2. c.) (6) auch für Art. 9 der Richtlinie (EU) 2015/2436.

⁵⁶³ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 ff. – *Boehringer Ingelheim II*.

⁵⁶⁴ *EuGH*, RS. 348/04, Rn. 51 f. = GRUR 2007, S. 586 (591) – *Boehringer Ingelheim II*; entsprechend auch: *G.A. Sharpston*, *EuGH*, RS. 348/04, Rn. 82 f.; *EuGH*, RS. 427/93 – *Bristol-Myers Squibb*, Rn. 49; siehe auch: E. I. 4. b.).

stand des § 21 Abs. 1 MarkenG trägt, sonder auch für die Voraussetzungen der Ausnahme aus § 21 Abs. 1 a.E. MarkenG. Eine Auslegung, die in der Formulierung „es sei denn, dass...“ in § 21 Abs. 1 a.E. MarkenG eine Beweislastsonderregel sieht muss daher ausscheiden.

6. Zusammenfassung

Im deutschen Markenrecht trägt der Markeninhaber regelmäßig die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung i. S. d. § 14 MarkenG sowie für die weiteren Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs nach § 14 Abs. 5 MarkenG und des Schadensersatzanspruchs gem. § 14 Abs. 6 MarkenG. Diese Verteilung der Beweislast entspricht auch den Vorgaben der MRL, wie sich anhand der Rechtsprechung des *EuGH* gezeigt hat.

Lediglich in Bezug auf das Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. § 14 Abs. 2 MarkenG hat die Betrachtung ergeben, dass ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der nationalen Beweislastverteilung und der Regelung der Beweislast durch die Richtlinie besteht. Während man im MarkenG unter Verweis auf das Deliktsschema zu dem Ergebnis kommt, dass der Markenbenutzer das Vorliegen einer Zustimmung zu beweisen hat, kennt die MRL eine solche Besonderheit nicht sondern sieht das Merkmal „ohne Zustimmung“ als eine weitere vom Markeninhaber zu beweisende Voraussetzung an.

Die Vorgaben des Art. 5 MRL verlangen es daher, das deutsche Recht dahingehend auszulegen, dass der Markeninhaber die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. § 14 Abs. 2 trägt.

Für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung nach § 24 Abs. 1 MarkenG trägt der Markenbenutzer die Beweislast. Diese Beweislastverteilung entspricht der Beweislastverteilung durch die MRL. Eine Besonderheit ergibt sich allerdings im Zusammenhang mit der satzbaumäßigen Formulierung in § 24 Abs. 2 MarkenG. Diese lässt nach dem nationalen Recht verschiedene Interpretationen zu. Zum einen stellt eine solche Ausnahmeformulierung nach den Grundsätzen der (Modifizierten) Normentheorie regelmäßig eine Beweislastsonderregel dar. Zum anderen kann anhand der Gesetzesvorarbeiten sowie der Ähnlichkeiten im Wortlaut von § 24 Abs. 2 MarkenG und Art. 7 Abs. 2 MRL argumentiert werden, dass die Formulierung „Dies gilt nicht, wenn [...]“ ausnahmsweise keine Beweislastsonderregel i. S. d. *Satzbaulehre* indiziert. Entscheidend ist aber, dass nach der Auslegung von Art. 7 Abs. 2 MRL davon auszugehen ist, dass diese Formulierung keine Beweislastsonderregel darstellt. Deswegen ist § 24 Abs. 2 MarkenG entsprechend richtlinienkonform auszulegen.

Die tatsächlichen Voraussetzungen der Verwirkung gem. § 21 Abs. 1 MarkenG hat ebenfalls der Markenbenutzer zu beweisen. Zwar erfasst die Rechtsprechung des *EuGH* die Beweislastverteilung bei Art. 9 Abs. 1 MRL nicht

explizit, doch haben die Ausführungen gezeigt, dass sich die Rechtsprechung zur Beweislastverteilung nach „System und Struktur“ der MRL auch auf andere Normen der Richtlinie übertragen lässt. Eine solche Übertragung hat gezeigt, dass die Beweislast für die Verwirkung gem. Art. 9 Abs. 1 MRL ebenfalls beim Markenbenutzer liegt.

Bzgl. des Merkmals der „Bösgläubigkeit“ in § 21 Abs. 1 MarkenG stellt sich einmal mehr die Frage, ob in der satzbaumäßigen Formulierung eine Beweislastsonderregel zu sehen ist. Auch hier sind mehrere Interpretationen von § 21 Abs. 1 MarkenG möglich. Entscheidend ist schlussendlich, dass nach Art. 9 Abs. 1 MRL in dieser Formulierung keine Beweislastsonderregel zu sehen ist, sodass § 21 Abs. 1 MarkenG entsprechend richtlinienkonform auszulegen ist.

II. Das norwegische varemerkelov

Im norwegischen Recht wird das Markenrecht durch das *Lov om beskyttelse av varemerker*⁵⁶⁵ (*varemerkelov* – vml.) geregelt. Dieses Gesetz setzt die Vorgaben der MRL in nationales Recht um.⁵⁶⁶ Geltung hat die MRL für Norwegen durch die Übernahme der Richtlinie in das EWR-Abkommen gem. Anhang XVII–9 g des EWR-Abkommens.

Die folgenden Darstellungen zur Beweislastverteilung beziehen sich auf die §§ 4 (*varemerkerettens innhold*⁵⁶⁷), 6 (*konsumpsjon av varemerkeretten*⁵⁶⁸) und 8 (*virknin- ger av passivitet*⁵⁶⁹) vml., welche Art. 5, 7 und 9 MRL entsprechen.

1. Aussagen zur Beweislast in den Gesetzesvorarbeiten

Im Gegensatz zum MarkenG wurde die Frage der Beweislastverteilung beim vml. bereits in den Vorarbeiten berücksichtigt. Die zentralen Dokumente dieser Vorarbeiten sind *Norges offentlige utredninger 2001:08*⁵⁷⁰ und die *odelstingproposisjon nr. 98 (2008-2009)*.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ Lov om beskyttelse av varemerker, vom 26.3.2010.

⁵⁶⁶ Lassen/Stemik, Kjennetegnrett, S. 30.

⁵⁶⁷ Norwegisch: Varemerkerettens innhold = deutsch: Inhalt des Markenrechts.

⁵⁶⁸ Norwegisch: Konsumpsjon av varemerkeretten = deutsch: Erschöpfung des Markenrechts.

⁵⁶⁹ Norwegisch: Virknin- ger av passivitet = deutsch: Wirkung von Passivität.

⁵⁷⁰ NOU 2001: 08, S. 62 f. „Norges offentlige utredninger“ heißt übersetzt „Norwegens öffentliche Erklärungen“. Diese Erklärungen, die regelmäßig einen zentralen Bestandteil der norwegischen Gesetzesvorarbeiten ausmachen, werden durch eine von der Regierung eingesetzte Arbeitsgruppe oder ein spezielles Gremium veröffentlicht. Bei der Rechtsfindung kommt diesen Erklärungen Bedeutung als Rechtsmittlungsquelle zu.

⁵⁷¹ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven). Bei der Odelstingsproposisjon handelt es sich um die Bezeichnung für Gesetzesvorschläge der norwegischen Regierung an das Odelsting (eine der ehemals zwei Kammern des Norwegischen Parlaments).

In den *Norges offentlige utredninger 2001:08* erörtert das mit den Vorarbeiten betraute Gremium die Frage der Beweislastverteilung im Zusammenhang mit der Entscheidung eines Gerichts aus Oslo.^{572 573}

In dieser Entscheidung hatte das entsprechende Gericht zu entscheiden, welche Partei die Beweislast für die Erschöpfung der Rechte aus der Marke trägt. Das Gericht wies darauf hin, dass der *EuGH* zu der Frage, wie die Beweislast für die Erschöpfung verteilt ist, noch keine Stellung bezogen hat⁵⁷⁴. Es handle sich daher um eine offene Frage, die durch den *EuGH* beantwortet werden muss.⁵⁷⁵ Damit ordnet das Osloer Gericht die Frage der Beweislastverteilung dem Regelungsgehalt der MRL zu, was der dargestellten Ansicht des *EuGH* und Teilen der deutschsprachigen Literatur entspricht.⁵⁷⁶

Diese Entscheidung nahm das eingesetzte Gremium zum Anlass, eine klare Stellung in diesem Punkt zu beziehen.⁵⁷⁷ Unter Hinweis auf die Anmerkungen des Generalanwalts *Jacobs* in der Sache *Bristol – Myers Squibb*⁵⁷⁸ wird angeführt, dass die MRL weder explizit noch implizit Vorgaben zur Verteilung der Beweislast macht. Die Frage der Beweislastverteilung sei eine Frage des Prozessrechts und fielen daher i. S. d. Verfahrensautonomie in den Regelungsbereich des nationalen Rechts. Insofern seien alleine die norwegischen Beweislastregeln relevant.

Mit der *odelstingsproposisjon nr. 98 (2008-2009)*⁵⁷⁹ aus dem Jahr 2009 weichen die Gesetzesvorarbeiten jedoch von dieser Betrachtungsweise ab. Zu § 6 vml., der für das norwegische Recht den Tatbestand der Erschöpfung normiert, wird in diesem Dokument ausgeführt, dass sich schon aus der Rechtsprechung des *EuGH* in der Sache *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁵⁸⁰ ergibt, dass der Markenbenutzer im Ausgangspunkt die Beweislast für die Zustimmung zum Inverkehrbringen i. S. d. Erschöpfungstatbestands trägt.⁵⁸¹ In Abweichung von den zuvor dargestellten Gesetzesvorarbeiten aus dem Jahr 2001⁵⁸² findet die Rechtsprechung des *EuGH*, welche die Beweislastverteilung den materiellrechtlichen Wertungen der MRL entnimmt, damit Berücksichtigung in den Gesetzesvorarbeiten aus den Jahren 2008/2009.

⁵⁷² *Oslo byrett*, Urteil vom 14. 5. 1999 - Norelor mot Smart Club.

⁵⁷³ NOU 2001: 08, S. 62 f.

⁵⁷⁴ *Oslo byrett*, Urteil vom 14. 5. 1999 - Norelor mot Smart Club, S. 19.

⁵⁷⁵ *Oslo byrett*, Urteil vom 14. 5. 1999 - Norelor mot Smart Club, S. 19.

⁵⁷⁶ Siehe: D. III. 2. c).

⁵⁷⁷ NOU 2001: 08, S. 62 f.

⁵⁷⁸ Schlussanträge *GA Jacobs*, EuGH, RS. 427/93 – Bristol-Myers Squibb, Rn. 101 ff.

⁵⁷⁹ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven).

