SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO
vom 7. Juli 1998 *

1. Sind die Artikel 30 bzw. 52 ff. EG-Vertrag dahin auszulegen, daß sie der Anwendung von nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die gebieten, bei verwechslungsfähigen Marken bzw. Unternehmensbezeichnungen die prioritätsältere zu schützen, und daher einem Unternehmen verbieten, eine Marke bzw. Unternehmensbezeichnung, unter der mit ihr im Konzernverhältnis stehende Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten erlaubtermaßen auftreten, in drei österreichischen Bundesländern zu verwenden?

2. Diese Frage stellt uns das Handelsgericht Wien im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Pfeiffer Großhandel GmbH (im folgenden: Klägerin) und der Löwa Warenhandel GmbH (im folgenden: Beklagte).

3. Die Klägerin betreibt seit 1969 in Pasching bei Linz (Österreich) unter der Bezeichnung „Plus KAUF PARK" [1] einen Verbrauchermarkt. Die Wort-Bild-Marke „Plus KAUF PARK" wurde beim Österreichischen Patentamt für verschiedene Warenklassen mit Priorität vom 5. August 1969 registriert. Die Klägerin verkauft verschiedene Waren, hauptsächlich aus dem Lebensmittelbereich, unter der Marke „Plus Wir bieten mehr" (Priorität vom 22. September 1989). Der Verbrauchermarkt „Plus KAUF PARK" wurde in das im Oktober 1989 eröffnete Einkaufszentrum „Plus City" eingegliedert, das über 100 Einzelhandelsgeschäfte aller gängigen Branchen beherbergt. Anläßlich der Errichtung der „Plus City" räumten die Rechtsvorgänger der Klägerin den Betreibern der einzelnen Geschäfte umfassende Benutzungsrechte an den erwähnten Marken und den sonstigen Bezeichnungen ein, die das Schlagwort „Plus" enthalten. In den Mietverträgen wird jeder Betreiber verpflichtet, bei einer Bezugnahme auf die „Plus City" deren Originallogo zu verwenden.

4. Die Beklagte betreibt in Österreich 139 Diskontläden, in denen sie im wesentlichen gleichartige Waren zum Kauf anbietet wie der Verbrauchermarkt der Klägerin. Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Tengelmann Warenhandelsgesellschaft, die Inhaberin der internationalen Marke „Plus" mit Priorität vom 15. November 1989 ist. Die Beklagte ist ferner eine Schwestergesellschaft der „Plus" Warenhandelsgesellschaft, einer Gesellschaft deutschen Rechts, die Inhaberin der beim Österreichischen Patentamt eingetragenen Wort-Bild-Marke „Plus Prima leben und sparen" (Priorität vom 18. Dezember 1979) ist. Die Beklagte selbst ist Inhaberin der

* Originalsprache: Französisch.

1 — Während im Vorlagebeschluß von der Bezeichnung „Plus KAUF MARKT" die Rede ist, handelt es sich, wie sich aus den Akten ergibt, tatsächlich um „Plus KAUF PARK".

beim Österreichischen Patentamt mit Priorität vom 15. April 1994 eingetragenen Wort-Bild-Marke „Pluspunkt".

5. Die Tengelmann Warenhandelsgesellschaft und die Plus Warenhandelsgesellschaft treten in Deutschland, Italien, Spanien, der Tschechischen Republik und Ungarn für den Bereich der Diskontläden unter der Geschäftsbezeichnung „Plus" auf. Die Muttergesellschaft Tengelmann strebt ein einheitliches Erscheinungsbild in ganz Europa mit der Möglichkeit einer europaweit gleichartigen Werbung und den weiteren Aufbau einer „Corporate identity" an.

6. Aufgrund dessen begann die Beklagte 1994, Waren unter der Bezeichnung „Plus" zu vertreiben und 17 ihrer 139 in Österreich betriebenen Supermärkte von „Zielpunkt" in „Plus Prima leben und sparen" umzubenennen, wobei die graphische Aufmachung völlig der Wort-Bild-Marke ihrer deutschen Schwestergesellschaft, der Plus Warenhandelsgesellschaft, entspricht.

7. Diese graphische Aufmachung unterscheidet sich sowohl durch den Zusatz als auch in ihrer optischen Ausgestaltung von der Bezeichnung, die die Klägerin benutzt.

8. Die Klägerin beantragt im Ausgangsverfahren, der Beklagten zu verbieten, in den Bundesländern Niederösterreich, Oberösterreich und Salzburg Einzelhandelsgeschäfte für Endverbraucher unter der Geschäftsbezeichnung „Plus" mit oder ohne Zusätze zu betreiben und/oder dafür zu werben.

9. Nach dem Vorabentscheidungersuchen kann gemäß § 9 Absatz 1 des österreichischen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (im folgenden: UWG) die Benutzung von Namen, Firmen oder besonderen Bezeichnungen eines Unternehmens in einer Weise, die geeignet ist, Verwechslungen mit Namen, Firmen oder besonderen Bezeichnungen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, hervorzurufen, verboten werden. Nach § 9 Absatz 3 stehen der besonderen Bezeichnung eines Unternehmens registrierte Marken, ferner solche Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Unternehmens von anderen Unternehmen bestimmte Einrichtungen, insbesondere auch Ausstattungen von Waren, ihrer Verpackung oder Umhüllung und von Geschäftspapieren, gleich, die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Unternehmens gelten.

