SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 9. Juni 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag beschränken die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften über die Begründung und den Schutz von Warenzeichen gegenüber ähnlichen Zeichen, die als solche eine Verwechslungsgefahr begründen können.

Dies sind die Gesichtspunkte, um die es in der vorliegenden Rechtssache im Kern geht.

2. Ich möchte den Sachverhalt kurz wiedergeben.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um eine Kollision zwischen Warenzeichen unterschiedlichen Ursprungs, die in verschiedenen Mitgliedstaaten für zwei voneinander unabhängige Unternehmen eingetragen sind:

— das in Deutschland (und international) für Audi eingetragene Warenzeichen „quattro", das zur Kennzeichnung der allradgetriebenen Version (vier angetriebene Räder) einiger Modelle der Palette bestimmt ist, die unter der Kennzeichnung „Audi quattro" vertrieben werden;

— das in Frankreich für Renault eingetragene Warenzeichen „Quadra", das zur Kennzeichnung der allradgetriebenen Version des Modells Espace bestimmt ist, die unter der Bezeichnung „Espace Quadra" vertrieben wird.

3. Die Streitigkeiten zwischen den beiden bekannten Kraftfahrzeugherstellern sind in Deutschland entstanden und haben sich auf zwei Ebenen zugleich entwickelt. Zum einen hat die deutsche Tochtergesellschaft von Renault, die Deutsche Renault, beim Deutschen Patentamt die Löschung des rivalisierenden Warenzeichens „quattro" beantragt und erlangt. Diese Entscheidung ist später durch Entscheidung des Bundespatentgerichts bestätigt worden (eine Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung war jedoch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof anhängig).

Die von der Deutschen Renault (im folgenden: Renault) erlangte Löschung des Warenzeichens „quattro" erfolgte aus nachstehenden Gründen:

— Das deutsche Warenzeichengesetz (§ 4 Absatz 2 WZG) schließe grundsätzlich die Möglichkeit einer Eintragung von Zahlwörtern aus, es sei denn, das Zeichen habe sich im Verkehr als Kennzeichen der Waren des Anmelders durchgesetzt (§ 4 Absatz 3 WZG; das grundsätzliche Verbot der Eintragung von Zahlen fügt sich in das allgemeine Verbot der Eintragung aller Zeichen ein, denen, da sie im wesentlichen *Beschreibungen* der

* Originalsprache: Italienisch.

Beschaffenheit oder Qualität der Waren darstellen, die für die wirksame Entstehung eines Warenzeichens erforderliche *Unterscheidungskraft* fehlt);

— das Warenzeichen „quattro" — das italienische Zahlwort für die Zahl vier — werde vom Verbraucher als Zahl empfunden;

— es sei nicht hinreichend nachgewiesen worden, daß das Zeichen „quattro" eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung erreicht habe, um ihm Unterscheidungskraft beimessen zu können; dabei sei zu berücksichtigen, daß gerade in der Automobilbranche das Bedürfnis bestehe, das Zeichen „quattro", als Bezeichnung zahlreicher technischer Merkmale der Kraftfahrzeuge (vier angetriebene Räder, vier Türen, vier Zylinder usw.) grundsätzlich für die Hersteller *freizuhalten.*

4. Zum anderen hat Audi — praktisch unmittelbar nach Einleitung des Verfahrens der Renault beim Patentamt — gegen Renault eine Klage auf Unterlassung und Schadensersatz erhoben, mit der sie die Einstellung des Vertriebs des Kraftfahrzeugs „Espace" mit der Bezeichnung „Quadra" erstrebt. Die Klage, die auf das Ausschlußrecht aufgrund der Eintragung oder der Benutzung des Zeichens „quattro" als Kennzeichen (§ 25 WZG schützt das durch die Benutzung begründete Warenzeichen) gestützt ist, war in der ersten und in der Berufungsinstanz erfolgreich.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts korrigiert und festgestellt, das Zeichen „quattro" besitze in der Automobilbranche besondere Bedeutung und sei demgemäß für den allgemeinen Gebrauch freizuhalten. Folglich könne ein Warenzeichen für dieses Zeichen nur anerkannt werden, wenn sich ergebe, daß es als Kennzeichen für die Waren eines bestimmten Unternehmens einen hohen Grad an Verkehrsgeltung erreicht habe. Der BGH ist also zu dem Ergebnis gekommen, daß der vom Berufungsgericht festgestellte Bekanntheitsgrad nicht ausreiche, um dem fraglichen Zeichen Schutz zu gewähren. Der BGH hat jedoch ausgeführt, daß das Zeichen „quattro" nach deutschem Warenzeichenrecht schutzfähig sei, falls eine weitere vom Berufungsgericht vorgenommene Sachaufklärung ergebe, daß dieses Zeichen im Verkehr den erforderlichen hohen Bekanntheitsgrad erlangt habe.