⁵⁸⁰ *EuGH*, RS. 414/99 = GRUR 2002, 156 – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁵⁸¹ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40.

⁵⁸² NOU 2001: 08.

Dies wird auch anhand eines Verweises des gleichen Dokuments auf die Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Boehringer Ingelheim II*⁵⁸³ deutlich⁵⁸⁴. In dieser Entscheidung hatte der *EuGH* der MRL entnommen, dass der Markenbenutzer die Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MRL nicht vorliegen.

Einzig irreführend in dem Dokument aus dem Jahr 2009 sind die Anmerkungen zur Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Van Doren*.⁵⁸⁵ Diese Entscheidung wird fehlgehend dahin interpretiert, dass für die Frage, an welchem Ort eine Ware in den Verkehr gebracht wurde, die nationalen Regeln über die Beweislastverteilung Anwendung finden sollen.⁵⁸⁶ Eine solche Interpretation verkennt, dass der *EuGH* in dieser Entscheidung keineswegs die Beweislastverteilung durch die MRL ausgeschlossen hat. Seine Ausführungen beschränken sich jedoch auf die Feststellung, dass die nationalen Beweislastregelungen (im konkreten Fall die Beweislastverteilung nach dem deutschen Markenrecht) mit den Vorgaben der MRL vereinbar sind.⁵⁸⁷

2. Allgemeine und spezielle Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung (§ 4 Varemerkelov)

§ 4 vml. ist die zentrale Norm des norwegischen *varemerkelov*, die entsprechend Art. 5 MRL das Ausschließlichkeitsrecht des Inhabers der Marke regelt⁵⁸⁸. Im Unterschied zu § 14 MarkenG normiert § 4 vml. jedoch keinen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch des Markeninhabers. Diese Ansprüche sind in § 57 bzw. § 58 Abs. 1 vml. geregelt.

§ 4 vml. – varemerkerettens innhold

- (1) *Varemerkeretten innebærer at ingen uten samtykke fra innehaveren av varemerkeretten (merkeholderen) i næringsvirksomhet kan bruke:*
- a.) *tegn som er identisk med varemerket for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for*
 - b.) *tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller lignende slag, såfremt det er risiko for forveksling, for eksempel ved at bruken av tegnet kan gi inntrykk av at det finnes en forbindelse mellom tegnet og varemerket.*

⁵⁸³ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – *Boehringer Ingelheim II*.

⁵⁸⁴ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40 f.

⁵⁸⁵ *EuGH*, RS. 244/00 = GRUR 2003, S. 512 ff. – *Van Doren*.

⁵⁸⁶ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40 ff.

⁵⁸⁷ *EuGH*, RS. 244/00, Rn. 42 = GRUR 2003, S. 512 (514) – *Van Doren*.

⁵⁸⁸ *Stene*, in: *Helset/Reimers/Stene/Vik, Immaterialrett*, S. 68; *Lassen/Stemvik, Kjennetegnrett*, S. 279 ff.

- (2) *For et varemerke som er velkjent her i riket, innebærer varemerkeretten at ingen uten samtykke fra merkehaveren kan bruke et tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller tjenester av samme eller annet slag, hvis bruken ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkes særpreg eller anseelse (goodwill).*
- (3) *Som bruk anses blant annet:*
- a.) *å sette merket på varer eller deres emballasje*
 - b.) *å tilby varer for salg eller på annen måte bringe dem på markedet, lagre eller levere dem under tegnet, eller å tilby eller levere tjenester under tegnet*
 - c.) *å innføre eller utføre varer med merket på*
 - d.) *å bruke tegnet på forretningspapirer og i reklame.*
- (4) *Også muntlig bruk av tegnet anses som bruk.*

Offizielle englische Übersetzung:

§ 4 Norwegian Trademarks Act – Content of a trademark right

- (1) *A trademark right has the effect that no one, without the consent of the proprietor of the trademark right (the trademark proprietor), may use in an industrial or commercial undertaking:*
- a.) *any sign which is identical with the trademark for goods or services for which the trademark is protected*
 - b.) *any sign which is identical with or similar to the trademark for identical or similar goods or services if there exists a likelihood of confusion, such as if the use of the sign may give the impression that there is a link between the sign and the trademark.*
- (2) *For a trademark which is well known in Norway, the trademark right implies that no one, without the consent of the trademark proprietor, may use a sign that is identical with or similar to the trademark for similar or any other goods or services, if the use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or repute (goodwill) of the well-known trademark.*
- (3) *Use is considered to include the following:*
- a.) *affixing the trademark to goods or to the packaging thereof*
 - b.) *offering goods for sale or otherwise putting them on the market, stocking or delivering them under the sign, or offering or supplying services thereunder*
 - c.) *importing or exporting goods under the trademark*
 - d.) *using the sign on business documents and in advertising.*
- (4) *Verbal use of the sign is also considered as use.*

Danach sind die Voraussetzungen der Verletzung der Rechte aus der Marke ähnlich dem deutschen *MarkenG* gem. § 4 vml.: Das Bestehen einer wirksamen Marke⁵⁸⁹, das Handeln im geschäftlichen Verkehr⁵⁹⁰, die markenmäßige Benutzung⁵⁹¹, keine Zustimmung des Markeninhabers und das Vorliegen einer der Verletzungstatbestände aus § 4 Abs. 1 a, b vml.⁵⁹²

Bei der Frage der Beweislastverteilung für diese Voraussetzungen aus § 4 vml. kommt der zuvor abstrakt dargestellte Umstand⁵⁹³ zum Tragen, dass das norwegische Zivilrecht in diesem Bereich keinen ähnlich klaren Regeln folgt wie das deutsche Zivilrecht.

Die Frage, ob und wenn ja, welcher abstrakten Regel die Beweislastverteilung folgt, ist umstritten. Während eine Ansicht in der Literatur davon ausgeht, dass auf die Verteilung der Beweislast weitestgehend verzichtet werden kann⁵⁹⁴, geht eine andere Ansicht davon aus, dass die Verteilung der Beweislast zwingend erforderlich ist.⁵⁹⁵

Aber auch wenn man letzterer Ansicht folgt, lässt sich kaum feststellen, welche Partei die BL für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Markenverletzung trägt.

Den Ansätzen *Scheels* und *Skoghøys* folgend trägt der Markeninhaber die tatsächlichen Voraussetzungen des § 4 vml., als einer rechtsbegründenden Norm. Eine andere Beweislastverteilung kann sich aber schon dann ergeben, wenn man der Ansicht *Robberstads* folgt. Nach dieser Ansicht ist die Beweislastverteilung von der Formulierung des *bevistema* im Einzelfall abhängig.

Auch aus der norwegischen Rechtsprechung ergibt sich keine umfassende Lösung zu dieser Frage. Zumindest lässt sich aber eine Tendenz dahingehend feststellen, dass der Markeninhaber die Beweislast für die Voraussetzungen des § 4 vml. trägt. Zum einen sprechen dafür Ausführungen des *Oslo tingrett*⁵⁹⁶ zur Beweislastverteilung in Bezug auf das Vorliegen einer wirksamen Marke.⁵⁹⁷ Danach trägt der Markeninhaber zumindest die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Vorliegens einer wirksamen Marke. Zum anderen hat das *Norges Høyesterett*⁵⁹⁸ in der Entscheidung *Tripp Trapp-stol*⁵⁹⁹ zum Urhe-

⁵⁸⁹ *Stene*, in: Helset/Reimers/Stene/Vik, Immaterialrett, S. 68 ff.; *Lassen/Stenvik*, Kjennetegnrett, S. 36 ff., 444.

⁵⁹⁰ *Stene*, in: Helset/Reimers/Stene/Vik, Immaterialrett, S. 68 ff.

⁵⁹¹ *Stene*, in: Helset/Reimers/Stene/Vik, Immaterialrett, S. 68 ff.

⁵⁹² *Stene*, in: Helset/Reimers/Stene/Vik, Immaterialrett, S. 71 ff.; *Lassen/Stenvik*, Kjennetegnrett, S. 380 ff.

⁵⁹³ Siehe: C. II. 1.

⁵⁹⁴ Siehe: C. II. 1. b.) (1).

⁵⁹⁵ Siehe: C. II. 1. b.) (2).

⁵⁹⁶ Das *tingrett* ist die erste Instanz im norwegischen Gerichtssystem.

⁵⁹⁷ *TOSLO* 2008 – 16631, S. 9.

⁵⁹⁸ *Norges Høyesterett* ist der Oberste Gerichtshof von Norwegen.

⁵⁹⁹ *HR-2012-1325-A*, Rn. 23 – *Tripp Trapp-stol*.

berreicht entschieden, dass derjenige, der sich auf ein *opphavsrett*⁶⁰⁰ beruft, die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Urheberrechts trägt. Dem würde es entsprechen, wenn der Markeninhaber die Beweislast für die Voraussetzungen der Markenrechtsverletzung trüge.

3. Erschöpfung der Rechte aus der Marke (§ 6 varemærkelov)

§ 6 des *varemærkelov* setzt Art. 7 MRL um und regelt somit die Erschöpfung der Rechte aus der Marke.⁶⁰¹

§ 6 vml. – konsumpsjon av varemerkeretten

- (1) *Varemerkeretten er ikke til hinder for bruk av varemerket for varer som av innehaveren eller med dennes samtykke er brakt i omsetning innenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) under varemerket.*
- (2) *Første ledd gjelder ikke hvis innehaveren har rimelig grunn til å motsette seg fortsatt omsetning av varene, for eksempel hvis varenes tilstand er endret eller forringet etter at de ble brakt i omsetning.*

Offizielle englische Übersetzung:

§ 6 Norwegian Trademarks Act – Exhaustion of a trademark right

- (1) *A trademark right does not prevent the use of the trademark for goods put on the market under the trademark within the European Economic Area (EEA) by the proprietor or with his consent.*
- (2) *Paragraph one does not apply if the proprietor has legitimate reasons to oppose further commercialisation of the goods, such as if the condition of the goods has changed or impaired after they were put on the market.*

Bei der Beurteilung der Beweislastfrage stehen die Gesetzesvorarbeiten, namentlich die *odelstingproposisjon nr. 98 (2008-2009)*⁶⁰² im Vordergrund.

Aus dieser ergibt sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *EuGH*⁶⁰³, dass der Markenbenutzer grds. die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung nach Art. 7 Abs. 1 MRL bzw. § 6 Abs. 1

⁶⁰⁰ Norwegisch: „opphavsrett“ = deutsch „Urheberrecht“, i. S. d. Lov om opphavsrett til åndersverk m.v. vom 12.5.1961 (åndersverkloven).

⁶⁰¹ *Lassen/Stenwik*, Kjennetegnrett, S. 459 ff.