10. Wie im Vorlagebeschluß ausgeführt, legt die österreichische Rechtsprechung diese Vorschrift so aus, daß Marken wie auch Unternehmensbezeichnungen den Schutz des § 9 UWG nur dann genießen, wenn sie Unterscheidungskraft besitzen, also etwas Besonderes, Individuelles an sich haben, das sie schon aufgrund ihrer Art geeignet macht,

ihren Träger von anderen Personen zu unterscheiden, oder wenn sie unabhängig von ihrer Originalität durch Verkehrsgeltung Kennzeichnungskraft erlangt haben. Nach ständiger österreichischer Rechtsprechung besitzen Unterscheidungskraft frei erfundene Phantasiewörter und Wörter, die zwar dem allgemeinen Sprachgebrauch angehören, jedoch mit der Ware, für die sie bestimmt sind, in keinem Zusammenhang stehen, also insbesondere nicht rein deskriptive Angaben. Diese Grundsätze gelten für Wortmarken gleichermaßen wie für Unternehmensbezeichnungen. Deskriptive Angaben sind jedoch schutzfähig, wenn es sich um eine aus dem Rahmen des Üblichen fallende eigenartige Kennzeichnung eines Unternehmens handelt.

11. Angesichts dieser Rechtsprechung ist das vorlegende Gericht der Auffassung, daß „Plus" als Bezeichnung eines Unternehmens, das Waren verschiedenster Art — Lebensmittel sowie andere Waren des täglichen Bedarfs — in Supermärkten vertreibt, durchaus originell und nicht bloß beschreibend und somit schutzfähig sei. Selbst wenn man annähme, daß es sich nur um ein „schwaches" Zeichen handle — das ebenfalls gemäß § 9 UWG geschützt sei, aber bei dem grundsätzlich schon geringfügige Unterschiede die Verwechslungsgefahr ausschlössen —, sei doch der Zusatz „Prima leben und sparen" nicht geeignet, die Verwechslungsgefahr auszuschließen, weil er viel weniger ins Auge falle und kaum als Unternehmensbezeichnung verstanden werde. Auch die unterschiedliche optische Ausgestaltung der Bezeichnungen könne Verwechslungen nicht verhindern, weil dafür auch bloß eine akustische Übereinstimmung genüge.

12. Das vorlegende Gericht kommt daher zu folgendem Ergebnis: „Nach der österreichischen Rechtslage verstößt die Verwendung der Bezeichnung ‚Plus' mit oder ohne Zusätze durch die Beklagte gegen § 9 UWG, da der Klägerin Priorität zukommt."

13. Da das vorlegende Gericht jedoch der Auffassung ist, daß das nach § 9 UWG auszusprechende Unterlassungsgebot den innergemeinschaftlichen Handel berühre, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die angeführte Frage vorgelegt.

Die Reichweite der Vorlagefrage

14. Wie sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen [2], den schriftlichen Erklärungen der beiden Parteien des Ausgangsverfahrens und ihren Antworten auf eine vom Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung gestellte Frage ergibt, ist Gegenstand dieses Verfahrens nur das Verbot der Benutzung einer bestimmten Unternehmensbezeichnung. Auf die Benutzung des Wortes „Plus" (mit oder ohne Zusatz) als Marke bezieht sich das Verfahren demnach nicht. Die Vorlagefrage braucht daher nicht anhand der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [3] geprüft zu werden.

2 — Vgl. Nr. 8.

3 — ABl. 1989, L 40, S. 1.

15. Damit ist eine Antwort, in der allein auf die Auslegung der Artikel 30 und 52 des Vertrages im Hinblick auf die Kollision von zwei Unternehmensbezeichnungen eingegangen wird, ausreichend, um dem nationalen Gericht die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu ermöglichen.

16. Das nationale Gericht ersucht ferner den Gerichtshof nicht um eine Beurteilung der Gefahr einer Verwechslung zwischen den streitigen Bezeichnungen. Es geht ohne weiteres vom Vorliegen einer solchen Gefahr aus. Im Urteil Terrapin [4] hat der Gerichtshof im Hinblick auf einen vergleichbaren Sachverhalt ausgeführt: „Zwar ist diese Beurteilung [des vorlegenden Gerichts] im Laufe des Verfahrens vor dem Gerichtshof angegriffen worden, doch hat der Gerichtshof hierüber nicht zu befinden, da ihm hierzu keine Fragen vorgelegt worden sind." Anders als etwa in der Rechtssache SABEL [5] fragt das nationale Gericht auch nicht, wie der Begriff „Verwechslungsgefahr" als solcher auszulegen sei.

