SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON
vom 29. November 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Im Rahmen des Ausgleichs zwischen den nationalen Rechten des geistigen Eigentums und den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs haben Sie schrittweise eine Sammlung richtungweisender Lösungen erarbeitet, deren Anwendung auf den vorliegenden Fall meines Erachtens die Antwort zu formulieren erlaubt, die dem Landgericht Hamburg zu geben ist.

2. Das Problem, das sich Ihnen stellt, ist klar umrissen. Die Musikwerke von Cliff Richard sind in Dänemark gemeinfrei geworden. In der Bundesrepublik Deutschland werden sie noch geschützt. Ist es somit nach den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag zulässig, daß sich der Rechtsinhaber in diesem letztgenannten Staat auf Rechte beruft, die ihm nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften zustehen, um den Vertrieb von aus Dänemark stammenden Tonträgern des Künstlers Cliff Richard zu verbieten? Um es gleich zu sagen: Ich schlage Ihnen vor, diese Frage zu bejahen, und schließe mich insoweit dem Standpunkt an, den die Kommission und die Mitgliedstaaten, die Erklärungen eingereicht haben, in bemerkenswerter Einmütigkeit vertreten haben.

3. Zuvor sind zwei Bemerkungen angebracht, einmal zum Wesen der Tonträger und zum anderen zum geistigen Eigentumsrecht, um das es hier geht. Zunächst ist festzustellen, daß

„Tonträger, auch wenn sie geschützte Musikwerke enthalten, Erzeugnisse sind, für die das ... System des freien Warenverkehrs gilt" [1].

Es steht daher außer Zweifel, daß die Grundsätze des Artikels 30 für Tonträger gelten und die Rechtsvorschriften, aufgrund deren der Vertrieb verhindert werden kann, eine Beschränkung im Sinne dieses Artikels darstellen.

4. Dann ist aber noch zu entscheiden, ob Artikel 36, der Verbote oder Beschränkungen zuläßt, die zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, der

„den durch das Urheberrecht gewährten Schutz ein[schließt], vor allem soweit dieses Recht kommerziell ... genutzt wird" [2],

das „dem Urheberrecht verwandte" Recht des Tonträgerherstellers betrifft, um das es in der vorliegenden Rechtssache geht.

5. Dazu haben Sie in Ihrem Urteil in der Rechtssache Deutsche Grammophon [3] einfach „unterstellt", daß dieses Recht unter den Begriff des in Artikel 36 aufgeführten gewerblichen und kommerziellen Eigentums fällt. Diese hypothetische Formulierung findet sich jedoch nicht mehr im Tenor Ihres Urteils. Außerdem haben Sie in Ihrem Urteil in der Rechtssache Coditel II ausdrücklich

* Originalsprache: Französisch.

1 — Urteil vom 20. Januar 1981 in den verbundenen Rechtssachen 55 und 57/80, Musikvertrieb Membran/GEMA, Slg. 1981, 147, Randnr. 8.

2 — Ebenda, Randnr. 9.

3 — Urteil vom 8. Juni 1971 in der Rechtssache 78/70, Slg. 1971, 487, Randnr. 11.

festgestellt, daß Artikel 36 die Existenz der Rechte auf dem Gebiet des *geistigen und künstlerischen Eigentums* schützen soll[4]. Jedoch sind vor allem die Gründe, die Sie zu der Schlußfolgerung veranlaßt haben, daß das Urheberrecht stricto sensu unter den Begriff des gewerblichen und kommerziellen Eigentums fällt, nach meiner Meinung auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Sie haben nämlich darauf hingewiesen, daß das Urheberrecht sich auch auf die Befugnis erstreckt,

„das Inverkehrbringen des geschützten Werkes kommerziell ... zu nutzen",

und daß

„kein Grund [besteht], insoweit bei der Anwendung von Artikel 36 des Vertrages zwischen dem Urheberrecht und den anderen gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechten zu unterscheiden"[5].

Wie Sie hinzugefügt haben, wirft

„die kommerzielle Nutzung des Urheberrechts die gleichen Probleme auf wie die eines anderen gewerblichen oder kommerziellen Eigentumsrechts"[6].