Für den Fall, daß die erforderliche weitere Sachaufklärung ergeben sollte, daß das nationale Recht den von Audi im vorliegenden Fall beanspruchten Schutz gewährt, hält es der BGH für erforderlich, den Gerichtshof um eine Entscheidung darüber zu ersuchen, ob das Gemeinschaftsrecht, und zwar die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag, der Gewährung dieses Schutzes entgegenstehen.

5. Vor einer Untersuchung der Frage des BGH ist darauf hinzuweisen, daß die Erste Richtlinie des Rates über die Marken spezielle Regelungen im Hinblick auf die im vorliegenden Rechtsstreit aufgeworfenen Rechtsfragen enthält. Die Richtlinie, die einen ersten Schritt zur Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich darstellt, enthält nämlich Vorschriften betreffend die wesentlichen Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke und den Schutz eingetragener Marken gegenüber

anderen identischen oder ähnlichen Marken. Die Richtlinie findet jedoch auf durch Benutzung erworbene Marken (wie möglicherweise das Warenzeichen „quattro") keine Anwendung [1], und im entscheidungserheblichen Zeitraum war die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen, so daß ihre Vorschriften für die Entscheidung des Rechtsstreits ohnehin keine Bedeutung haben. Im vorliegenden Fall hat der Gerichtshof also nur über die Beschränkungen zu entscheiden, die sich in diesem Bereich aus den Artikeln 30 bis 36 EWG-Vertrag ergeben.

Verhältnis zwischen den Bestimmungen des EWG-Vertrags über den Warenverkehr und den nationalen Rechtsvorschriften über die Begründung eines Warenzeichens

6. Die vom Bundesgerichtshof mit seinem Vorabentscheidungsersuchen gestellte Frage betrifft, wie erwähnt, die sich aus den Artikeln 30 bis 36 EWG-Vertrag für die Gewährung eines Warenzeichens ergebenden Beschränkungen. Im Kern geht es darum, ob diese Bestimmungen der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften entgegenstehen, nach denen, wenn auch nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, ein Warenzeichen für ein Zahlwort wie das Zeichen „quattro" gewährt wird.

7. Hierzu ist zunächst allgemein zu sagen, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [2] die Ausnahmen des Artikels 36 EWG-Vertrag nicht so aufzufassen sind, daß sie den Mitgliedstaaten „ausschließliche Zuständigkeiten" vorbehalten, sondern enger so, daß sie den Erlaß von „gerechtfertigten", also zur Erreichung der in dieser Vorschrift bezeichneten Ziele von überragendem allgemeinen Interesse erforderliche Maßnahmen zulassen. Dieser Grundsatz gilt auch im Bereich des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Der Gerichtshof hat hierzu ausgeführt: „Als Ausnahme von einem der grundlegenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes erlaubt Artikel 36 Beschränkungen des freien Warenverkehrs nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen" [3]. Hierfür müssen „die Erfordernisse des freien Warenverkehrs und die Wahrung der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte (gewerblichen Schutzrechte) so aufeinander abgestimmt werden ..., daß die rechtmäßige Ausübung der durch das Recht eines Mitgliedstaats eingeräumten Rechte, die unter die im Sinne des Artikels 36 EWG-Vertrag gerechtfertigten Einfuhrverbote fällt, geschützt, dieser Schutz hingegen jeder mißbräuchlichen Ausübung dieser Rechte versagt wird, die geeignet ist, künstliche Abschottungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes beizubehalten oder zu schaffen" [4].

8. Geht man aber von den allgemeinen Feststellungen zu den konkreten Aussagen der Rechtsprechung über, wird recht deutlich, daß der Gerichtshof bei der Abstimmung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs und

1 — Gemäß der vierten Begründungserwägung der Richtlinie beläßt diese den Mitgliedstaaten das Recht, die durch Benutzung erworbenen Marken weiterhin zu schützen; diese werden lediglich in ihrer Beziehung zu den durch Eintragung — nach den angeglichenen Vorschriften dieser Richtlinie — erworbenen Marken berücksichtigt.

2 — Urteil vom 8. November 1979 in der Rechtssache 251/78 (Denkavit, Slg. 1979, 3369).