17. Die Frage des Handelsgerichts Wien ist demnach so aufzufassen, daß sie sich nur darauf bezieht, ob in einem Fall, in dem die Benutzung einer Unternehmensbezeichnung nach Ansicht des nationalen Gerichts angesichts des Bestehens einer Priorität und einer Verwechslungsgefahr zu verbieten wäre, das Gericht gemäß Artikel 30 oder 52 des Vertrages dieses Verbot nicht aussprechen darf, wie von seinem nationalen Recht vorgeschrieben, sofern die in Rede stehende Gesellschaft diese Bezeichnung erlaubtermaßen in anderen Mitgliedstaaten verwendet.

4 — Urteil vom 22. Juni 1976 in der Rechtssache 119/75 (Slg. 1976, 1039, Randnrn. 3 und 4).

5 — Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95 (Slg. 1997, I-6191).

18. Entsprechend dem Wunsch des vorlegenden Gerichts werde ich die Frage nacheinander anhand des freien Warenverkehrs (Artikel 30 ff.) und der Niederlassungsfreiheit (Artikel 52 ff.) prüfen.

Zu Artikel 30 des Vertrages

19. Die Beklagte führt aus: „Bei einer uneingeschränkten Anwendung des § 9 UWG müßten bei Fallkonstellationen wie der zur Vorabentscheidung vorgelegten Konzerngesellschaften für einzelne Mitgliedstaaten unterschiedliche Kennzeichnungen verwenden. Weder könnten Werbekonzeptionen einheitlich für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft erfolgen, noch könnte der in Konzernen verfolgte Gedanke einer ‚Corporate identity' in Unternehmensbezeichnungen, dem Kernelement der gewerblichen Präsentation, nach außen deutlich gemacht werden."

20. Das Vorbringen der Beklagten geht im Kern dahin, daß ein Verbot, in einem Teil des österreichischen Hoheitsgebiets diejenige Geschäftsbezeichnung zu benutzen, die die zum selben Konzern gehörenden Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten benutzen, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellen würde, da es bewirken würde, daß der Konzern für die Vermarktung seiner Waren keine einheitliche Werbekonzeption verwenden könnte.

21. Die Beklagte beruft sich dafür, daß eine solche Aufgabe einer globalen Vermarktungsstrategie eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs darstellen würde, auf das Urteil Yves Rocher [6]. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt:

„[E]ine nationale Regelung, die bestimmte Formen der Werbung oder bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, [kann], obwohl sie die Einfuhr nicht unmittelbar regelt, geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Erzeugnisse beeinträchtigt. Der für einen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt."

22. Die Beklagte führt aus, auch nach dem Urteil Keck und Mithouard [7] stelle eine Beeinträchtigung der Absatzmöglichkeiten eine Beschränkung des freien Warenverkehrs im Sinne von Artikel 30 des Vertrages dar. Weder im Urteil Keck und Mithouard noch im Urteil Hünermund u. a. [8] sei die Vereinbarkeit eines nationalen Verbotes, das die Umsetzung einer gemeinschaftsweiten Werbekonzeption behindern oder erschweren würde, mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen gewesen. Demgegenüber habe der Gerichtshof im Urteil Mars [9] unter Bezugnahme auf das Urteil Keck und Mithouard unmißverständlich ausgeführt, daß ein Verbot, das sich gegen das Inverkehrbringen von Erzeugnissen in einem Mitgliedstaat richte, die die gleichen Werbeaufdrucke trügen wie diejenigen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig verwendet würden, auch wenn es unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelte, geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern. Nach Auffassung des Gerichtshofes könne ein solches Verbot „nämlich den Importeur dazu zwingen, die Ausstattung seiner Erzeugnisse je nach dem Ort des Inverkehrbringens unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbungskosten zu tragen" [10].

23. Die Beklagte kommt zu folgendem Ergebnis: „Ebenso verhält sich hier ein auf § 9 UWG gestütztes Verbot, wodurch es einem Konzern unmöglich gemacht wird, in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ... unter einer einheitlichen Etablissementbezeichnung aufzutreten." Artikel 30 des Vertrages sei demnach anzuwenden.

24. Die Klägerin stützt sich in ihren Ausführungen im wesentlichen auf die vom Gerichtshof im Anschluß an das Urteil Keck und Mithouard entwickelte Rechtsprechung. § 9 UWG „steht demnach als nationale Bestimmung, die ausschließlich die Verkaufsmodalitäten betrifft, die also nicht produkt-

6 — Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-126/91 (Slg. 1993, I-2361).

7 — Urteil vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Slg. 1993, I-6097).

8 — Urteil vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92 (Slg. 1993, I-6787).

9 — Urteil vom 6. Juli 1995 in der Rechtssache C-470/93 (Slg. 1995, I-1923).

10 — Randnr. 13.

bezogen wirkt, und die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, unterschiedslos anzuwenden ist, ... mit Artikel 30 EG-Vertrag im Einklang".