Diese Gründe, die Sie in der Rechtssache Musik-Vertrieb zur Zurückweisung der Argumente der französischen Regierung veranlaßt haben, nach denen Ihre Rechtsprechung auf dem Gebiet des gewerblichen und kommerziellen Eigentums auf das Urheberrecht wegen des mit ihm verbundenen „Persönlichkeitsrechts" nicht anwendbar sei, scheinen mir ebenso für das Vervielfältigungs- und Vertriebsrecht des Verlegers zu gelten, soweit es um die kommerzielle Nutzung des betreffenden Werkes geht.

6. Die Allgemeinheit der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache Keurkoop bestätigt dies nach meiner Meinung. Dort haben Sie folgendes festgestellt:

„[Es] ist darauf hinzuweisen, daß der Schutz von Mustern und Modellen, ebenso, wie dies der Gerichtshof für Patente, Warenzeichenrechte und Urheberrechte festgestellt hat, insofern zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums im Sinne von Artikel 36 gehört, *als durch ihn die für dieses Eigentum kennzeichnenden Ausschließlichkeitsrechte bestimmt werden sollen.*"[7]

7. Wenn Sie außerdem anerkennen, daß die Gesellschaft, die die Nutzungsrechte für ein Filmwerk erworben hat, sich auf diese Rechte berufen kann[8], steht es nach meiner Meinung außer Frage, daß der Verleger, der Inhaber von Rechten an einem Musikwerk ist, nicht anders gestellt werden darf.

8. Die geistigen Eigentumsrechte sind bis heute gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisiert worden. Daher ist festzustellen, daß für die im vorliegenden Fall streitigen Vervielfältigungs- und Vertriebsrechte

„sich die Voraussetzungen und die Modalitäten ... beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts mangels einer Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung innerhalb der Gemeinschaft nach dem nationalen Recht ... bestimmen"[9].

4 — Urteil vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 262/81, Slg. 1982, 3381, Randnr. 12.

5 — Verbundene Rechtssachen 55 und 57/80, a. a. O., Randnr. 12.

6 — Ebenda, Randnr. 13.

7 — Urteil vom 14. September 1982 in der Rechtssache 144/81, Slg. 1982, 2853, Randnr. 14, Hervorhebung von mir.

8 — Insbesondere die Urteile in der Rechtssache 262/81, Coditel II, a. a. O., und vom 18. März 1980 in der Rechtssache 62/79, Coditel I, Slg. 1980, 881.

9 — Rechtssache 144/81, a. a. O., Randnr. 18.

9. Die Anwendung dieser Regelung darf aber nach Ihrer ständigen Rechtsprechung den freien Warenverkehr nur insoweit beschränken, als sie sich auf den Bestand [10] oder aber auf den spezifischen Gegenstand [11] des betreffenden Rechts bezieht. In Ihrem Urteil in der Rechtssache Deutsche Grammophon [12] haben Sie nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, ob das ausschließliche Recht des Inverkehrbringens als solches zur „Substanz" des Vervielfältigungs- und Vertriebsrechts des Verlegers gehört, da es in diesem Fall verbraucht war. Ich neige jedoch zu der Ansicht, daß nichts dagegen spricht, daß Sie sich von den Lösungen leiten lassen, die Sie auf dem Gebiet des Patentrechts herausgearbeitet haben, denn, wie Generalanwalt Roemer festgestellt hat, ist

„das Urheberrecht dem Patentrecht sicher näher verwandt ... als etwa dem Markenrecht" [13].

10. Aus Ihrer Rechtsprechung auf dem Gebiet des Patentrechts, zuletzt aus Ihrem Urteil in der Rechtssache Pharmon, ergibt sich, daß

„die Substanz des Patentrechts im wesentlichen darin [besteht], dem Erfinder das *ausschließliche Recht* zu verleihen, das fragliche Erzeugnis *als erster in den Verkehr zu bringen,* um es ihm zu ermöglichen, einen Ausgleich für seine Erfindertätigkeit zu erhalten" [14].

11. Nach meiner Meinung läßt sich für eine Übernahme dieser Analyse Ihr Urteil in der Rechtssache Coditel II anführen, in dem Sie bezüglich des Urheberrechts an literarischen und künstlerischen Werken darauf hingewiesen haben, daß diese Werke

„der Allgemeinheit dadurch zugänglich gemacht werden, daß das Werk in körperlicher Form in Verkehr gebracht wird, wie dies etwa beim Buch oder bei der Schallplatte der Fall ist" [15].