⁶⁰² Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemærkeloven).

⁶⁰³ Insbesondere werden erwähnt: *EuGH*, RS. 414/99 = GRUR 2002, 156 – Zino Davidoff und Levi Strauss; RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – Boehringer Ingelheim II.

vml. und für das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach Art. 7 Abs. 2 bzw. § 6 Abs. 2 vml. trägt.⁶⁰⁴

Auch die norwegische Rechtsprechung, wenngleich diese nicht sehr umfangreich ist, stimmt mit diesen Ausführungen in den Gesetzesvorarbeiten überein.

Das *Oslo byfogdembete*⁶⁰⁵ führte in der Sache *PJS - Internationa*⁶⁰⁶ an, dass es den normalen Beweislastregeln entspräche, wenn der Markenbenutzer die Beweislast für die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 vml. trägt.⁶⁰⁷ Eine Ausnahme hiervon sei gem. der Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Van Doren*⁶⁰⁸ nur dann zu machen, wenn dies durch den Grundsatz des freien Warenverkehrs geboten wird.⁶⁰⁹

Dem entspricht wohl auch die überwiegende Ansicht in der Literatur. *Stenvik* kommt in Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Ansichten *Scheels* und *Skeoghøys* zu dem Ergebnis, dass derjenige, der sich auf den Tatbestand der Erschöpfung beruft, auch dessen Voraussetzungen beweisen muss.⁶¹⁰ *Myhre* bezieht sich auf die Rechtsprechung des *EuGH* in der Sache *Boehringer Ingelheim II*⁶¹¹ und führt an, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die Voraussetzungen der Erschöpfung, sowie für das Nichtvorliegen der Ausnahmen trägt.⁶¹²

4. Verwirkung der Rechte aus der Marke (§ 8 varemerkelov)

Durch § 8 Abs. 1 vml. wird die Regelung des Art. 9 Abs. 1 MRL über die Verwirkung von kennzeichenrechtlichen Ansprüchen des Inhabers einer Marke in das norwegische Recht implementiert.⁶¹³

§ 8 vml. - virkninger av passivitet

- (3) *Retten til et registrert varemerke skal bestå ved siden av en eldre kjennetegnssrett, dersom innehaveren av den eldre retten har kjent til og avfunnet seg med at det yngre varemerket etter registreringsdagen har vært brukt her i riket i fem år i sammenheng, og søknaden om registrering av det*

⁶⁰⁴ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40.

⁶⁰⁵ Das *Oslo byfogdembete* ist neben dem *Oslo tingrett* eines von zwei erstinstanzlichen Gerichten in Oslo.

⁶⁰⁶ TOBYF 2013 – 170476.

⁶⁰⁷ TOBYF 2013 – 170476, S. 9.

⁶⁰⁸ *EuGH*, RS. 244/00 = GRUR 2003, S. 512 ff. – Van Doren.

⁶⁰⁹ TOBYF 2013 – 170476, S. 9.

⁶¹⁰ *Stenvik*, NIR 2010, S. 521 (536).

⁶¹¹ *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – *Boehringer Ingelheim II*.

⁶¹² *Myhre*, NIR 2008, S. 388 (392 f.).

⁶¹³ *Lassen/Stenvik*, *Kjennetegnssrett*, S. 428 ff.; *Raknes*, in: *Gundersen/Stenvik*, *Aktuell Immaterialrett*, S. 252.

yngre merket ble innlevert i god tro. Hvis det yngre varemerket har vært brukt bare for noen av de varer eller tjenester det er registrert for, skal retten bestå bare for disse varene eller tjenestene.

(4) [...]

Offizielle englische Übersetzung:

§ 8 Norwegian Trademarks Act – Effects of remaining passive:

(1) *The right to a registered trademark shall coexist with an earlier right to a sign if the proprietor of the earlier right was aware of and tolerated the use in Norway of the later trademark for five consecutive years following registration and the application for registration of the later trademark was filed in good faith. If the later trademark was in use only for some of the goods or services for which it was registered, the right applies only to these goods or services.*

(2) [...]

Die Frage der Beweislastverteilung bei § 8 Abs. 1 vml. geht ebenfalls mit Unsicherheiten einher. Während sich bei § 4 und § 6 vml. die Beweislastverteilung noch einigermaßen anhand der norwegischen Rechtsprechung und Literatur ermitteln ließ, ist dies in Bezug auf § 8 vml. für den Bearbeiter kaum möglich. Weder aus den Gesetzesvorarbeiten, noch aus der Rechtsprechung oder Literatur lässt sich eine explizite Stimme zur Beweislastverteilung bei § 8 vml. entnehmen. Somit kommen zwangsläufig die schon zuvor als ungewiss geißelten allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung zu Anwendung, die die norwegische Literatur hervorgebracht hat.⁶¹⁴

Sieht man von dem immer noch vertretenen Ansatz *Eckhoffs* ab, dass auf die Verteilung der Beweislast weitestgehend verzichtet werden kann, so kommen noch die verschiedenartigen Ansätze *Scheels*, *P. Augdabls*, *Robberstads* und *Skoghøys* zur Ermittlung der Beweislastverteilung in Betracht.

Nach der Lehre *Scheels* stellt § 8 Abs. 1 vml. eine rechtshindernde Norm dar, für deren tatsächliche Voraussetzungen regelmäßig der Markenbenutzer die Beweislast trägt. Weit unklarer wäre das Ergebnis nach der Lehre *P. Augdabls*. Nach dieser Lehre trägt diejenige Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 vml., die „als Folge ihrer eigenen Handlungsweise weniger Grund als die andere Partei hat, sich über den Verlust der

⁶¹⁴ Siehe: C. II. 1. d.).

Streitsache zu beklagen.⁶¹⁵ Ebenfalls unklar wäre die Beweislastverteilung nach dem Ansatz *Robberstads*, die selbst einräumt, dass die Beweislastverteilung anhand der Formulierung des *bevistema* in den meisten Fällen Unklarheiten mit sich bringt.⁶¹⁶ Nach dem Ansatz *Skoghøys* handelt es sich bei § 8 Abs. 1 vml. um eine Norm, die *rettsendrend*⁶¹⁷ und damit regelmäßig durch den Markenbenutzer zu beweisen ist.

5. Beweislastverteilung durch die Markenrechtsrichtlinie

Im Bereich des Markenrechts wird Beweislastverteilung durch den materiellrechtlichen Regelungsgehalt der MRL bestimmt.

Was die Beweislastverteilung durch die MRL im Einzelnen betrifft, kann nichts anderes gelten, als bereits dargestellt. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* trägt der Markeninhaber die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 5 MRL, während der Markeninhaber die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 trägt. Die dieser Beweislastverteilung zugrunde liegenden Überlegungen des *EuGH* lassen sich auch auf andere Bereiche der MRL übertragen; auf diese Weise ergibt sich, dass der Markenbenutzer auch die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 MRL trägt.

6. Zusammenfassung

Das norwegische Markenrecht geht auf die Frage der Beweislastverteilung bereits in den Gesetzesvorarbeiten ein. Nach anfänglichen Zweifeln⁶¹⁸ wird aus den Gesetzesvorarbeiten deutlich, dass im norwegischen Markenrecht auch gerade die Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislastverteilung durch die MRL berücksichtigt werden soll.⁶¹⁹ Dabei gehen die Gesetzesvorarbeiten nicht auf die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Systematik der Beweislastverteilung ein, sondern heben den Einzelfall der Beweislastverteilung bei der Erschöpfung (Art. 7 MRL) hervor.⁶²⁰

Die Auswirkungen dieser Vorgabe werden deutlich, wenn man die norwegische Rechtsprechung und Literatur zur Beweislastverteilung bei Markenverletzungen betrachtet.

⁶¹⁵ P. *Angdahl*, Norsk civilprosess, S. 95; der Originaltext lautet: „Anvendelse av dette hovedsynespunkt faller enkelt i de tilfelle hvor den ene part som følge av *sin egen handlemåt* vil ha mindre grunn enn den annen til å beklage sig om saken tapes.“

⁶¹⁶ *Robberstad*, JR 2011, S. 79 f.

⁶¹⁷ Norwegisch: *rettsendrend* = deutsch: rechtsverändernd; *Skoghøy*, *Tvisteløsning*, S. 879.

⁶¹⁸ NOU 2001: 08, S. 62 f.

⁶¹⁹ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40.

⁶²⁰ Ot.prp.nr. 98 (2008-2009), S. 40.

Im Zusammenhang mit § 6 vml. kommen, in für das norwegische Zivilrecht untypischer Weise, sowohl die Rechtsprechung⁶²¹ als auch die verschiedenen Stimmen in der Literatur⁶²² zu dem Ergebnis, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung trägt. Diese einheitliche Beantwortung der Beweislastfrage ist auf die Vorgaben in der Rechtsprechung des *EuGH* und deren Erwähnung in den Gesetzesvorarbeiten zurückzuführen.

Für die Voraussetzungen der §§ 4 und 8 vml., zu denen die Gesetzesvorarbeiten hingegen keine Verweisung auf die Rechtsprechung des *EuGH* enthalten, ist die Frage der Beweislastverteilung genauso umstritten wie im norwegischen Zivilrecht allgemein. Es sind daher verschiedene Möglichkeiten, die Beweislast zu verteilen, denkbar.

Da die MRL allerdings durch Art. 5 und 9 Abs. 1 auch in diesen Bereichen die Beweislastverteilung vorgibt, besteht die Gefahr, dass die Beweislastverteilung im nationalen norwegischen Markenrecht den Vorgaben der MRL widerspricht.

III. Vergleich der Beweislast bei Markenrechtsverletzungen

Die Beweislastverteilung bei Markenrechtsverletzungen im deutschen und im norwegischen Recht wurde in dieser Arbeit anhand von ausgewählten Normen, in denen sich eine Vielzahl beweislastrechtlicher Fragen kumuliert, dargestellt. Gegenstand der Betrachtung waren zuvorderst die nationalen Normen, welche Art. 5, 7 und 9 MRL in das nationale Recht des jeweiligen Landes umsetzen. Es hatte sich aber schon zuvor gezeigt, dass die Beweislastverteilung nicht alleine Sache des nationalen Rechts ist. Der starke Einfluss des europäischen Rechts auf das Markenrecht der beiden Länder betrifft nämlich auch die Frage der Beweislastverteilung. Nach der langjährigen Rechtsprechung des *EuGH* wird die Beweislastverteilung bereits durch den materiell-rechtlichen Regelungsgehalt der MRL determiniert. Aus diesem Grund wurde nicht nur die Beweislastverteilung nach nationalen Grundsätzen betrachtet, sondern auch die Beweislastverteilung nach den Grundsätzen der *EuGH*-Rechtsprechung zur MRL.