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

4 — Urteil vom 14. September 1982 in der Rechtssache 144/81 (Keurkoop, Slg. 1982, 2853).

der gewerblichen Schutzrechte bemerkenswert zurückhaltend gewesen ist und eine vorsichtigere Haltung eingenommen hat als hinsichtlich der anderen Ausnahmen des Artikels 36. Auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes sowie der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit hat es sich der Gerichtshof nämlich — wenngleich er festgestellt hat, daß es beim Fehlen einer Harmonisierung grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten sei, festzulegen, inwieweit sie Schutz gewähren wollten — stets vorbehalten, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen im Hinblick auf die verfolgten Ziele insbesondere darauf zu überprüfen, ob diese Ziele nicht mit Maßnahmen verwirklicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger stark beschränken.

Anders und, wie gesagt, „zaghafter" erscheint die Vorgehensweise bei gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechten. Konkret ergibt sich aus der Rechtsprechung, daß die Artikel 30 bis 36 nur einer *eindeutig mißbräuchlichen* Ausübung der fraglichen Rechte entgegenstehen. Diese ist vor allem in dem — wohlbekannten — Fall gegeben, in dem sich der Inhaber dieser Rechte auf den ihm nach nationalem Recht gewährten Schutz stützt, um sich der Einfuhr oder dem Vertrieb eines Erzeugnisses zu widersetzen, das auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats von ihm selbst, mit seiner Zustimmung oder von einer rechtlich oder wirtschaftlich von ihm abhängigen Person rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist.

9. Dagegen hat der Gerichtshof stets verneint, daß die Anwendung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, nach denen sich die Voraussetzungen und die Modalitäten für die Gewährung eines gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechts an einen bestimmten Inhaber richten, unter Berufung auf die Artikel 30 bis 36 ausgeschlossen werden kann. Soweit eine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene fehlt, entscheiden daher allein die innerstaatlichen Rechtsvorschriften über das *Bestehen* dieses Rechts, so daß die von einem Mitgliedstaat zur Regelung dieser Materie erlassenen Rechtsvorschriften *grundsätzlich* unter die Ausnahmen von Artikel 30 fallen, die in Artikel 36 vorgesehen sind [5].

10. Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof die folgenden Regelungen gemäß Artikel 36 als gerechtfertigt angesehen:

— Die „Eenvormige Beneluxwet", die auf dem Gebiet der Muster und Modelle dem Ersthinterleger eines Modells ein ausschließliches Recht einräumt, ohne jedoch vorauszusetzen, daß der Hinterleger zugleich der Urheber oder ein Rechtsnachfolger des Urhebers ist (Urteil Keurkoop);

— das britische Gesetz, das gemäß dem Grundsatz der „relativen Neuheit" die Erteilung eines Patents für Erfindungen zuläßt, die schon Gegenstand eines früheren Patents gewesen sind, das mehr als 50 Jahre zurückliegt und in der Folge weder verwendet noch veröffentlicht wurde (Urteil Thetford);

5 — Urteile vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 35/87 (Thetford, Slg. 1988, 3585); vom 29. Februar 1968 in der Rechtssache 24/67 (Parke, Davis and Co., Slg. 1968, 86), ebenso im Hinblick auf Marken die Urteile vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74 (De Peijper, Slg. 1974, 1183) und Terrapin, a. a. O. Ferner ist in diesem Zusammenhang auf die vom Gerichtshof in dem Urteil Keurkoop entwickelte und im Urteil Thetford sowie den Urteilen vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 53/87 (CICRA, Slg. 1988, 6039) und vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 238/87 (Volvo, Slg. 1988, 6211) aufgegriffene Regel hinzuweisen, nach der sich die Voraussetzungen und die Modalitäten des Schutzes der fraglichen Rechte beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts mangels einer Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung innerhalb der Gemeinschaft nach nationalem Recht bestimmen.

— die italienischen und die britischen Rechtsvorschriften, die ein ausschließliches Geschmacksmusterrecht nicht nur für die Kraftfahrzeugkarosserie als solche, sondern auch für Karosserieteile anerkennen und damit unabhängige Hersteller, die keine Lizenz besitzen, am Absatz von Ersatzteilen hindern (Urteile CICRA und Volvo).