25. Der Wunsch der Beklagten nach einer einheitlichen Werbekonzeption für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und das Bemühen um eine „Corporate identity" träten in ein Spannungsfeld mit dem kommerziellen Eigentum. Einfuhrverbote und -beschränkungen aus Gründen des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums seien unter der Voraussetzung zulässig, daß sie keine willkürliche Diskriminierung darstellten und auch keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten bewirkten.

26. Die Kommission führt aus, Artikel 30 des Vertrages stehe einer Vorschrift wie der in § 9 UWG enthaltenen nicht entgegen. „Denn wenn ‚Verkaufsmodalitäten' kraft der Rechtsprechung Keck vom Anwendungsbereich des Artikels 30 EG-Vertrag ausgenommen sind, so muß dies ... erst recht für Vorschriften gelten, die keine — wie auch immer gearteten — Verkaufsmodalitäten vorschreiben." Nach Auffassung der Kommission fallen „unter Verkaufsmodalitäten vor allem Vorschriften über die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen und andere Umstände — wie eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten — unter denen Waren vertrieben werden können und die Ausdruck landesweiter oder regionaler, sozialer und kultureller Besonderheiten sind" [11]. Diese Voraussetzungen seien im Fall des § 9 Absatz 1 UWG nicht gegeben.

27. Der Gerichtshof habe überdies festgestellt, daß die Anwendung einer nationalen Vorschrift, die nicht im Zusammenhang mit der Wareneinfuhr oder -ausfuhr stehe, nicht von den Artikeln 30 ff. des Vertrages erfaßt werde [12]. So verhalte es sich im vorliegenden Fall, da mit § 9 Absatz 1 UWG eine Regelung des grenzüberschreitenden Handels mit Waren weder bezweckt noch bewirkt werde. Die Beklagte, die bereits in Österreich niedergelassen sei, habe unabhängig von ihrer Geschäftsbezeichnung weiterhin die Möglichkeit, Waren zu importieren und in Österreich zu verkaufen.

28. Ich schlage Ihnen vor, der Argumentation der Klägerin und der Kommission zu folgen. Das Verbot der Benutzung einer Geschäftsbezeichnung kann meines Erachtens keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellen, da es nur die Bezeichnung des *Unternehmens* betrifft.

11 — Vgl. etwa Urteil vom 20. Juni 1996 in den Rechtssachen C-418/93 bis C-421/93, C-460/93 bis C-462/93, C-464/93, C-9/94 bis C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 und C-332/94 (Semeraro Casa u. a., Slg. 1996, I-2975, Randnr. 25).

12 — Vgl. Urteil vom 7. Mai 1997 in den Rechtssachen C-321/94 bis C-324/94 (Pistre u. a., Slg. 1997, I-2343, Randnr. 44).

29. Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil Keck und Mithouard (sowie in späteren Entscheidungen) festgestellt hat,

„... stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, daß *Waren* aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, *bestimmten Vorschriften entsprechen müssen* ... wie etwa hinsichtlich ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung ... selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Artikel 30 verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen läßt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht".

30. „Demgegenüber ist... die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ... unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag."

31. Im vorliegenden Fall besteht keine nationale Bestimmung, durch die Voraussetzungen festgelegt werden, denen die Waren entsprechen müssen, oder der Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten geregelt werden soll.

32. Es handelt sich um eine Bestimmung, die im übrigen den Absatz von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise als den Absatz inländischer Erzeugnisse berührt.

33. Zwar könnte das Verbot der Benutzung der Unternehmensbezeichnung eine weitere Steigerung des Absatzvolumens behindern und damit das Absatzvolumen von Waren aus anderen Mitgliedstaaten negativ beeinflussen, da es zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften die Möglichkeit nimmt, in allen Mitgliedstaaten, in denen der Konzern vertreten ist, eine einheitliche Werbekonzeption zu verwenden. Doch kann dieser Umstand nicht dazu führen, daß das in Rede stehende Verbot unter die Definition der Maßnahmen

gleicher Wirkung fällt, da es sich auf die fragliche Unternehmensbezeichnung und nicht auf die von dem Unternehmen vertriebenen Waren bezieht.

34. Aus dem gleichen Grund ist das von der Beklagten auf das Urteil Mars gestützte Vorbringen zurückzuweisen. Dieses Urteil betrifft nämlich Beschränkungen des freien Warenverkehrs, die sich aus einem Verbot der Verwendung bestimmter Werbeaufdrucke auf der Verpackung *der Erzeugnisse* ergeben. Wie ausgeführt, ist jedoch Gegenstand des Ausgangsverfahrens nur die Bezeichnung der beiden Unternehmen, nicht aber die Marke oder die Marken, mit denen das eine oder das andere Unternehmen seine Erzeugnisse versieht.

35. Das Urteil Yves Rocher ist meines Erachtens aus drei Gründen nicht einschlägig. Erstens geht es im vorliegenden Fall nicht um eine „Regelung, die bestimmte Formen der Werbung ... beschränkt oder verbietet". Daß die Beklagte die von ihrer Muttergesellschaft für andere Märkte entwickelten Formen der Werbung nicht verwenden kann, ist lediglich eine mittelbare Folge von Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes.