⁶²¹ TOBYF 2013 – 170476, S. 9.

⁶²² *Stenvik*, NIR 2010, S. 521 (536); *Mylbre*, NIR 2008, S. 388 (392 f.).

1. Beweislast für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung

Zunächst wurde die Beweislastverteilung für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung im deutschen und im norwegischen Recht betrachtet.

In Bezug auf Art. 5 MRL hat der *EuGH* in den Entscheidungen *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁶²³, *Class International Class International/Colgate Palmolive*⁶²⁴ und *Montex - Diesel*⁶²⁵ Ausführungen grundsätzlicher Art zur Beweislastverteilung gemacht. Nach dieser Rechtsprechung trägt der Markeninhaber die Beweislast für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen des Art. 5, der einen „Grundsatz“ bildet und dem Markeninhaber ein ausschließliches Recht an der Marke gewährt.⁶²⁶ Zu dem Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 MRL finden sich allerdings keine besonderen Ausführungen in der Rechtsprechung des *EuGH*, sodass davon auszugehen ist, dass dieses Merkmal ebenfalls Teil des „Grundsatzes“ und daher auch vom Markeninhaber zu beweisen ist.

Das deutsche Recht sieht bzgl. § 14 MarkenG vor, dass der Markeninhaber grundsätzlich die Beweislast für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen der Markenrechtsverletzung trägt. Der Markeninhaber muss daher das Bestehen einer wirksamen Marke i. S. d. § 4 Nr. 1-3 MarkenG⁶²⁷, das Handeln im Geschäftsverkehr⁶²⁸, die markenmäßige Benutzung⁶²⁹ und das Vorliegen eines Kollisionstatbestands i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG beweisen. Einzig das Merkmal des Nichtvorliegens einer Zustimmung zur Benutzung⁶³⁰ muss durch den Markenbenutzer bewiesen werden. Diese Besonderheit wird mit dem Deliktsschema des § 14 MarkenG begründet, nach dem die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in das geschützte Rechtsgut grundsätzlich die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs indiziert.

Die Beweislastverteilung im deutschen Markenrecht bei § 14 MarkenG stimmt damit im Grundsatz mit den Vorgaben der MRL überein. Einzig beim Merkmal „ohne Zustimmung“ weicht die Beweislast nach der Rechtsprechung des *BGH* und weiter Teile der Literatur zu § 14 Abs. 2 MarkenG von den Vorgaben des Art. 5 Abs.1 MRL ab.

Im norwegischen Recht sprechen die Ansätze *Scheels* und *Skoghøys* sowie die Betrachtung der Rechtsprechung dafür, dass der Markeninhaber genau wie im

⁶²³ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, 156, Rn. 54 – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁶²⁴ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive.

⁶²⁵ *EuGH*, RS. 281/05, Rn. 26 – Montex - Diesel.

⁶²⁶ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁶²⁷ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 12 ff.; *Fexer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 14, Rn. 9.

⁶²⁸ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 66 ff.; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 377.

⁶²⁹ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 93 ff.; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 378.

⁶³⁰ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14, Rn. 52 ff.; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht Markenrecht, S. 404.

deutschen Recht die Beweislast für die allgemeinen und speziellen Voraussetzungen einer Markenverletzung i. S. d. § 4 vml. trägt. Im Unterschied zum deutschen Markenrecht ist dem norwegischen Markenrecht allerdings keine Ausnahme in Bezug auf das Merkmal „ohne Zustimmung“ zu entnehmen, wie es im deutschen Markenrecht der Fall ist. Daher unterscheidet sich die Beweislastverteilung der beiden Markengesetze in diesem Punkt.

Die Beweislastverteilung des norwegischen Markenrechts stimmt bezogen auf § 4 vml. mit den europarechtlichen Vorgaben zur Beweislastverteilung überein. Allerdings steht diese Übereinstimmung auf den wackeligen Füßen des umstrittenen norwegischen Beweislastrechts. Die hier vorgenommene Auslegung der Beweislast für das norwegische Markenrecht ist keinesfalls zwingend und konkurriert mit Ansätzen, die zu einer gegensätzlichen Verteilung der Beweislast führen können.

2. Beweislast für die Erschöpfung der Rechte aus der Marke

Als Zweites wurde die Beweislastverteilung bei der Erschöpfung der Rechte aus der Marke betrachtet.

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* in den Sachen *Zino Davidoff und Levi Strauss*⁶³¹ und *Boehringer Ingelheim II*⁶³² trägt der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des in einem Ausnahmeverhältnis zu Art. 5 MRL stehenden Art. 7 MRL. Damit hat der Markenbenutzer nicht nur das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 MRL zu beweisen, sondern auch das Nichtvorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahme aus Art. 7 Abs. 2 MRL.

Im deutschen Recht trägt nach den Grundsätzen der (*Modifizierten*) *Normentheorie* ebenfalls der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 MarkenG.

Bzgl. § 24 Abs. 2 MarkenG, der die Ausnahmen des Erschöpfungsgrundsatzes normiert, könnte man aufgrund der satzbaumäßigen Formulierung „Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn [...]“ davon ausgehen, dass eine Sonderregel der Beweislast vorliegt, sodass der Markeninhaber die tatsächlichen Voraussetzungen beweisen muss. Auf der anderen Seite ist die Interpretation möglich, dass dieser satzbaumäßigen Formulierung keine Beweislastqualität zukommt⁶³³, sodass auch keine Sonderregel der Beweislast besteht und der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 MarkenG trägt. Zumindest wird man aber im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass in dieser Formulierung keine Sonderregel der Beweislast zu erblicken ist.

⁶³¹ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, S. 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss.

⁶³² *EuGH*, RS. 348/04 = GRUR 2007, S. 586 – Boehringer Ingelheim II.

⁶³³ Siehe zu den Argumenten: E. I. 4. a.) und b.).

Im norwegischen Markenrecht trägt der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 und 2 vml. Diese Beweislastverteilung stimmt mit den Vorgaben der MRL überein.

3. Beweislast für die Verwirkung der Rechte aus der Marke

Als dritter Punkt wurde die Beweislastverteilung bei den Regelungen zur Verwirkung der Rechte aus der Marke betrachtet.

Der *EuGH* macht in seiner Rechtsprechung zur Beweislastverteilung durch die MRL keine expliziten Ausführungen zur Beweislastverteilung bei Art. 9 Abs. 1. Wie die vorherigen Darstellungen allerdings gezeigt haben, sprechen gute Argumente dafür, die Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislastverteilung bei Art. 5 und 7 MRL auch auf andere Artikel, wie zum Beispiel Art. 9 MRL, zu übertragen.⁶³⁴ Die Notwendigkeit einer europäisch-determinierten Beweislastverteilung leitet der *EuGH* nämlich aus folgenden drei Erwägungspunkten ab:

1. Das im 20. Erwägungsgrund der MRL als „wesentlich“ bezeichnete Ziel eines „[einheitlichen Rechtsschutzes] im Recht aller Mitgliedstaaten“ wäre nicht erreicht, wenn die Frage der Beweislast in die Zuständigkeit des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten fiel.⁶³⁵
2. Um einen einheitlichen Rechtsschutz im Recht aller Mitgliedstaaten zu gewährleisten, ist es daher notwendig, (im Bereich von Art. 5 und 7 MRL) die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL zu entnehmen.⁶³⁶
3. Die Beweislastverteilung im Einzelfall ist der Systematik und Struktur der MRL zu entnehmen.⁶³⁷

Es wäre konsequent, diese Erwägungspunkte auch auf andere Normen der MRL, wie etwa Art. 9 Abs. 1, zu beziehen, denn

1. der 10. Erwägungsgrund der MRL bezieht sich nicht nur auf Art. 5 und 7, sondern auf das gesamte von ihr geregelte Recht.

⁶³⁴ Siehe hierzu: D. III. 2. c.) (2) (a).

⁶³⁵ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 73 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – Gautzsch Großhandel.

⁶³⁶ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – Gautzsch Großhandel.

⁶³⁷ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – Gautzsch Großhandel.

2. es liegt nahe, auch dann eine Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes anzunehmen, wenn die Frage der Beweislast bzgl. anderer Normen der MRL, wie z. B. Art. 9 Abs. 1 (Verwirkung durch Duldung), in die Zuständigkeit des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten fiel.
3. auch andere Normen, wie z. B. Art. 9 Abs. 1 MRL, sind für eine Beurteilung der Beweislastverteilung anhand systematischer Gesichtspunkte zugänglich. Genau wie Art. 7 MRL steht die Wirkung von Art. 9 Abs. 1 MRL der Wirkung des Art. 5 MRL entgegen, sodass man mit dem *EuGH*⁶³⁸ von einer „Ausnahme“ sprechen kann.

Dies bedeutet, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 MRL trägt. Es ist mit der Rechtsprechung des *EuGH* in der Sache *Boehringer Ingelheim II* nicht davon auszugehen, dass in der satzbaumäßigen Formulierung des Art. 9 Abs. 1 MRL eine Sonderregel der Beweislast zu sehen ist.

Im deutschen Markenrecht ergibt sich die Beweislastverteilung abermals aus den Grundsätzen der (*Modifizierten*) *Normentheorie*. Danach trägt der Markenbenutzer grundsätzlich die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 MarkenG als ihm günstige Einwendung. Bezüglich der satzbaumäßigen Formulierung „*es sei denn, dass* die Anmeldung der Marke mit jüngerem Zeitrang bösgläubig vorgenommen worden ist“ sprechen ähnlich wie bei § 24 Abs. 2 MarkenG⁶³⁹ sowohl Argumente dafür, in dieser satzbaumäßigen Formulierung eine Sonderregel der Beweislast zu sehen, als auch dagegen. Auch hier wird man aber zumindest im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu dem Ergebnis kommen müssen, dass in dieser Formulierung keine Sonderregel der Beweislast zu erblicken ist.

Im norwegischen Markenrecht geht die Bestimmung der Beweislastverteilung bei § 8 vml. mit großer Unsicherheit einher. Im Unterschied zu den §§ 4 und 6 vml. kann der Rechtsanwender nämlich weder auf die Gesetzesvorarbeiten zum *varemerkelov* noch auf die Rechtsprechung zu dieser Norm oder einer vergleichbaren Norm eines sachnahen Gesetzes zurückgreifen. Er ist somit auf die allgemeinen Beweislastregeln angewiesen, deren Anwendung nur mit großen Unsicherheiten vorgenommen werden kann.⁶⁴⁰ Das Ergebnis dieser Anwendung kann je nach vertretener Meinung mit den Vorgaben durch die MRL übereinstimmen oder ihnen auch widersprechen.