11. Meines Erachtens besteht kein Grund, dieser Rechtsprechung im vorliegenden Fall nicht zu folgen. Wie gezeigt ist die Möglichkeit des Erwerbs eines Warenzeichens (durch Eintragung oder Benutzung) für ein Zahlwort wie das Zeichen „quattro" im deutschen Recht eingehend geregelt. Ferner haben die deutschen Stellen in Anwendung der Rechtsvorschriften eindeutige Auslegungskriterien entwickelt, die sicherstellen sollen, daß Zeichen, denen die Unterscheidungskraft fehlt und die damit zur Erfüllung der eigentlichen Funktion des Warenzeichens ungeeignet sind, kein Schutz gewährt wird. Diese Rechtsvorschriften und die dazu bestehenden Auslegungskriterien legen somit die Voraussetzungen und Modalitäten für die Gewährung des fraglichen Rechts umfassend fest; die damit geschaffene Regelung ist recht klar und erlaubt die Feststellung, ob und innerhalb welcher Grenzen ein Zahlwort Gegenstand eines Warenzeichens sein kann, welche Bedeutung dem „beschreibenden" Charakter des Zeichens zukommt, welcher Bekanntheitsgrad (im jeweiligen Einzelfall) für die Gewährung von Rechtsschutz erforderlich ist und welche Bedeutung schließlich dem Interesse der Wettbewerber sowie allgemein Dritter an einer Freihaltung dieses Zeichens zukommt.

Ob ein Zeichen im konkreten Fall alle Voraussetzungen erfüllt, um als Warenzeichen Rechtsschutz zu genießen, richtet sich jedoch gemäß der vorstehend zitierten Rechtsprechung eindeutig nach der nationalen Regelung und nicht nach den Bestimmungen des EWG-Vertrags über den Warenverkehr. Meines Erachtens stehen demnach die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag der Anwendung der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften und Kriterien nicht entgegen; die Frage, ob für das Zeichen „quattro" in Deutschland Rechtsschutz zu gewähren ist, ist folglich von den zuständigen Behörden ausschließlich nach diesen Rechtsvorschriften und Kriterien zu beurteilen.

12. Ferner wäre es, folgte man einer anderen Auffassung, notwendig Aufgabe des Gerichtshofes, im Wege des Richterrechts eine *positive* Regelung des Warenzeichens zu treffen, indem er aus den Artikeln 30 bis 36 die spezifischen Regeln herleitete, die von den nationalen Behörden bei der Entscheidung über die Schutzwürdigkeit eines Kennzeichens im Einzelfall anzuwenden wären. Mit anderen Worten würde der Gerichtshof eine typisch rechtsetzende Rolle übernehmen, die er bisher in diesem Bereich stets (dem nationalen oder dem gemeinschaftlichen) Gesetzgeber vorbehalten hat.

13. Diese Schlußfolgerung wird meines Erachtens auch nicht durch den Erlaß der Ersten Richtlinie zur Angleichung im Bereich der Marken durch den Rat in Frage gestellt, die unter anderem die Eintragungsvoraussetzungen für Zeichen festlegt (die Richtlinie läßt allerdings — wie erwähnt — das Recht der Mitgliedstaaten unberührt,

durch Benutzung erworbene Marken weiterhin zu schützen). Meines Erachtens bestätigt jedoch bereits der Erlaß der Richtlinie, die im übrigen im Einklang mit den erwähnten Grundsätzen der Rechtsprechung steht, daß sich die Voraussetzungen für die Entstehung eines Warenzeichens wie jedes anderen gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechts in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung nach nationalem Recht richten und nicht vom Gerichtshof im Wege der Auslegung der Bestimmungen des EWG-Vertrags festgelegt werden können.

14. Das hier vertretene Ergebnis muß jedoch mit einer Einschränkung versehen werden. Obwohl sich die Entstehung (und allgemein die Aufrechterhaltung und das Erlöschen) der fraglichen Rechte nach nationalem Recht richtet, darf das den Mitgliedstaaten insoweit zuerkannte Vorrecht doch nicht so ausgeübt werden, daß eine „verschleierte Beschränkung" oder „willkürliche Diskriminierung" des Handels im Sinne von Artikel 36 Satz 2 verursacht wird. Bei der dargestellten Anwendung dieser Rechtsprechung geht jedoch die konkrete Bedeutung dieser Einschränkung — einer Art minimaler Schutzklausel — nicht über Extremfälle (gleichsam Schulfälle) hinaus, wie sie etwa in der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften bestehen, nach denen die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit oder des Ortes der Entstehung des gewerblichen oder kommerziellen Eigentumsrechts diskriminiert werden [6]. Diese Fälle ließen sich höchstens noch um den Fall der Gewährung eines Warenzeichens für ein Zeichen erweitern, dem *offensichtlich* jede Unterscheidungskraft fehlt (das in der mündlichen Verhandlung gebrachte Beispiel des Rechtsschutzes für die allgemeine Bezeichnung „Erde" oder „Wasser").