36. Zweitens bin ich mit R. Joliet [13] der Auffassung, daß das Urteil Yves Rocher eine „Verkaufsmodalität" betraf und durch das Urteil Keck und Mithouard überholt ist.

37. Schließlich stellt eine Regelung der in § 9 UWG enthaltenen Art nicht einmal eine Verkaufsmodalität dar. Das bereits geschilderte A-fortiori-Argument der Kommission ist daher stichhaltig.

38. Das Verbot der Benutzung einer Unternehmensbezeichnung fällt demnach nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 des Vertrages. Rein vorsorglich sei darauf hingewiesen, daß eine Vorschrift wie § 9 UWG, wenn sie eine Maßnahme gleicher Wirkung wäre, unter die Ausnahmeregelung des Artikels 36 des Vertrages fiele. Da sie in gleicher Weise für Unternehmen in österreichischem Eigentum wie für ausländische Unternehmen gilt, kann sie nicht als ein „Mittel zur willkürlichen Diskriminierung" angesehen werden. Sie stellt auch keine „verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" dar, da sie, wie bereits ausgeführt, den Absatz von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise als den Absatz inländischer Erzeugnisse berührt.

Zu Artikel 52 des Vertrages

39. Die Vorlagefrage bezieht sich ferner darauf, ob Artikel 52 des Vertrages es ver-

13 — René Joliet, La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence, *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 20. Oktober 1994, Nr. 12, S. 145 ff.

bietet, daß in einem Fall wie dem vorliegenden einem Unternehmen die Benutzung einer Bezeichnung untersagt wird.

40. Nach Auffassung der Klägerin wird die durch die Artikel 52 ff. des Vertrages geschützte Grundfreiheit durch die in Rede stehende nationale Vorschrift nicht berührt. Die Frage einer etwaigen Verletzung dieser Freiheit stelle sich damit gar nicht.

41. Das der Niederlassungsfreiheit innewohnende Diskriminierungsverbot verbiete jede Benachteiligung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei der Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. Nur formal diskriminierende nationale Regelungen, also solche, die an die Staatsangehörigkeit anknüpften und offen und bewußt In- und Ausländer wegen ihrer unterschiedlichen Staatsangehörigkeit ungleich behandelten, seien unzulässig. Die Rechtsfolge nach § 9 UWG gelte jedoch für In- und Ausländer unterschiedslos.

42. Soweit die Niederlassungsfreiheit — vor allem aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes — auch teilweise als Beschränkungsverbot interpretiert werde, bedeute sie kein generelles Beschränkungsverbot; anders verhalte es sich beim freien Warenverkehr. Beschränkungen der Freiheit nach Artikel 52 des Vertrages mit Rücksicht auf das kommerzielle und geistige Eigentum seien immer zugelassen worden. Die Eckpfeiler und Kriterien der Niederlassungsfreiheit, d. h. die Genehmigung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit, würden durch § 9 UWG weder eingeschränkt noch untersagt.

43. Die Beklagte führt folgendes aus: „Durch ein Verbot einer Unternehmenskennzeichnung könnte auch die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 52 und 58 EG-Vertrag der Muttergesellschaft in unzulässiger Weise eingeschränkt werden." Sie beruft sich hierfür auf das Urteil Gebhard [14], in dem der Gerichtshof festgestellt hat:

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich jedoch, daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist."

14 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37).

44. Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt die Beklagte aus, „eine Beschränkung [liegt] darin, daß ein (hier: deutsches) Unternehmen, das mit seiner Unternehmensbezeichnung auch infolge grenzüberschreitender Werbung und grenzüberschreitenden Einkaufs im benachbarten Mitgliedstaat (hier: Österreich) bekannt ist und aus naheliegenden Gründen seine Strategie europaweit zu vereinheitlichen trachtet, in seinen Erfolgsaussichten in diesem benachbarten Markt beeinträchtigt wird, indem ihm die Verwendung des anderweits etablierten und auch am benachbarten Markt nicht unbekannten Zeichens verwehrt wird." Schließlich sei das fragliche Verbot nicht verhältnismäßig, da keine (ernsthafte) Verwechslungsgefahr vorliege. Ihrer Ansicht nach muß nämlich „die Verwechslungsgefahr ... ernsthaft sein, um quantitativ so ins Gewicht zu fallen, daß eine derartige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt ist".

45. Die Kommission ist der Ansicht, daß die Artikel 52 ff. des Vertrages einer Vorschrift wie § 9 Absatz 1 UWG nicht entgegenstehen. Zwar könnten nationale Vorschriften über Firmennamen oder Geschäftsbezeichnungen die Niederlassungsfreiheit berühren, etwa wenn sie das Führen eines Firmennamens von einer besonderen Zulassung abhängig machten oder nur unter bestimmten — sprachlichen oder ähnlichen — Auflagen zuließen. § 9 Absatz 1 UWG enthalte jedoch keine derartige Regelung, die das Ob und das Wie der Niederlassung unmittelbar betreffe. Er weise damit keinen, jedenfalls keinen hinreichenden Bezug zur Niederlassungsfreiheit auf.