⁶³⁸ *EuGH*, RS. 414/99, Rn. 54 = GRUR 2002, 156 (159) – Zino Davidoff und Levi Strauss; RS. 217/13, 218/13, Rn. 69 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG.

⁶³⁹ Siehe: E. I. 4. a.) (2).

⁶⁴⁰ Siehe: C. II. 1. d.).

4. Zusammenfassung

Für das deutsche Markenrecht lässt sich beobachten, dass die Beweislastverteilung bei den §§ 14, 24 und 21 MarkenG im Grundsatz der Beweislastverteilung durch Art. 5, 7 und 9 MRL entspricht.

Diese Gemeinsamkeiten sind kein Zufall, sondern gründen auf den Ähnlichkeiten zwischen der (*Modifizierten*) *Normentheorie* und den Prinzipien, die der Rechtsprechung des EuGH zugrunde liegen. Nach beiden Ansätzen ergibt sich die Beweislastverteilung schlussendlich aus dem systematischen Verhältnis der jeweiligen Normen zueinander. Nach der (*Modifizierten*) *Normentheorie* ist dieses systematische Verhältnis durch das Zusammenspiel von sogenannten *Grundnormen* und *Gegennormen* gekennzeichnet. Der EuGH benutzt an dieser Stelle das Begriffspaar *Grundsatz* und *Ausnahme*. Jedenfalls trägt nach beiden Ansätzen die eine Seite die Beweislast für die *Grundnormen* oder den *Grundsatz*, während die andere Seite die Beweislast für die *Gegennormen* oder die *Ausnahme* trägt. Dies konnte beispielhaft an der Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Markenverletzung, der Erschöpfung der Rechte aus der Marke und der Verwirkung der Rechte aus der Marke gezeigt werden. Es besteht insofern eine strukturelle Ähnlichkeit zwischen der Beweislastverteilung durch die (*Modifizierte*) *Normentheorie* und den hinter der Rechtsprechung des EuGH stehenden Prinzipien.

Jedoch steht die Beweislastverteilung durch die (*Modifizierte*) *Normentheorie* in gewissen Bereichen auch in einem Spannungsverhältnis zur Beweislastverteilung durch die MRL. Dies ist in den Bereichen der Fall, in denen das deutsche Markenrecht Beweislastsonderregeln vorsieht.

Dies hat sich zum einen für das Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. § 14 MarkenG gezeigt. Der BGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass gem. dem deutschen Deliktsschema die Rechtswidrigkeit einer Markenrechtsverletzung durch deren Tatbestandsmäßigkeit indiziert wird, sodass der Markenbenutzer die Beweislast für das Nichtvorliegen des Merkmals „ohne Zustimmung“ trägt. Der MRL ist eine solche Beweislastsonderregel allerdings fremd, sodass es bei der grundsätzlichen Rechtsprechung des EuGH bleibt, nach der der Markeninhaber die Voraussetzungen der Markenverletzung zu beweisen hat. § 14 MarkenG ist daher richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass der Markeninhaber auch die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“ trägt.

Zum anderen gilt dies für satzbaumäßige Formulierungen im deutschen MarkenG. Aus der Formulierung „*Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn [...]*“ in § 24 Abs. 2 MarkenG und der Formulierung „*es sei denn, dass [...]*“ in § 21 Abs. 1 MarkenG könnte sich für den Tatbestand der Erschöpfung eine Beweislastsonderregel ergeben. Damit würde die Beweislastverteilung im MarkenG nicht mehr den Vorgaben der MRL entsprechen. § 24 Abs. 2 MarkenG ist daher richtlinienkonform so auszulegen, dass der Markenbenutzer die Beweislast für

das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen trägt. § 21 Abs. 1 MarkenG ist richtlinienkonform ebenfalls so auszulegen, dass der Markenbenutzer die Beweislast für (sämtliche) tatsächliche Voraussetzungen trägt.

Die Beweislastverteilung im norwegischen *varemerkelov* stimmt nur bedingt mit der Beweislastverteilung durch die MRL überein.

Zwar wird in den Gesetzesvorarbeiten darauf hingewiesen, dass für den Fall der Erschöpfung (§ 6 vml.) die Beweislast entsprechend der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 7 MRL zu verteilen ist, doch handelt es sich dabei um eine Einzelfallregelung. Auch bei § 5 vml. wurde die Beweislastfrage schlussendlich nur für den Einzelfall entschieden.

Wie sich anhand der Untersuchung weiterer Normen des *varemerkelov* gezeigt hat, finden mangels spezieller Vorgaben die allgemeinen Beweislastregeln Anwendung. Innerhalb dieser hat sich aber keine herrschende Meinung zur Verteilung der Beweislast durchgesetzt. Teilweise stimmt die Verteilung der Beweislast nach diesen Theorien grundsätzlich mit der Verteilung durch die MRL überein. Dies gilt für die Theorien *Scheels* und *Skoghøys*, die die Beweislastverteilung ähnlich dem deutschen Recht aus dem systematischen Verhältnis der Normen zueinander ableiten. Teilweise sind die Ansichten zur Beweislastverteilung im nationalen Recht aber auch weniger oder nur zufällig mit der Beweislastverteilung durch die MRL vereinbar. Das gilt für die Theorien *P. Augdahl*s und *Robberstad*s. Ferner konfliktieren die Ansätze *Eckhoffs*, *Nygaards* und *Hovs* mit den Vorgaben durch die MRL, da diese Ansätze die Notwendigkeit der Beweislastverteilung als solche in Frage stellen. Aufgrund dieser uneinheitlichen Beantwortung der Beweislastfrage im Zivilrecht⁶⁴¹ besteht fortwährend die Gefahr des Widerspruchs zur Beweislastverteilung durch die MRL.

IV. Relativierung der Risikoverteilung durch das Beweismaß

Der *EuGH* zielt mit seiner Rechtsprechung zur Beweislastverteilung durch die MRL darauf ab, das im 10. Erwägungsgrund der MRL als „wesentlich“ bezeichnete Ziel eines „einheitlichen Rechtsschutzes“ im Recht aller Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sieht der *EuGH* es als notwendig an, die Beweislastverteilung den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL zu entnehmen.⁶⁴²

⁶⁴¹ *Robberstad*, JV 2011, S. 81; *Lindblom*, TFR 2000, S. 414; *Robberstad*, Sivilprosess, S. 258.

⁶⁴² *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – *Class International/Colgate-Palmolive*; RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – *Oberbank AG*; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – *Gautzsch Großhandel*.

Die Harmonisierung der Beweislastverteilung dient dem im 10. Erwägungsgrund der MRL als „wesentlich“ bezeichnetem Ziel eines „einheitlichen Rechtsschutzes“ im Recht der EWR-Staaten. Diese Harmonisierung erfasst allerdings nicht die Regelung des Beweismaßes. Es ist daher weiterhin möglich, dass das zivilrechtliche Beweismaß in den einzelnen EWR-Staaten voneinander abweicht.

Durch die verschiedenen Beweismaßregelungen kann die Harmonisierung der Beweislast durch die MRL jedoch unterlaufen werden, wie sich am Beispiel des deutschen und des norwegischen Rechts zeigt.

Ausgangspunkt ist der Umstand, dass die MRL die Beweislastverteilung harmonisiert. Oder mit anderen Worten: die MRL harmonisiert die Frage, welche Partei eines Rechtsstreits das gesetzliche Risiko des Prozessverlustes trägt. Wenn die MRL also z. B. vorsieht, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die Voraussetzungen der Erschöpfung trägt, so kommt darin gleichsam die Wertung des Normgebers zum Ausdruck, dass der Markenbenutzer (zumindest in einem gewissen Umfang) mit dem Risiko des Prozessverlustes belastet werden muss.

Wie sich allerdings schon zuvor bei der Betrachtung der Beweislast im deutschen und im norwegischen Zivilrecht gezeigt hat, wird das auf diese Weise verteilte Risiko unmittelbar durch die nationalen Regelungen des Beweismaßes beeinflusst.⁶⁴³ Auf der einen Seite kann das Beweismaß hohe Anforderungen an die richterliche Überzeugung stellen und damit der beweisbelasteten Partei auch ein entsprechend hohes Risiko des Prozessverlustes aufbürden. Auf der anderen Seite kann das Beweismaß geringe Anforderungen an die richterliche Überzeugung stellen, womit für die beweisbelastete Partei auch ein entsprechend geringeres Risiko des Prozessverlustes einhergeht.

Wenn aber wie im norwegischen Zivilprozessrecht das Standardbeweismaß nur ein minimales Wahrscheinlichkeitsübergewicht voraussetzt⁶⁴⁴ (oder sogar davon ausgegangen wird, dass die Beweislastverteilung durch das Beweismaß konsumiert wird⁶⁴⁵), so kommt es weitestgehend zur Beseitigung der vom Normgeber festgelegten Risikoverteilung.

Das Gegenteil gilt für das deutsche Zivilprozessrecht, das im Grundsatz von einem sehr hohen Beweismaß ausgeht. Auf diese Weise wird die vom Normgeber vorgesehene Risikoverteilung stark betont.

Die Folge ist, dass trotz der Harmonisierung der Beweislastverteilung durch die MRL starke Unterschiede bei der gesetzlichen Risikoverteilung zwischen den beiden betrachteten Rechtsordnungen bestehen.

Dies soll am Beispiel von Art. 7 Abs. 1 MRL verdeutlicht werden:

⁶⁴³ Siehe zum Beweismaß im deutschen Zivilrecht: C. I. 2. d.) und zum Beweismaß im norwegischen Zivilrecht: C. II. 2. d.).

⁶⁴⁴ Siehe: C. II. 2. a.).

⁶⁴⁵ Siehe: C. II. 1. b.) (1).

Wie bereits zuvor festgestellt wurde, ergibt die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 MRL und der Rechtsprechung des *EuGH*, dass der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung der Rechte aus der Marke trägt.⁶⁴⁶

Dieser Vorgabe entspricht das deutsche MarkenG, indem es die Beweislast für die Erschöpfung gem. § 24 Abs. 1 MarkenG dem Markenbenutzer zuweist. Auch das norwegische *varemerkelov* entspricht dieser Vorgabe, da die Beweislast für die Erschöpfung i. S. d. § 6 Abs. 1 vml. ebenfalls dem Markenbenutzer zugewiesen wird.

Kommt es nun zur praktischen Anwendung dieser Beweislastverteilung in einem Prozess, so zeigt sich, dass im Fall des MarkenG der Markeninhaber ein sehr hohes Risiko für den Prozessverlust trägt. Im Fall des *varemerkelov* trägt der Markenbenutzer hingegen fast das gleiche Risiko für den Prozessverlust, wie sein Gegenüber, der Markeninhaber.