6 — Vgl. die Urteile Thetford, a. a. O., Randnrn. 17 und 18, und CICRA, a. a. O., Randnr. 12.

15. Angesichts dieser Erwägungen kann dem nationalen Gericht meines Erachtens geantwortet werden, daß beim Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag der Anwendung einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die festlegt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Warenzeichen für ein Zahlwort, wie es Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, *begründet werden* kann.

Die Bestimmungen des EWG-Vertrags über den Warenverkehr und die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Marken

16. Im Rahmen dieses Verfahrens ist noch ein zweiter Gesichtspunkt erörtert worden. Es wurde nämlich die Frage gestellt, ob — falls sich herausstellte, daß die nationale und die Gemeinschaftsrechtsordnung die Gewährung eines Warenzeichens für das Zeichen „quattro" zuließen — die Beurteilung einer „Verwechslungsgefahr" zwischen diesem Warenzeichen und dem Warenzeichen „Quadra" ausschließlich nach Kriterien des nationalen Rechts oder nach auf die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag gestützten Kriterien zu erfolgen habe. Mir erscheinen hierzu einige kurze Vorbemerkungen angebracht.

17. Zunächst ist zu sagen, daß der Rechtsstreit eine Kollision zwischen sich voneinander unterscheidenden Warenzeichen („quattro" und „Quadra") betrifft, die in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten durch voneinander unabhängige Unternehmen rechtswirksam begründet wurden.

Die Frage der „Verwechslungsgefahr" ist selbstverständlich im deutschen Recht, darüber hinaus aber auch in der Ersten Richtlinie des Rates über die Marken (Artikel 5) spezifisch geregelt.

18. Ferner ist meines Erachtens der Hinweis angebracht, daß der BGH in seiner Frage das Problem der Verwechslung der streitigen Warenzeichen nicht speziell anspricht. Die Frage geht nämlich in ihrem Kern dahin — dies ergibt sich auch aus dem gesamten Beschluß —, ob der EWG-Vertrag der *Begründung* eines Warenzeichens für das Zeichen „quattro" entgegensteht. Dagegen fragt der BGH nicht ausdrücklich danach, ob sich — für den Fall, daß der EWG-Vertrag der Anerkennung des Warenzeichens „quattro" nicht entgegensteht — aus dem Vertrag sonstige Schranken für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen diesem Warenzeichen und dem Warenzeichen „Quadra" ergeben. Dies hat wahrscheinlich folgenden Grund. Der BGH geht von der Vorstellung aus, das Warenzeichen „quattro" sei nach deutschem Recht jedenfalls nur schutzwürdig, wenn es nachgewiesenermaßen als Kennzeichen für eine bestimmte Ware einen sehr hohen Bekanntheitsgrad in Verbraucherkreisen erlangt habe; sei dies aber erwiesen, so müsse angenommen werden, daß das Warenzeichen „quattro" — eben wegen seines hohen Bekanntheitsgrades — auch einen starken Schutz gegenüber anderen Warenzeichen genieße, die sich, wenngleich mit mehr oder weniger starken Abweichungen, auf dieselbe Bezeichnung zurückführen ließen. Nach dieser Auffassung, nach der nur Warenzeichen von hohem Bekanntheitsgrad schutzwürdig sind, kann in der Tat auch eine geringe Verwechslungsgefahr die Gewährung von Rechtsschutz rechtfertigen [7]. Es bedarf insoweit kaum des Hinweises, daß die Gemeinschaftsrichtlinie (die damit im übrigen eine verbreitete Erscheinung anerkennt) die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten unberührt läßt, „bekannten Marken einen weitergehenden Schutz zu gewähren" (neunte Begründungserwägung).

Im übrigen ist die Frage der Verwechslungsgefahr, obwohl sie der BGH nicht ausdrücklich erwähnt, ausführlich vor dem Gerichtshof erörtert worden, und es läßt sich nicht ausschließen, daß ihr für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits Bedeutung zukommt. Der Gerichtshof wird sich also einer Beantwortung dieser Frage nicht entziehen können.