12. Angesichts des Akzents, der damit auf die Bedeutung des Inverkehrbringens des Werks in körperlicher Form gesetzt wird, meine ich, daß das ausschließliche Recht des erstmaligen Inverkehrbringens auch zur Substanz des hier streitigen Vervielfältigungsrechts gerechnet werden kann [16]. Wie beim Patentrecht stellen nämlich Beeinträchtigungen dieses ausschließlichen Rechts die Existenz des Rechts selbst in Frage. Wenn Dritte das geschützte Werk in den Verkehr bringen können, ohne daß der Rechtsinhaber dies verhindern kann, geht es nicht um die Ausübung des Rechts, sondern um seine Substanz, die beeinträchtigt wird, d. h. die Ausschließlichkeit, das Werk der Allgemeinheit zugänglich zu machen.

13. Schließlich ist noch festzustellen, daß die Frage, ob die Schutzfrist zum spezifischen Gegenstand des Rechts gehört, keiner langen Erörterungen bedarf. Denn diese Frage ist außerordentlich künstlich: Die Dauer des Schutzes ist unlöslich mit dem Bestand des Rechts selbst verknüpft, da sie die zeitliche Geltung des Rechts festlegt. Bleibt noch zu entscheiden, aber darauf werde ich noch später zurückkommen, ob die festgelegte Schutzfrist diskriminierend

10 — Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Grundig, Slg. 1966, 321; Urteil vom 29. Februar 1968 in der Rechtssache 24/67, Parke Davis, Slg. 1968, 85.

11 — Rechtssache 78/70, Deutsche Grammophon, a. a. O.; Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Slg. 1974, 1147; Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74, Centrafarm/Winthrop, Slg. 1974, 1183.

12 — Rechtssache 78/70, a. a. O.

13 — Rechtssache 78/70, a. a. O., insbesondere S. 509.

14 — Urteil vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 19/84, Slg. 1985, 2281, Randnr. 26, Hervorhebung von mir.

15 — Rechtssache 262/81, a. a. O., Randnr. 11, Hervorhebung von mir; siehe auch Rechtssache 62/79, a. a. O., Randnr. 12.

16 — Ich möchte bemerken, daß es hier nur um den Tonträger als Ware und nicht als Vorführungsträger geht; siehe zum „Recht der mechanischen Vervielfältigung", das zu diesem letztgenannten Aspekt der Schallplatte gehört, insbesondere Ihr Urteil vom 9. April 1987 in der Rechtssache 402/85, Basset, Slg. 1987, 1747. Siehe speziell zur Unterscheidung zwischen der Ware Schallplatte und dem Vorführungsträger Schallplatte M. A. Hermitte, Anmerkung zum vorerwähnten Urteil Basset, Clunet 1988, S. 535 ff.

sein oder eine verschleierte Beschränkung darstellen kann.

14. Das ausschließliche Recht des erstmaligen Inverkehrbringens findet jedoch seine Grenze gerade in seiner Definition. Hat der Inhaber selbst oder ein anderer mit seiner Zustimmung dieses Recht ausgeübt, kann es in bezug auf das betreffende Erzeugnis nicht mehr geltend gemacht werden.

15. Sie haben diesen Grundsatz, der jetzt allgemein als Theorie der „Erschöpfung" bezeichnet wird, durch die Feststellung bestätigt, daß der Inhaber eines nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschützten geistigen Eigentumsrechts sich nicht auf diese Rechtsvorschriften berufen kann, um die Einfuhr eines Erzeugnisses zu verhindern, das vom Inhaber dieses Rechtes selbst oder mit seiner Zustimmung rechtmäßig auf den Markt eines anderen Mitgliedstaats gebracht worden ist [17].

16. Unter Zugrundelegung Ihrer Rechtsprechung ist die Zustimmung offensichtlich das wesentliche Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob die Rechte, die der Inhaber geltend macht, erschöpft sind. Diese „voluntaristische" Auffassung ist durch eine Reihe von Entscheidungen bestätigt worden, die in diesem Punkt völlig eindeutig sind.