Auf diese Weise kann die Harmonisierung der Beweislastverteilung durch die nationalen Beweismaßregelungen unterlaufen werden, wobei dieser Umstand im vorgezeigten Beispiel auf dem geringen Beweismaß des norwegischen Zivilrechts gründet und nicht auf dem hohen Beweismaß des deutschen Zivilrechts.

Die Lösung liegt deshalb in der richtlinienkonformen Auslegung des norwegischen Beweisrechts.

Dieses geht zwar im Ausgangspunkt von einem sehr geringen Beweismaß aus, kennt aber daneben auch ein gesteigertes Beweismaß, das aus verschiedenen Wertungsgründen zur Anwendung kommen kann.⁶⁴⁷ Darüber hinaus wird in der norwegischen Lehre ohnehin von einer sich im Vordringen befindlichen Ansicht die Etablierung eines höheren Standardbeweismaßes vorgeschlagen⁶⁴⁸. Nach der Rspr. des *EuGH* ist bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des nationalen Rechts grundsätzlich die Auslegung zu wählen, bei der sich das Unionsrecht am besten und wirkungsvollsten durchsetzt.⁶⁴⁹ Insofern müssen im Bereich des *varemerkelov* die Anforderungen an die richterliche Überzeugung soweit gehoben werden, dass die Risikoverteilung des Normgebers seine Wirkung entfalten kann.

Das hohe Standardbeweismaß des deutschen Zivilprozessrechts konfliktiert hingegen nicht mit den Zielen der MRL. Im Gegenteil: Durch die hohen An-

⁶⁴⁶ Siehe: D. III. 2. c.) (2) und (5).

⁶⁴⁷ Siehe hierzu: C. II. 2. b.); Rt. 1939, S. 365 A; 2006, S. 1657 A; 2011, S. 1481 A; *Skogbøy*, *Tvisteløsning*, S. 894 f.

⁶⁴⁸ Eine umfassende Übersicht zu den neueren Gedanken im Bereich der *bevískrav*: *Koflaath/Strandberg*, in: FS Bernt, S. 327 f.

⁶⁴⁹ *EuGH*, RS. 32/62, S. 318 – Deutschland vs. Kommission; RS. 246/80, Rn. 16 – Broekmeulen; RS. 9/70, Rn. 5 – Grad; RS. 453/99, Rn.26 – Courage; Rs. 212/04, Rn. 109 – Konstantinos Adeneler; RS. 251/11, Rn. 43 – Martial Huet
Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 19 EUV, Rn. 57.

forderungen an die richterliche Überzeugung wird die europäische Risikoverteilung besonders stark betont. Aus dem norwegischen Recht lässt sich jedoch lernen, dass ein zu geringes Beweismaß den Wertungen der MRL widersprechen kann. Es muss daher bei den praktisch häufig vorkommenden⁶⁵⁰ Fällen der Beweismaßsenkung⁶⁵¹ besondere Rücksicht auf die Wertungen der MRL genommen werden.

⁶⁵⁰ *Foerste* in: Musielak/Voit, ZPO, § 286, Rn. 21 a.

⁶⁵¹ Zu den Anwendungsbereichen der Beweismaßsenkung: Prütting in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, Rn. 44 ff.

F. Ausblick: Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH zur Beweislastverteilung durch die MRL auf weitere Richtlinien im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes

Ohne eine abschließende Aussage zu treffen, soll an dieser Stelle in einem Ausblick der Frage nachgegangen werden, ob die Erwägungen, mit denen der *EuGH* die Beweislastverteilung durch die MRL begründet, in anderen Richtlinien im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes auf fruchtbaren Boden stoßen würden. Ist dies der Fall, so könnte in Zukunft damit gerechnet werden, dass der *EuGH* auch in diesen Bereichen die Beweislastverteilung aus den materiell-rechtlichen Wertungen der jeweiligen Richtlinie entnimmt. Die Erkenntnisse dieser Arbeit könnten dann die Grundlage für die weitere Analyse der Beweislastverteilung im Bereich des europäisch-determinierten gewerblichen Rechtsschutzes bilden.

Hinter der Rechtsprechung des *EuGH* stehen folgende Erwägungen:

1. Die MRL verfolgt gemäß dem 10. Erwägungsgrund das Ziel eines „einheitlichen Rechtsschutzes“ im Recht aller Mitgliedstaaten.⁶⁵²
2. Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es einer einheitlichen Regelung der Beweislast.⁶⁵³
3. Die Beweislast kann der Systematik und Struktur der MRL entnommen werden.⁶⁵⁴

Den Nährboden für diese Erwägungen könnten im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes vor allem die Musterschutz-Richtlinie⁶⁵⁵, die Biopatentrichtlinie⁶⁵⁶ und die Halbleiterschutzrichtlinie⁶⁵⁷ bieten. Diese Richtlinien sind alle samt auch Bestandteil des EWR-Rechts⁶⁵⁸ und gelten daher gleichermaßen in Deutschland und in Norwegen.

I. Musterschutzrichtlinie

Zunächst soll die Musterschutzrichtlinie betrachtet werden. Einer Übertragung der Erwägungen des *EuGH* steht zunächst zumindest keine offensichtliche Formulierung in den Erwägungsgründen oder den einzelnen Artikel der Musterschutzrichtlinie entgegen. Auch die Gesetzgebungsmaterialien weisen keine Passagen auf, aus denen sich ein solcher Ausschluss entnehmen lassen könnte. Ferner ist auch keine Rechtsprechung des *EuGH* ersichtlich, die eine Verteilung der Beweislast durch die Musterschutzrichtlinie ausschließt. Im Gegensatz zur MRL⁶⁵⁹ findet sich darüber hinaus keine strittige Passage, die von vereinzelt Stimmen so ausgelegt wird, dass eine Beweislastverteilung ausgeschlossen wäre.

⁶⁵² *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 73 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – Gautzsch Großhandel.

⁶⁵³ *EuGH*, RS. 405/03, Rn. 74 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – Gautzsch Großhandel.

⁶⁵⁴ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 68 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 41 = GRUR 2014, S. 368 (370) – Gautzsch Großhandel.

⁶⁵⁵ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Musterschutzrichtlinie).

⁶⁵⁶ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (Biopatentrichtlinie).

⁶⁵⁷ Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzrichtlinie).

⁶⁵⁸ Musterschutzrichtlinie – Anh. XVII – 9 e.01 – 398 L 0071EWR-Abkommen; Biopatentrichtlinie⁶⁵⁸ – Anh. XVII – 9e.01 398 L 0044 EWR-Abkommen; Halbleiterschutzrichtlinie – Anh. XVII – 3b.01 – 387 L 0054 EWR-Abkommen.

⁶⁵⁹ Siehe: D. III. 2. C.) (1).

Fraglich ist aber, ob die unterschiedlichen Schutzrichtungen von MRL und Musterschutzrichtlinie einer Übertragung der Grundsätze widersprechen. Immerhin bestehen Unterschiede von einigem Ausmaß zwischen der Schutzrichtung der MRL im engeren Sinne und der Schutzrichtung der Musterschutzrichtlinie im engeren Sinne. Während die MRL den Schutz der Interessen des Markeninhabers, insbesondere der Herkunftsfunktion der Marke zum Gegenstand hat⁶⁶⁰ regelt die Musterschutzrichtlinie den Schutz der Interessen des Musterinhabers.⁶⁶¹

Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtsprechung des EuGH die Notwendigkeit der Beweislastverteilung durch die MRL nicht mit einer so eng verstandenen Schutzrichtung der Richtlinie begründet. Stattdessen stellt der EuGH auf die Schutzrichtung im weiteren Sinne ab.⁶⁶² Im Fall der MRL ist darunter das Ziel der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Binnenmarktes aufgrund eines einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedstaaten gemeint.⁶⁶³

Nichts anderes ergibt sich aber, wenn man die Schutzrichtung der Musterschutzrichtlinie im weiteren Sinne betrachtet. Wie sich den Erwägungsgründen 2 und 3 der Musterschutzrichtlinie entnehmen lässt, hebt auch diese Richtlinie das Ziel des einheitlichen Rechtsschutzes in allen Mitgliedstaaten besonders hervor:

Erwägungsgründe:

- (2) *Die Unterschiede in dem von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gebotenen rechtlichen Schutz von Mustern wirken sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes mit Bezug auf Waren aus, bei denen Muster verwendet werden. Solche Unterschiede können zu einer Verzerrung des Wettbewerbs im Binnenmarkt führen.*
- (3) *Daher ist im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts die Angleichung der Gesetze der Mitgliedstaaten zum Schutz von Mustern notwendig.*

⁶⁶⁰ Hafemeyer, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts, S. 42; Wadle, GRUR 1979, S. 383.

⁶⁶¹ Fittante, EuLF 2000/2001, S. 532 (533); Erwägungsgründe 9–11 der Musterschutzrichtlinie.

⁶⁶² EuGH, RS. 405/03, Rn. 73 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – Gautzsch Großhandel.

⁶⁶³ EuGH, RS. 405/03, Rn. 73 – Class International/Colgate-Palmolive; RS. 217/13, 218/13, Rn. 67 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG; Rs. 479/12, Rn. 40 ff. = GRUR 2014, S. 368 (370 f.) – Gautzsch Großhandel.

Das zur Begründung der Beweislastverteilung vom EuGH vorausgesetzte Ziel der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Binnenmarktes aufgrund eines einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedstaaten wird also auch durch die Musterschutzrichtlinie verfolgt. Insofern ist die Schutzrichtung der Musterschutzrichtlinie mit den Grundsätzen aus der Rechtsprechung des EuGH zur MRL⁶⁶⁴ vereinbar.

Ein weiterer Aspekt in der Rechtsprechung des EuGH zur MRL ist es, dass voneinander abweichende nationale Beweislastregeln geeignet wären, das Ziel des einheitlichen Rechtsschutzes zu gefährden. Dies muss auch für den Bereich des Musterschutzes gelten. Es ist nämlich für das Ergebnis der Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes egal, ob entsprechende Beweislastregelungen im Markenrecht oder im Musterschutzrecht auftauchen. In beiden Fällen geht mit einer nationalen Regelung die gleichartige Gefahr einher, dass zwischen den einzelnen Rechtsordnungen massive Unterschiede bestehen. Hierzu trägt die Besonderheit der Beweislastverteilung bei, dass sie entweder die eine *oder* die andere Partei trifft. Dies gilt im Markenrecht genauso, wie im Musterschutzrecht. Insofern wäre es konsequent, das Argument der Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes nicht auch auf die Musterschutzrichtlinie zu erstrecken.