19. Dies vorausgeschickt, lassen sich meines Erachtens folgende Erwägungen anstellen. Zunächst bildet offensichtlich das Recht des Warenzeicheninhabers, die Benutzung ähnlicher oder identischer Zeichen durch Wettbewerber zu verhindern, den wesentlichen Inhalt des Warenzeichenrechts. Dieses stellt in der Praxis, also bei seiner Ausübung, nämlich nichts anderes als ein absolutes ausschließliches Recht, ein ius excludendi omnes alios, dar. Der Wortlaut von Artikel 5 der Ersten Richtlinie ist insoweit eindeutig: „Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht." Eindeutig ist im übrigen auch die Rechtsprechung; so heißt es in dem Urteil Terrapin: „Dagegen kann beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ein in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erworbenes gewerbliches und kommerzielles Eigentumsrecht gemäß Artikel 36 Satz 1 des Vertrages der Einfuhr von Waren entgegengehalten werden, die unter einer zu

7 — Daß diese Auffassung vom BGH vertreten wird, ergibt sich wohl auch aus dem von Audi als Anlage zu seinen Erklärungen vorgelegten Gutachten, in dem es heißt: „Der BGH bestätigt, daß jedenfalls bei Annahme einer starken Kennzeichnungskraft von ‚quattro' die Verwechslungsgefahr mit ‚Quadra' zu bejahen sei."

Verwechslungen Anlaß gebenden Bezeichnung in den Verkehr gebracht werden, wenn die umstrittenen Rechte nach verschiedenen nationalen Rechtsordnungen durch verschiedene und nicht voneinander abhängige Inhaber begründet worden sind. Käme in einem solchen Fall dem Grundsatz des freien Warenverkehrs der Vorrang gegenüber dem von den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften gewährten Schutz zu, so würden die gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte in ihrem spezifischen Gegenstand beeinträchtigt." Ebenso hat der Gerichtshof in dem Urteil HAG II [8] entschieden, daß der Schutz vor Verwechslungsgefahr im Zusammenhang mit der Hauptfunktion des Warenzeichens stehe, und insoweit ausgeführt: „Könnte der Rechtsinhaber unter diesen Umständen nicht von der ihm durch die nationalen Rechtsvorschriften eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, sich der Einfuhr eines gleichartigen Erzeugnisses unter einer mit seinem eigenen Warenzeichen verwechslungsfähigen Bezeichnung zu widersetzen, so wäre die Hauptfunktion des Warenzeichens gefährdet, denn in einem solchen Fall wären die Verbraucher nicht mehr in der Lage, den Ursprung des gekennzeichneten Erzeugnisses festzustellen, und der Rechtsinhaber könnte für die schlechte Qualität eines Erzeugnisses verantwortlich gemacht werden, die ihm in keiner Weise zuzurechnen wäre."

20. Damit ist es gleichfalls offensichtlich, daß, je weiter der von einem Mitgliedstaat gewährte Schutz vor Verwechslungsgefahr geht, um so stärkere Beschränkungen hieraus für den Handelsverkehr innerhalb der Gemeinschaft und innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats folgen können. Selbstverständlich ist angesichts der gewiß großen Zahl innerhalb der Gemeinschaft denkbarer Kollisionsfälle zwischen Warenzeichen gerade dieser Gesichtspunkt von beträchtlicher praktischer Bedeutung für das Funktionieren des Binnenmarkts (nach einer von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache HAG II zitierten Erhebung handelt es sich um mehrere hunderttausend Fälle).

Es stellt sich demnach die Frage, ob die Verwechslungsgefahr ausschließlich nach den Kriterien des nationalen Rechts zu beurteilen ist oder ob sich aus den Artikeln 30 bis 36 EWG-Vertrag gemeinschaftsrechtliche Beurteilungskriterien herleiten lassen.

21. Grundsätzlich läßt sich nicht sagen, daß es den Begriff der *Verwechslungsgefahr* schon vor dem Inkrafttreten der Ersten Richtlinie über die Marken als *gemeinschaftsrechtlichen Begriff* gab. Es ist demgemäß nicht Aufgabe des Gerichtshofes, die Merkmale dieses Begriffs und die darauf bezüglichen Anwendungskriterien positiv zu definieren. Im übrigen stellt, wie gesagt, der Schutz vor Verwechslungsgefahr den wesentlichen Inhalt des Warenzeichenrechts dar, und es wäre daher nicht sinnvoll, anzunehmen, daß sich einerseits die Voraussetzungen (des Erwerbs) des Rechtes mangels gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften nach nationalem Recht, andererseits aber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes nach den Bestimmungen des EWG-Vertrags richten. Das Warenzeichen 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

8 — Urteil vom 17. Oktober 1990 in der Rechtssache C-10/89 (HAG GF, Slg. 1990, I-3711).

als eine Einschränkung (oder Ausdehnung) der Bedeutung des Rechts als solchem. Beide Gesichtspunkte müssen folglich durch eine einheitliche Rechtsquelle — gegenwärtig also durch das nationale Recht — geregelt werden.