17. So haben Sie in der Rechtssache Merck, in der der Patentinhaber Arzneimittel in Italien selbst in den Verkehr gebracht hatte, die dort nicht patentfähig waren, und ihre Einfuhr in die Niederlande verhindern wollte, folgendes festgestellt:

„Es ist ... Aufgabe des Patentinhabers, in voller Kenntnis der Sachlage über die Bedingungen zu entscheiden, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringt, was die Möglichkeit einschließt, das Erzeugnis in einem Mitgliedstaat abzusetzen, in dem dafür kein gesetzlicher Patentschutz besteht. Entscheidet er sich in dieser Weise, so hat er die Konsequenzen seiner Wahl hinzunehmen, soweit es um den Verkehr des Erzeugnisses innerhalb des Gemeinsamen Marktes geht." [18]

18. In Ihrem Urteil Pharmon, in dem es darum ging, daß ein Patentinhaber sein Recht geltend machte, um die Einfuhr von Erzeugnissen zu verhindern, die in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund einer Zwangslizenzregelung hergestellt worden waren, haben Sie entschieden, daß

„im Falle der Erteilung einer Zwangslizenz durch die zutändigen Behörden eines Mitgliedstaats an einen Dritten durch die diesem ... Tätigkeiten auf dem Gebiet der Herstellung und des Inverkehrbringens erlaubt werden, die der Patentinhaber normalerweise untersagen könnte, nicht davon ausgegangen werden kann, daß letzterer den Tätigkeiten dieses Dritten zugestimmt hat. Dem Patentinhaber wird nämlich durch eine solche Maßnahme *sein Recht genommen, frei* über die Bedingungen *zu entscheiden,* unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringen will." [19]

19. Wie außerdem hervorzuheben ist, haben Sie den Standpunkt vertreten, daß die Zahlung von Lizenzgebühren an den Patentinhaber im Rahmen des Systems der Zwangslizenzen ohne Einfluß auf sein Untersagungsrecht ist, da Sie festgestellt haben, daß

„die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen für die Anwendung der Rechtsvorschriften des Einfuhrmitgliedstaats ... in keiner Weise von den Bedingungen abhängen, die die zuständigen Behörden des Ausfuhrmitgliedstaats an die Erteilung der Zwangslizenz geknüpft haben" [20].

17 — Siehe unter anderem die Rechtssache 78/70, Deutsche Grammophon, a. a. O., Randnr. 13; Urteil vom 22. Juni 1976 in der Rechtssache 119/75, Terrapin, Slg. 1976, 1039, Randnr. 6; verbundene Rechtssachen 55 und 57/80, Musikvertrieb, a. a. O., Randnr. 15; Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 187/80, Merck, Slg. 1981, 2063, Randnr. 12; Rechtssache 19/84, Pharmon, a. a. O., Randnr. 22.

18 — Rechtssache 187/80, a. a. O., Randnr. 11.

19 — Rechtssache 19/84, a. a. O., Randnr. 25, Hervorhebung von mir.

20 — Ebenda, Randnr. 29.

20. Wie sich somit aus Ihrer Rechtsprechung eindeutig ergibt, ermöglicht sie es,

„aus der Zustimmung des Berechtigten für die patentierten Erzeugnisse den Schlüssel zum Gemeinsamen Markt zu schmieden" [21].

21. Im übrigen kann ich mich nicht der Analyse anschließen, die das vorlegende Gericht in bezug auf Ihr Urteil in der Rechtssache Musik-Vertrieb vorzunehmen scheint. Dort haben Sie entschieden, daß die *GEMA*, eine Gesellschaft zur Wahrnehmung von Urheberrechten, keine zusätzliche Vergütung für die Einfuhr von Schallplatten aus dem Vereinigten Königreich in die Bundesrepublik Deutschland verlangen kann. Im Gegensatz zu dem, was das vorlegende Gericht offensichtlich meint, haben Sie aber nicht das im Vereinigten Königreich bestehende System der Zwangslizenz oder, genauer, der Höchstvergütung als ausschlaggebend für die Feststellung angesehen, daß der Rechtsinhaber sein Recht nicht geltend machen konnte. Nach dem Hinweis auf den Erschöpfungsgrundsatz haben Sie nämlich festgestellt, daß

„sich weder der Inhaber eines Urheberrechts oder sein Lizenznehmer noch eine im Namen des Inhabers oder des Lizenznehmers handelnde Gesellschaft zur Wahrnehmung von Urheberrechten auf das durch das Urheberrecht verliehene ausschließlich Verwertungsrecht berufen können, um die Einfuhr von Tonträgern zu verhindern, die auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats *von dem Rechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung* rechtmäßig in den Verkehr gebracht sind" [22].

Sodann haben Sie ausgeführt, daß

„eine Bestimmung des innerstaatlichen Rechts es einer Gesellschaft, die mit der Wahrnehmung von Urheberrechten betraut ist ..., nicht erlauben darf, eine Abgabe auf Erzeugnisse zu erheben, die aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt werden, *wo sie von dem Inhaber des Urheberrechts oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind*" [23].