Zuletzt bleibt noch zu erwähnen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH zur MRL die Einteilung der Richtlinie in Grundsatz und Ausnahme die Grundlage der Beweislastverteilung bildet. Es muss sich insofern auch in der Musterschutzrichtlinie das materiell-rechtliche Paar von Grundsatz und Ausnahme widerspiegeln, in sich rechtsbegründende und rechtsvernichtende, bzw. –hemmende Normen gegenüberstehen.

Die Musterschutzrichtlinie regelt den Schutz der Interessen des Musterinhabers.⁶⁶⁵ In diesem Zuge normiert Art. 12 Musterschutzrichtlinie die Rechte des Inhabers an einem Muster. Diese Norm kann parallel zu Art. 5 MRL (Rechte aus der Marke) und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH⁶⁶⁶ als Grundsatz des Musterschutzes verstanden werden.

Art. 10 Musterschutzrichtlinie regelt die Schutzdauer. Danach wird ein Muster, das die Voraussetzungen des Artikels 3 erfüllt, „für einen oder mehrere Zeiträume von fünf Jahren [...] als Muster geschützt.“ Diese Schutzfrist kann durch den Rechteinhaber zwar mehrmals verlängert werden, jedoch kann sie maximal 25 Jahre betragen. Damit sieht Art. 10 Musterschutzrichtlinie zwingend das Erlöschen des gem. Art. 3 Musterschutzrichtlinie entstandenen Rechts vor und stellt mithin eine Ausnahme von dem in Art. 12 Musterschutzrichtlinie normierten Grundsatz dar.

⁶⁶⁴ Siehe: D. III 2. c.) (2) (a).

⁶⁶⁵ Fittante, EuLF 2000/2001, S. 532 (533); Erwägungsgründe 9–11 der Musterschutzrichtlinie.

⁶⁶⁶ *EuGH*, RS. 414/99 = GRUR 2002, S. 156 – Zino Davidoff und Levi Strauss.

Art. 15 Musterschutzrichtlinie normiert parallel zu Art. 7 Abs. 1 MRL die Erschöpfung der Rechte aus dem Muster. Danach erstrecken sich die Rechte aus dem Muster nicht „auf Handlungen, die ein Erzeugnis betreffen [...] [das] vom Inhaber des Rechts an einem Muster oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden ist.“ Es handelt sich dabei um eine weitere Ausnahme vom den in Art. 12 Musterschutzrichtlinie normierten Grundsatz.

Es liegt der Musterschutzrichtlinie insofern auch eine Systematik von Grundsatz und Ausnahme zugrunde.

Die Betrachtung hat damit gezeigt, dass die Erwägungen, mit denen der *EuGH* die Beweislastverteilung durch die MRL begründet, in der Musterschutzrichtlinie auf fruchtbaren Boden stoßen.

II. Biopatentrichtlinie

Auch auf die Biopatentrichtlinie könnten die Kriterien der *EuGH*-Rechtsprechung zur MRL übertragbar sein. Die verschiedenen Schutzrichtungen im engeren Sinne – die Biopatentrichtlinie umfasst den Schutz biotechnologischer Erfindungen⁶⁶⁷, während die MRL den Schutz der Interessen des Markeninhabers, insbesondere der Herkunftsfunktion der Marke zum Gegenstand hat⁶⁶⁸ – stehen einer solchen Bewertung nicht entgegen. Wie sich nämlich oben im Zusammenhang mit der Musterschutzrichtlinie gezeigt hat⁶⁶⁹, stellt der *EuGH* in seiner Rechtsprechung nämlich auf die Schutzrichtung im weiteren Sinne ab. Danach kommt es darauf an, dass die Richtlinie die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Binnenmarktes aufgrund eines einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedstaaten zum Ziel hat.

Diese Schutzrichtung kommt auch in den Erwägungsgründen 5-7 der Biopatentrichtlinie zum Ausdruck:

Erwägungsgründe

- (5) In den Rechtsvorschriften und Praktiken der verschiedenen Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes biotechnologischer Erfindungen bestehen Unterschiede, die zu Handelsschranken führen und so das Funktionieren des Binnenmarktes behindern können.
- (6) Diese Unterschiede könnten sich durch dadurch noch vergrößern,

⁶⁶⁷ Erwägungsgründe 1 und 8 Biopatentrichtlinie.

⁶⁶⁸ Hafemeyer, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts, S. 42; Wadle, GRUR 1979, S. 383.

⁶⁶⁹ Siehe: F. I.

dass die Mitgliedstaaten neue und unterschiedliche Vorschriften und Verwaltungspraktiken einführen oder dass die Rechtsprechung der einzelnen Mitgliedstaaten sich unterschiedlich entwickelt.

- (7) Eine uneinheitliche Entwicklung der Rechtsvorschriften zum Schutz biotechnologischer Erfindungen in der Gemeinschaft könnte zusätzliche ungünstige Auswirkungen auf den Handel haben und damit zu Nachteilen bei der industriellen Entwicklung der betreffenden Erfindungen sowie zur Beeinträchtigung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes führen.

Problematisch ist allerdings, dass die Biopatentrichtlinie nicht das Grundsatz-Ausnahme-Schema widerspiegelt, das den Anknüpfungspunkt für die Verteilung der Beweislast nach der Rechtsprechung des EuGH darstellt.⁶⁷⁰ Die Biopatentrichtlinie setzt nämlich nicht die Schaffung eines besonderen Rechts voraus, das an die Stelle des nationalen Patentrechts tritt⁶⁷¹. Stattdessen bleibt das nationale Patentrecht die wesentliche Grundlage für den Schutz biotechnologischer Erfindungen.⁶⁷² Die in der Biopatentrichtlinie vorgesehenen Anpassungen und Ergänzungen des nationalen Patentrechts verfügen indes aber nicht über die Struktur von Grundsatz und Ausnahme, da sie nicht selbstständig rechtsbegründend, -hindernd, oder -vernichtend wirken. Stattdessen finden sich in der BiopatentRL „lediglich“ Vorschriften, zur Ergänzung oder Anpassung der nationalen Vorschriften über die Patentierbarkeit (Kapitel 1), den Umfang des Patentschutzes (Kapitel 2), die Zwangslizenzen wegen Abhängigkeit (Kapitel 3) und die Hinterlegung von, Zugang zu und erneute Hinterlegung von biologischen Material (Kapitel IV).

Somit bietet die Biopatentrichtlinie keinen ausreichenden Nährboden für die Beweislastverteilung nach den vom EuGH benutzten Kriterien.

III. Halbleiterschutzrichtlinie

Darüber hinaus ist die Halbleiterschutzrichtlinie zu betrachten. Auch in dieser Richtlinie finden sich nicht schon offensichtliche Passagen, die der Regelung der Beweislastverteilung entgegenstehen. Ferner ist auch aus den Vorarbeiten und der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung des *EuGH* keine solche Intention ersichtlich.

Die Schutzrichtung der Halbleiterschutzrichtlinie im engeren Sinne zielt auf den Schutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen ab⁶⁷³, während die

⁶⁷⁰ *EuGH*, RS. 217/13, 218/13, Rn. 69 = GRUR Int. 2014, S. 815 (820) – Oberbank AG.

⁶⁷¹ Erwägungsgrund 8 – RL 98/44/EG.

⁶⁷² Erwägungsgrund 8 – RL 98/44/EG.

⁶⁷³ Erwägungsgrund 7- RL 87/54/EWG.

MRL den Schutz der Interessen des Markeninhabers, insbesondere der Herkunftsfunktion der Marke zum Gegenstand hat.⁶⁷⁴

Im weiteren Sinne hat die Halbleiterschutzrichtlinie jedoch zum Ziel, die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Binnenmarktes aufgrund eines einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedstaaten zu sichern. Die wird aus dem 4. Und 5. Erwägungsgrund der Halbleiterschutzrichtlinie deutlich:

Erwägungsgründe:

- (4) *Bestimmte Unterschiede des durch die Gesetze der Mitgliedstaaten gebotenen Rechtsschutzes für Halbleitererzeugnisse wirken sich bei diesen Erzeugnissen unmittelbar nachteilig auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes aus; diese Unterschiede dürfen noch zunehmen, wenn die Mitgliedstaaten neue Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet erlassen.*
- (5) *Bestehende Unterschiede mit derartigen Wirkungen müssen behoben, und neue Unterschiede mit negativen Folgen für den Gemeinsamen Markt müssen verhindert werden.*

Insofern ist die Schutzrichtung der Halbleiterschutzrichtlinie mit den Grundsätzen aus der Rechtsprechung des EuGH zur MRL⁶⁷⁵ vereinbar.

Darüber hinaus müsste auch für die Halbleiterschutzrichtlinie gelten, dass das Ziel des einheitlichen Rechtsschutzes im Rechte aller Mitgliedstaaten dann gefährdet wäre, wenn keine einheitliche Regelung der Beweislastverteilung bestünde. Im Zusammenhang mit der Halbleiterschutzrichtlinie kann hier nichts anderes gelten, als auch schon bei der MRL und der Musterschutzrichtlinie. Dort hatte sich bereits gezeigt, dass es für die Frage der Gefährdung des einheitlichen Rechtsschutzes keinen Unterschied macht, aus welchem Bereich die Sachnorm stammt, an die sich die Beweislastnorm knüpft⁶⁷⁶. Vielmehr steht die gleichartige Gefahr im Vordergrund, dass aufgrund verschiedenartiger Beweislastregeln ein uneinheitlicher Rechtsschutz zwischen den Mitgliedstaaten besteht. Es ist damit auch im Fall der Halbleiterschutzrichtlinie davon auszugehen, dass eine Gefährdung für den einheitlichen Rechtsschutz droht, wenn die Beweislastverteilung nicht durch die Richtlinie vorgegeben wird.

Ferner ist es zwingend notwendig, dass die Halbleiterschutzrichtlinie auch die Struktur von Grundsatz und Ausnahme aufweist, aus der die Beweislastverteilung nach den Erwägungen der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen ist.

⁶⁷⁴ Hafemeyer, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts, S. 42; Wadle, GRUR 1979, S. 383.

⁶⁷⁵ Siehe: D. III 2. c.) (2) (a).

⁶⁷⁶ Siehe: F. I.

Die Halbleiterschutzrichtlinie normiert in Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art 2 und 3 Abs. 1 das ausschließliche Recht des Schöpfers der Topographie eines Halbleiters. Aufgrund dieses Rechtes kann der Schöpfer die Nachbildung einer Topographie (Art. 5 Abs. 1 a) Halbleiterschutzrichtlinie) oder die geschäftliche Verwertung und die für diesen Zweck erfolgende Einfuhr einer Topographie oder eines Halbleitererzeugnisses, das unter Verwendung dieser Topographie hergestellt wurde (Art. 5 Abs. 2 a Halbleiterschutzrichtlinie), verbieten. In Parallele zum ausschließlichen Recht des Markeninhabers aus Art. 5 MRL hat diese Vorschrift rechtsbegründenden Charakter und stellt deswegen einen Grundsatz i. S. d. Rechtsprechung des EuGH dar.