22. Konkret bedeutet dies, daß die nationalen Stellen Rechtsstreitigkeiten betreffend die Kollision von verschiedenen Warenzeichen, die in verschiedenen Mitgliedstaaten durch voneinander unabhängige Unternehmen rechtswirksam begründet worden sind, soweit sie die Erste Richtlinie zeitlich noch nicht erfaßt, nach den Grundsätzen und Kriterien des nationalen Rechts entscheiden müssen. Insbesondere wird auf dieser Grundlage zu untersuchen sein, ob Schutz nicht nur vor der Verwechslungsgefahr im engeren Sinn (Verwechslung hinsichtlich des Warenursprungs), sondern auch im weiteren Sinn (Verwechslung hinsichtlich der Beziehung zwischen den Unternehmen) zu gewähren ist. Gleichfalls auf dieser Grundlage wird zu prüfen sein, ob bei der Beurteilung dieser Gefahr strengere Kriterien anzuwenden sind, wenn es sich um ein besonders bekanntes Warenzeichen handelt.

23. Was die Möglichkeit angeht, daß Kollisionen zwischen Warenzeichen in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich behandelt werden, so handelt es sich um eine ganz natürliche Folge der fehlenden Harmonisierung. Es ist geradezu offensichtlich, daß in einer derartigen Situation in einem Mitgliedstaat eine Gefahr der Verwechslung von zwei Warenzeichen angenommen werden kann, während man in einem anderen Mitgliedstaat zum gegenteiligen Ergebnis kommt. So hat sich im vorliegenden Fall im Vereinigten Königreich, wo beide Warenzeichen nebeneinander bestehen und rechtswirksam eingetragen sind, anscheinend keinerlei Problem ergeben, während die deutschen Gerichte das Warenzeichen „quattro" gegenüber dem Warenzeichen „Quadra" für schutzwürdig angesehen haben. Ferner ist auch zu berücksichtigen, daß häufig der intensivere Schutz des Warenzeichens vor Verwechslungsgefahr mit einem strengeren Maßstab bei der Anerkennung des Warenzeichens einhergehen wird: So bestehen bei den deutschen Gerichten zwar anscheinend keine Bedenken, eine Verwechslungsgefahr zwischen den Warenzeichen „quattro" und „Quadra" anzunehmen, andererseits wurden aber auch sehr strenge Kriterien hinsichtlich der Anerkennung eines Warenzeichens für das Zeichen „quattro" angewendet, wie sich aus den Entscheidungen des Patentamts und des Bundespatentgerichts sowie dem Beschluß des BGH ergibt. Es ist folglich in der Tat nicht ausgeschlossen, daß die deutschen Stellen, anders als die britischen, letztlich zu dem Ergebnis kommen, das Zeichen „quattro" könne nicht Gegenstand eines Warenzeichens sein und folglich in Deutschland keinen Schutz gegenüber dem Warenzeichen „Quadra" genießen.

24. Es bleibt ein letzter Gesichtspunkt zu erwähnen. Die nationalen Stellen müssen bei der Beurteilung der Gefahr der Verwechslung zweier Warenzeichen allerdings die allgemeine Schranke des Artikels 36 Satz 2 beachten. Maßnahmen zur Regelung von Kollisionen zwischen Warenzeichen dürfen demnach keinesfalls zu einer „willkürlichen Diskriminierung" oder einer „verschleierten Beschränkung" des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen. Insoweit hat der Gerichtshof in dem Urteil Terrapin eine spezielle Einschränkung gemacht, indem er entschieden hat, daß

„die nachstehend erteilte Antwort nicht der Entscheidung der Frage vorgreift, ob die Berufung eines Unternehmens auf die Gleichartigkeit von Waren aus verschiedenen Mitgliedstaaten und auf die Gefahr einer Verwechslung von in diesen Staaten gesetzlich geschützten Warenzeichen oder Handelsnamen gegebenenfalls — insbesondere im Hinblick auf Artikel 36 Satz 2 des Vertrages — die Anwendung von Gemeinschaftsrecht ins Spiel bringen kann. Denn das innerstaatliche Gericht hat, wenn es die Gleichartigkeit der Waren und die Verwechslungsgefahr bejaht, im Rahmen der genannten Bestimmung weiter zu prüfen, ob die Ausübung der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte nicht ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten darstellt. Es muß in diesem Zusammenhang insbesondere untersuchen, ob die umstrittenen Rechte vom Inhaber ohne Ansehung der nationalen Zugehörigkeit eines etwaigen Verletzers mit der gleichen Strenge ausgeübt werden."