46. Selbst wenn man die Artikel 52 und 58 des Vertrages dahin auslegen wollte, daß Vorschriften wie die des § 9 Absatz 1 UWG in den Bereich der Niederlassungsfreiheit fielen, ergebe sich aus dem Vorlagebeschluß nichts, was darauf schließen ließe, daß diese Vorschrift, die hierzu ergangene Rechtsprechung oder die praktische Anwendung dieser Vorschrift eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung zwischen österreichischen Unternehmen und denjenigen Unternehmen, die sich in Österreich niederließen, bewirke.

47. Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist die Kommission jedoch der Ansicht, daß das Recht eines Unternehmens, für seine Tochtergesellschaften eine bestimmte Geschäftsbezeichnung zu verwenden, nicht unter die Niederlassungsfreiheit falle.

48. Überdies sei zu berücksichtigen, daß die Beklagte bereits in Österreich niedergelassen gewesen sei, als sie 1994 17 ihrer Tochtergesellschaften von „Zielpunkt" in „Plus Prima leben und sparen" umbenannt habe.

49. Die Ausführungen der Kommission sind meines Erachtens überzeugend.

50. Es geht um eine Gesellschaft österreichischen Rechts mit deutschem Kapital, die seit vielen Jahren 139 Diskontläden in Österreich

betreibt, von denen 122 den Namen „Zielpunkt" tragen und 17 in den letzten Jahren in „Plus Prima leben und sparen" umbenannt wurden.

51. Die Gesellschaft konnte also offensichtlich prosperieren, ungeachtet der Tatsache, daß ihr Kapital von einer deutschen Muttergesellschaft gehalten wird. Es wird nur eine einzige Bestimmung des österreichischen Rechts, § 9 Absatz 1 UWG, beanstandet. Wie die Kommission zu Recht bemerkt, enthält diese Bestimmung jedoch keine das Ob und das Wie der Niederlassung unmittelbar betreffende Regelung.

52. Erst als die Beklagte die Bezeichnung einiger ihrer Geschäfte ändern wollte, stieß sie auf den Widerstand einer anderen Gesellschaft, die ein Prioritätsrecht für eine ähnliche Bezeichnung geltend machte.

53. Der der Beklagten entgegengesetzte Widerstand steht in keinem Zusammenhang damit, daß ihr Kapital von einer deutschen Muttergesellschaft gehalten wird. Nichts läßt darauf schließen, daß eine Gesellschaft mit ausschließlich österreichischem Kapital im Fall der Benutzung des Wortes „Plus" nicht ebenfalls auf Widerstand gestoßen wäre.

54. Der von der Beklagten für die Änderung der Bezeichnung ihrer Geschäfte angeführte Grund (internationale Entwicklung der „Corporate identity", länderübergreifende Werbekampagnen) kann meines Erachtens auch keinen ausreichenden Zusammenhang mit dem Grundsatz der Niederlassungsfreiheit herstellen. Dieser Grund betrifft eventuell für die Gesellschaft bestehende Möglichkeiten, ihren Absatz dadurch zu steigern, daß sie einen Namen benutzt, der in den Nachbarländern und auch bei einer Anzahl von in diese Länder gereisten österreichischen Staatsangehörigen bekannt ist.

55. Keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch, alles zu tun — sogar ihre Rechtsvorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums abzuschaffen —, um diejenigen Geschäftsstrategien möglichst weitgehend zu fördern, die die in ihrem Gebiet ansässigen und im Eigentum von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten stehenden Gesellschaften für am aussichtsreichsten halten.

56. Nach Artikel 52 umfaßt nämlich „die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen".

57. Die von der Beklagten angeführte Passage des Urteils Gebhardt, in der „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den

Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können", erwähnt sind, ist, wie die Ausführungen der Beklagten zeigen, möglicherweise mißverständlich und sollte aus diesem Grund präzisiert werden.

58. Es wäre nämlich unerträglich, wenn die Mitgliedstaaten nationale Rechtsvorschriften aller Art, wie etwa höhere Gesellschaftssteuer- oder Mehrwertsteuersätze als in anderen Ländern, die Notwendigkeit, sich im Verkehr mit der Verwaltung der nationalen Sprache zu bedienen, oder den Grundsatz der Priorität der älteren eingetragenen Marke oder Geschäftsbezeichnung, als „zwingendes Erfordernis" rechtfertigen müßten, sofern ein Wirtschaftsteilnehmer geltend macht, daß die Niederlassungsfreiheit durch diese Vorschrift weniger attraktiv werde.

59. Eine nationale Regelung bedarf nur dann einer Rechtfertigung im Sinne von Artikel 52 des Vertrages, wenn sie in einem hinreichend engen Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit steht. Ebenso wie die Kommission bin ich der Auffassung, daß dies bei § 9 Absatz 1 UWG nicht der Fall ist.