Art. 4 Halbleiterschutzrichtlinie sieht die Möglichkeit vor, dass das ausschließliche Recht an der Topographie eines Halbleitererzeugnisses nach zwei Jahren erlöschen kann, wenn innerhalb dieses Zeitraum kein ordnungsgemäßer Antrag auf Eintragung der Topographie gestellt wurde. Diese Norm sieht das Erlöschen der Rechte aus Art. 5 Halbleiterschutzrichtlinie dar und hat insofern rechtsvernichtenden Charakter. Es handelt sich um eine Ausnahme vom zuvor beschriebenen Grundsatz. Eine weitere Ausnahmen von diesem Grundsatz ist in Art. 7 Abs. 3 Halbleiterschutzrichtlinie zu sehen. Nach dieser Norm erlöscht das ausschließliche Recht an der Topographie eines Halbleitererzeugnisses grundsätzlich nach 10 Jahren.

Auch der Halbleiterschutzrichtlinie liegt mithin eine Systematik von Grundsatz und Ausnahme zugrunde.

Die Halbleiterschutzrichtlinie bietet damit ebenfalls ausreichenden Nährboden für die Beweislastverteilung nach den Erwägungsgründen des *EuGH*.

G. Schlussbetrachtung

Bei der Betrachtung der Beweislastverteilung im nationalen Markenrecht Deutschlands und Norwegens hat sich Folgendes ergeben:

- Im deutschen MarkenG trägt der Markeninhaber grundsätzlich die Beweislast für die allgemeinen und speziellen, sowie für weitere tatsächliche Voraussetzungen der Markenrechtsverletzung nach § 14 MarkenG. Einzig für das Merkmal „ohne Zustimmung“ aus § 14 Abs. 2 MarkenG ist die Beweislastverteilung umstritten. Diese Arbeit kommt entgegen einer weit verbreiteten Ansicht zu dem Ergebnis, dass diese Norm richtlinienkonform auszulegen ist, sodass der Markeninhaber die Beweislast für das Merkmal „ohne Zustimmung“ trägt.⁶⁷⁷

Ferner trägt im deutschen Markenrecht der Markenbenutzer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung der Rechte aus der Marke i. S. d. § 24 Abs. 1 MarkenG.⁶⁷⁸ Die Beweislast für die Ausnahmen von der Erschöpfung gem. § 24 Abs. 2 MarkenG trägt ebenfalls der Markeninhaber.⁶⁷⁹ An dieser Stelle lässt das deutsche Recht mehrere Auslegungen zu. Es

⁶⁷⁷ Siehe: E. I. 3. b.).

⁶⁷⁸ Siehe: E. I. 4. a.).

⁶⁷⁹ Siehe: E. I. 4. b.).

entspricht der „gewöhnlichen“ Interpretation nach den Maßstäben der Satzbaulehre, in der Ausnahmeformulierung des § 24 Abs. 2 MarkenG eine Sonderregel der Beweislast zu sehen, nach der der Markeninhaber die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Norm zu beweisen hätte. Dieser Ansatz würde jedoch den Wertungen der MRL widersprechen. Deswegen ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung die Interpretation des deutschen Rechts vorzuziehen, nach der die Beweislast für § 24 Abs. 2 MarkenG beim Markenbenutzer liegt.⁶⁸⁰

Die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Verwirkung der Rechte aus der Marke i. S. d. § 21 Abs. 1 MarkenG trägt ebenfalls grds. der Markenbenutzer.⁶⁸¹ Auch an dieser Stelle lässt das Markenrecht mehrere Interpretationen zu. Im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung hat sich jedoch ergeben, dass in der satzbaumäßigen Konstruktion am Ende von § 21 Abs. 1 MarkenG ebenfalls keine Sonderregel der Beweislast zu sehen ist⁶⁸², sodass der Markeninhaber auch für diese Voraussetzungen die Beweislast trägt.

- Im norwegischen vml. trägt der Markeninhaber die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen einer Markenrechtsverletzung i. S. d. § 4 vml. und somit auch für das Merkmal „ohne Zustimmung“.⁶⁸³

Der Markenbenutzer trägt hingegen regelmäßig die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Erschöpfung i. S. d. § 6 vml.⁶⁸⁴

Unklar ist die Beweislastverteilung bei § 8 vml., der die Verwirkung der Rechte aus der Marke regelt. Da sich weder aus der Literatur, noch aus der Rechtsprechung oder den Gesetzesvorarbeiten ergibt, welche Partei die Beweislast für dieses Merkmal trägt, kommen die allgemeinen, verschiedenartigen Lehren zur Anwendung, die keine klare Beantwortung der Frage erlauben.⁶⁸⁵

- Das Europäische Recht beeinflusst die Frage der Beweislastverteilung vor allem durch die Regelungen der MRL.⁶⁸⁶ Wie sich gezeigt hat, lässt sich den materiell-rechtlichen Wertungen der MRL die Beweislastverteilung im Einzelfall entnehmen.⁶⁸⁷ Dabei ist zugrunde zu legen, dass die Normen der MRL in einem Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis zueinander stehen und jede Partei die

⁶⁸⁰ Siehe: E. I. 4. a.) (2); Siehe: E. I. 4. b.).

⁶⁸¹ Siehe: E. I. 5. a.).

⁶⁸² Siehe: E. I. 5. b.).

⁶⁸³ Siehe: E. II. 2.

⁶⁸⁴ Siehe: E. II. 3.

⁶⁸⁵ Siehe: E. II. 4.

⁶⁸⁶ Siehe: D. III. 2. c.).

⁶⁸⁷ Siehe: D. III. 2. c.) (5).

tatsächlichen Voraussetzungen der Norm zu beweisen hat, die für sie günstig ist.

- Die Beweislastverteilung im deutschen Markenrecht ist grundsätzlich mit dieser Beweislastverteilung durch die MRL vereinbar, da die Grundregel der (*Modifizierten*) *Normentheorie*, die das deutsche Beweislastrecht beherrscht, mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis, das der MRL zugrunde liegt, übereinstimmt.⁶⁸⁸

Spannungen sind „lediglich“ dort zu erwarten, wo im deutschen Markenrecht Sonderregeln der Beweislast angenommen werden könnten, also von der Grundregel abgewichen werden könnte. Dies zeigte sich etwa bei dem Merkmal „ohne Zustimmung“ i. S. d. § 14 Abs. 2 MarkenG⁶⁸⁹ und bei den satzbaumäßigen Formulierungen in § 24 Abs. 2⁶⁹⁰ und § 21 Abs. 1 a.E⁶⁹¹. In diesen Bereichen muss die Auslegung des MarkenG dahingehend angepasst werden, dass in diesen Normen keine Sonderregeln der Beweislast zu sehen sind.

- Die Beweislastverteilung im norwegischen Markenrecht ist hingegen nur bedingt mit den Vorgaben der MRL vereinbar.⁶⁹² Zwar stimmt die Beweislastverteilung bei § 4 vml. und bei § 6 vml. mit den Vorgaben der MRL überein⁶⁹³, doch muss dieses Ergebnis als ein zufälliges betrachtet werden. Im norwegischen Zivilprozessrecht hat sich nämlich keine solche Grundregel i. S. d. *Normentheorie Rosenbergs* durchsetzen können. Es bleibt insofern immer möglich, dass die Beweislastverteilung im norwegischen Markenverletzungsprozess in Abweichung von dieser Grundregel und damit auch in Abweichung von den Vorgaben der MRL verteilt wird, wie sich i.Z.m. § 8 vml. gezeigt hat.⁶⁹⁴

- Das im Zivilprozess zugrunde zu legende Beweismaß bestimmt sich nach den jeweiligen nationalen Regelungen.⁶⁹⁵ Aufgrund des stark verschiedenen ausgestalteten Standardbeweismaßes ist auch der Umfang des durch die MRL und das nationale Markenrecht verteilten Risikos des Prozessverlustes je nach Rechtsordnung verschieden groß.⁶⁹⁶ Dieser Umstand ist grundsätzlich geeignet, die Harmonisierung der Beweislastverteilung durch die MRL zu unterlau-

⁶⁸⁸ Siehe: E. I. 6.

⁶⁸⁹ Siehe: E. I. 3. b.).

⁶⁹⁰ Siehe: E. I. 4. b.).

⁶⁹¹ Siehe: E. 5. b.).

⁶⁹² Siehe: E. II. 6.

⁶⁹³ Siehe: E. II. 5.

⁶⁹⁴ Siehe: E. II. 5.

⁶⁹⁵ Siehe: D. III. 3.

⁶⁹⁶ Siehe: C. III. und E. IV.

fen.⁶⁹⁷ Es konnte jedoch festgestellt werden, dass diese Gefahr nicht von dem hohen Standardbeweismaß im deutschen Zivilrechtprozessrechts ausgeht, sondern mit dem extrem geringen Standardbeweismaß des norwegischen Zivilprozessrechts einhergeht. Die Lösung muss insofern in der Anpassung des norwegischen Beweismaßes liegen.⁶⁹⁸

- Ein Ausblick hat darüber hinaus gezeigt, dass eine Übertragung der Rechtsprechung des *EuGH* zur Beweislastverteilung durch die MRL auf weitere Richtlinien im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes möglich ist. Dies gilt für die Musterschutzrichtlinie und für die Halbleiterschutzrichtlinie, während eine Übertragbarkeit auf die Biopatentrichtlinie als nicht möglich bewertet wurde.

⁶⁹⁷ Siehe: E. IV.

⁶⁹⁸ Siehe: E. IV.

Kern der vorliegenden Arbeit ist die praktisch bedeutsame Frage der Beweislastverteilung im deutschen und im norwegischen Markenrecht. Besonders relevant wird dieser Vergleich dadurch, dass das Markenrecht Deutschlands und Norwegens nicht bezugslos nebeneinander stehen, sondern durch die Richtlinie 2008/95/EG (Markenrechtsrichtlinie) und deren Übernahme in das EWR-Abkommen europäisch harmonisiert werden. Vor diesem Hintergrund widmet sich die Arbeit sowohl dem nationalen Recht der beiden Länder, als auch den europäischen Herausforderungen. Zudem wird der Frage nachgegangen, welche Bedeutung dem Beweismaß in diesem Zusammenhang zukommt. Zuletzt geht der Verfasser noch auf die Frage ein, inwieweit sich die Ergebnisse dieser Arbeit auf andere Richtlinien im Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes übertragen lassen.