25. Insbesondere ist bei der Anwendung der Einschränkung nach Artikel 36 Satz 2 zu berücksichtigen, daß die Ausübung des einem Rechtsinhaber von der innerstaatlichen Rechtsordnung zuerkannten Rechts nicht zu völlig ungerechtfertigten Beschränkungen des Handels führen darf. Unter diesem bereits von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache HAG II angesprochenen Gesichtspunkt [9] ist somit dafür zu sorgen, daß die mit dem Warenzeichen verbundene Ausschließlichkeit weder in diskriminierender Weise (vgl. das Urteil Terrapin) noch in Situationen geltend gemacht wird, in denen objektiv keine Verwechslungsgefahr zwischen zwei unterschiedlichen Warenzeichen besteht. Derartige Situationen können nämlich entstehen, wenn sich angesichts der Beschaffenheit der Waren und des Marktes sowie der unterschiedlichen Zeichen und Bezeichnungen zur Kennzeichnung dieser Waren eindeutig ergibt, daß hinsichtlich des Ursprungs der Waren keine Möglichkeit einer Verwechslung besteht und kein Unternehmen durch Verwendung eines Kennzeichens die Bekanntheit des Warenzeichens des anderen Unternehmens mißbraucht oder dessen Ruf schädigt. So wird das hierfür zuständige nationale Gericht gewiß im vorliegenden Fall den Umstand berücksichtigen, daß der Ursprung der fraglichen Waren für die Verbraucher nicht nur durch die Warenzeichen „Quadra" und „quattro", sondern durch das Zusammentreffen einer Vielzahl von Unterscheidungsmerkmalen gekennzeichnet ist, zu denen ergänzend, neben anderen Zeichen, die Bezeichnungen „Espace" und „Audi" gehören: So ist nämlich im vorliegenden Fall unstreitig, daß die fraglichen Fahrzeuge unter den Bezeichnungen „Espace Quadra" und „Audi quattro" und nicht nur als „Quadra" und „quattro" vertrieben werden. Im übrigen wird das nationale Gericht gewiß auch berücksichtigen, daß der Käufer weit verbreiteter Kraftfahrzeuge gewiß umsichtiger und folglich weniger der Verwechslungsgefahr (im enge-

9 — In seinen Schlußanträgen (Nrn. 48 und 49) weist Generalanwalt Jacobs darauf hin, daß eine übermäßig weite Auffassung des Begriffs der verwechslungsfähigen Zeichen — abgesehen davon, daß sie jedenfalls nicht nach Artikel 36 Satz 1 gerechtfertigt wäre — nach Artikel 36 Satz 2 verboten wäre: „Die Berufung auf ein Warenzeichen mit dem Ziel, in einem anderen Mitgliedstaat hergestellte Waren auszuschließen, würde in einem Fall, in dem die Gefahr der Verwechslung zwischen den beiden Zeichen minimal ist — wenn sie von innerstaatlichen Gerichten für zulässig erklärt würde —, auf eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten hinauslaufen."

ren wie im weiteren Sinn) ausgesetzt ist als der Verbraucher von Waren anderer Art mit anderem Preis wie (so der von allen Beteiligten in der mündlichen Verhandlung angenommene Beispielsfall) Pralinen, Putzmitteln oder Bonbons!

Ergebnis

26. Nach alledem schlage ich vor, dem nationalen Gericht wie folgt zu antworten:

Da gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsvorschriften fehlen, stehen die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag der Anwendung von Rechtsvorschriften und Kriterien des nationalen Rechts nicht entgegen, in denen festgelegt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Warenzeichen für ein Zahlwort, wie es Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, anzuerkennen ist. Es ist daher Sache der nationalen Stellen, auf der Grundlage der Rechtsvorschriften und der Kriterien des nationalen Rechts festzustellen, ob bei ähnlichen Warenzeichen voneinander unabhängiger Unternehmen eine Verwechslungsgefahr gegeben ist. Bei der Anerkennung eines Warenzeichens für ein Unternehmen und bei der Prüfung des Vorliegens einer Verwechslungsgefahr aufgrund der Benutzung eines diesem Warenzeichen ähnlichen Kennzeichens durch ein anderes Unternehmen dürfen die nationalen Stellen jedoch keine Maßnahmen erlassen, die zu einer willkürlichen Diskriminierung oder einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 36 Satz 2 EWG-Vertrag führen.