60. Falls Sie diese Auffassung nicht teilen, werde ich nunmehr die vorliegende Rechtssache im Licht Ihrer Rechtsprechung prüfen, wonach Hindernisse für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nur dann hinzunehmen sind, wenn die nationalen Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen.

61. Erstens müssen diese Maßnahmen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden. Dies ist bei § 9 UWG zweifellos der Fall. Diese Vorschrift gilt nämlich sowohl für inländische Unternehmen als auch für Unternehmen, die sich in Österreich niederlassen wollen. Ferner ergibt sich aus den Akten kein Anhaltspunkt dafür, daß diese Vorschrift in der Praxis so angewandt wird, daß ausländische Unternehmen gegenüber inländischen benachteiligt werden.

62. Zweitens müssen die Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Wie sich aus dem Urteil Coditel u. a. [15]ergibt, hat der Gerichtshof als zwingende Gründe des Allgemeininteresses Beschränkungen angesehen, die auf die Anwendung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums zurückgehen. Zwar hatte der Gerichtshof in diesem Urteil darüber zu entscheiden, ob der Schutz des geistigen Eigentums eine Beschränkung des *freien Dienstleistungsverkehrs* rechtfertigen kann, doch muß dieses Interesse auch im Rahmen einer Beschrän-

15 — Urteil vom 18. März 1980 in der Rechtssache 62/79 (Slg. 1980, 881, Randnr. 15).

kung *der Niederlassungsfreiheit* als ein schutzwürdiger, zwingender Grund des Allgemeininteresses angesehen werden.

63. Zur dritten Voraussetzung, daß die fragliche nationale Maßnahme geeignet sein muß, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, ist darauf hinzuweisen, daß durch den Schutz der prioritätsälteren Unternehmensbezeichnung verhindert werden soll, daß sich zwischen zwei Unternehmen mit ähnlicher Bezeichnung eine „Verwechslungsgefahr" ergibt, aufgrund deren ein Unternehmen einen unangemessenen Vorteil aus der Ähnlichkeit der beiden Bezeichnungen ziehen könnte. Dieses Ziel wird durch das Verbot der Benutzung einer bereits einem anderen zustehenden Bezeichnung sicher erreicht.

64. Es bleibt zu prüfen, ob ein solches Verbot die vierte von der Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzung erfüllt, ob es also nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist.

65. Insoweit ist von Bedeutung, daß die Klägerin ihre Klage auf drei Bundesländer der Republik Österreich beschränkt. Ein für das gesamte Hoheitsgebiet geltendes Verbot könnte nämlich als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn sich das zu schützende Unternehmen nur auf einem regionalen oder lokalen Markt betätigt.

66. Für welches geographische Gebiet ein Verbot ausgesprochen werden könnte, ist im übrigen eine vom nationalen Gericht zu entscheidende Tatfrage.

67. Die Beklagte macht ferner geltend, das von der Klägerin beantragte Verbot gehe über das hinaus, was zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich sei, weil tatsächlich zwischen den beiden Unternehmensbezeichnungen keine Verwechslungsgefahr bestehe.

68. Dieses Vorbringen betrifft die zentrale Frage des Ausgangsrechtsstreits. Wie bereits ausgeführt, ersucht das Handelsgericht den Gerichtshof im vorliegenden Fall jedoch weder um eine Entscheidung darüber, ob eine Verwechslungsgefahr gegeben ist, noch um eine Präzisierung der Auslegung des Begriffes der Verwechslungsgefahr im Gemeinschaftsrecht. Es geht vom Vorliegen einer solchen Gefahr aus.

69. Die Beklagte ist hiermit jedoch nicht einverstanden. Sie ist der Ansicht, daß die Auslegung des Begriffes der Verwechslungsgefahr nicht in das Ermessen der nationalen Gerichte gestellt sei, sondern das Gemeinschaftsrecht eine enge Auslegung vorschreibe. Das nationale Gericht sei daher verpflichtet, vom Fehlen einer Verwechslungsgefahr auszugehen. Aufgrund der Angleichung des Markenrechts durch die Richtlinie 89/104 müsse sowohl auf der Ebene des primären als auch des sekundären Gemeinschaftsrechts der Zielvorstellung des Gemeinschaftsgesetzgebers Rechnung getragen werden, den Binnenmarkt auch in diesem Bereich zu vollenden. Begriffe wie

Verwechslungsgefahr dürften zur Erreichung dieses Zieles nicht weit ausgelegt werden. Zwar beziehe sich die Richtlinie nur auf Marken, während hier die Kollision zweier Unternehmensbezeichnungen zu beurteilen sei, doch sei von einem grundsätzlich einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr für sämtliche Zeichen auszugehen. Zudem verwende sie selbst wie auch die Klägerin die streitigen Bezeichnungen stets mit Zusätzen, die die Verwechslungsgefahr beseitigten oder zumindest verringerten.

70. Die Klägerin stützt sich auf die vom Gerichtshof im Rahmen der Artikel 30 und 36 des Vertrages erlassenen Entscheidungen zum Markenrecht. Sie beruft sich insbesondere auf das Urteil Deutsche Renault [16], aus dem sich ergebe, daß im Bereich der Marken die Beurteilung der Verwechslungsgefahr Sache des nationalen Gerichts sei. Was für die Warenausstattung gelte, müsse auch für die Unternehmensbezeichnung gelten. Ein verwechslungsfähiger Name eines Verbrauchermarkts sei ebenso zu untersagen wie verwechslungsfähige Produktlinien.

71. Mit der Klägerin bin ich der Auffassung, daß die Frage, ob tatsächlich eine „Verwechslungsgefahr" vorliegt, eine vom nationalen Gericht zu beurteilende Tatfrage ist. Insoweit ist die im Rahmen von Artikel 36 des Vertrages entwickelte Rechtsprechung zu den Marken entsprechend heranzuziehen, etwa das Urteil Deutsche Renault, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß die Festlegung der Kriterien dafür, ob eine Verwechslungsgefahr vorliegt, zu den Modalitäten des Schutzes des Markenrechts gehört, die sich nach nationalem Recht bestimmen [17]. Der Gerichtshof hat ferner auf die Frage, ob der Begriff der Verwechslungsgefahr eng auszulegen sei, festgestellt: „Das Gemeinschaftsrecht gebietet eine enge Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr ... nicht." [18]

72. Unter Hinweis auf die Ausführungen des Generalanwalts hat der Gerichtshof dieses Ergebnis wie folgt begründet:

„Das Warenzeichenrecht als ausschließliches Recht und der Schutz gegenüber verwechslungsfähigen Zeichen sind ... eigentlich die zwei Seiten einer Medaille: eine Einschränkung oder Ausdehnung des Umfangs des Schutzes vor Verwechslungsgefahr bedeutet nichts anderes als eine Einschränkung oder Ausdehnung der Bedeutung des Warenzeichenrechts. Beide Gesichtspunkte müssen

16 — Urteil vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-317/91 (Slg. 1993, I-6227).

17 — Randnr. 31.

18 — Randnr. 32.

folglich durch eine einzige und einheitliche Rechtsquelle — gegenwärtig also durch das nationale Recht — geregelt werden." [19]

73. Der Gerichtshof hat allerdings darauf hingewiesen, daß das nationale Recht den durch Artikel 36 Satz 2 des Vertrages gezogenen Grenzen unterliegt [20]. Nach dieser Bestimmung dürfen die Einfuhrverbote oder -beschränkungen, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen".

74. Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt: „Die Beantwortung der Frage, ob die Verwendung der Wörter ‚quattro' und ‚Quadra' in zusammengesetzten Bezeichnungen wie ‚Audi quattro' und ‚Espace Quadra' ausreicht, um trotz eines etwa festgestellten hohen Bekanntheitsgrades der Bezeichnung ‚quattro' eine Verwechslungsgefahr auszuschließen, ist Sache des nationalen Gerichts."

75. Werden diese Ausführungen auf den vorliegenden Fall übertragen, so kann der Schluß gezogen werden, daß sich auch die Modalitäten des Schutzes des Rechts an einer Unternehmensbezeichnung, zu denen der Begriff der Verwechslungsgefahr gehört, angesichts des Fehlens einer Harmonisierung des Gemeinschaftsrechts nach nationalem Recht bestimmen.

76. Die Frage, ob die Benutzung der Bezeichnung „Plus" mit oder ohne Zusatz durch die Beklagte die Gefahr einer Verwechslung mit der von der Klägerin seit 1969 verwendeten Bezeichnung begründet, ist daher vom nationalen Gericht zu beurteilen.

77. Zu dem Vorbringen der Beklagten in bezug auf die vierte vom Gerichtshof für das Vorliegen zwingender Erfordernisse aufgestellte vierte Voraussetzung genügt abschließend die Feststellung, daß ein an sie gerichtetes Verbot, die streitige Unternehmensbezeichnung zu benutzen, im Hinblick auf das angestrebte Ziel nicht unverhältnismäßig ist, sofern das nationale Gericht zu dem Ergebnis kommt (oder davon ausgeht), daß eine Verwechslungsgefahr tatsächlich besteht.

78. Nach alledem steht Artikel 52 des Vertrages meines Erachtens einem Verbot der Benutzung einer Unternehmensbezeichnung in einem Fall, wie er im Ausgangsverfahren gegeben ist, nicht entgegen.

19 — Randnr. 31.
20 — Randnr. 33.

Ergebnis

79. Ich schlage Ihnen daher vor, die Frage des Handelsgerichts Wien wie folgt zu beantworten:

Die Artikel 30 und 52 EG-Vertrag sind dahin auszulegen, daß sie in einem Fall wie dem vorliegenden der Anwendung von nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, die gebieten, bei verwechslungsfähigen Unternehmensbezeichnungen die prioritätsältere zu schützen, und daher einem Unternehmen verbieten, eine Unternehmensbezeichnung, unter der mit ihr im Konzernverhältnis stehende Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten erlaubtermaßen auftreten, in drei österreichischen Bundesländern zu verwenden.