Gerade diese Erwägung halte ich für wesentlich; sie schließt eindeutig die Möglichkeit aus, im vorliegenden Fall von einer Erschöpfung der Rechte auszugehen.

22. Ich möchte im übrigen bemerken, daß der Umstand, daß die Tonträger nach den dänischen Rechtsvorschriften rechtmäßig auf den dänischen Markt gebracht werden konnten, als solcher keinen Einfluß auf die Möglichkeit für den Rechtsinhaber hat, sein Recht geltend zu machen. Sie haben in Ihrem Urteil in der Rechtssache Centrafarm wie folgt entschieden:

„Ein solches Hindernis mag zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sein, wenn dieser Schutz in Anspruch genommen wird gegen ein Erzeugnis, das aus einem Mitgliedstaat stammt, *in dem es nicht patentfähig ist*, und das von Dritten ohne die Zustimmung des Patentinhabers hergestellt worden ist" [24].

23. Es gibt keinen Grund, danach zu unterscheiden, ob das Erzeugnis *nicht* oder *nicht mehr* geschützt werden kann. Es wäre geradezu paradox, wenn die nach Ablauf der Schutzfrist im Ausfuhrstaat eingetretene Gemeinfreiheit für den Rechtsinhaber im Einfuhrstaat „schwerere" Folgen hätte als die in Ermangelung jeglichen Rechtsschutzes dauernd bestehende Gemeinfreiheit. In beiden Fällen ist das Problem das gleiche. Das Inverkehrbringen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ist nach dem Recht des Aus-

21 — Schlußanträge des Generalanwalts Mancini in der Rechtssache 19/84, a. a. O., S. 2288.

22 — Verbundene Rechtssachen 55 und 57/80, a. a. O., Randnr. 15, Hervorhebung von mir.

23 — Ebenda, Randnr. 18, Hervorhebung von mir.

24 — Rechtssache 15/74, a. a. O., Randnr. 11, Hervorhebung von mir.

fuhrstaats zulässig. Die Lösung muß in beiden Fällen gleich sein, da das Recht des Inhabers im Einfuhrstaat nicht erschöpft sein kann, weil es an persönlichen Verwertungshandlungen in bezug auf die streitigen Erzeugnisse fehlt.

24. Zwar lassen sich die Erfordernisse eines einheitlichen Marktes für die Auffassung der Beklagten des Ausgangsverfahrens anführen, nach der davon auszugehen ist, daß einem Erzeugnis, das rechtmäßig auf den Markt eines Mitgliedstaats gebracht worden ist, insoweit die Regelung des freien Warenverkehrs zugute kommen muß. Bei dieser Argumentation wird aber die Existenz der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte völlig geopfert, deren Schutz in Artikel 36 vorgesehen ist.

25. Die Lösung, deren Ablehnung ich Ihnen vorschlage, hätte faktisch die Herbeiführung einer Harmonisierung der Schutzfristen auf der Grundlage der in der Gemeinschaft bestehenden kürzesten Frist zur Folge. Erscheint mir eine solche Lösung bereits grundsätzlich anfechtbar, da sie die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten in diesem Bereich mißachten und den Schutz der in Artikel 36 vorgesehenen Rechte opfern würde, so könnte sie darüber hinaus auf diesem Gebiet bedeutende Gefahren für das Kunstschaffen in der Gemeinschaft mit sich bringen, das eine wesentliche Dimension des kulturellen Europas, das wir alle wünschen, ist.

26. Noch eine letzte Bemerkung. Es ist an den Fall zu denken, daß die nach den nationalen Rechtvorschriften vorgesehene Schutzfrist diskriminierend oder dazu bestimmt erscheint, eine verschleierte Handelsbeschränkung einzuführen. Die Schutzfrist von 25 Jahren, wie sie derzeit im Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 vorgesehen ist, ist kürzer als die vorher bestehende (50 Jahre nach dem Tod des Urhebers[25]), selbst wenn die Frist erst mit Inkrafttreten des Gesetzes beginnt. Ich meine daher ebenso wie die Kommission, daß es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, daß die streitigen nationalen Rechtsvorschriften verschleierte Beschränkungen darstellen.

27. Infolgedessen schlage ich Ihnen vor, für Recht zu erkennen, daß die Artikel 30 bis 36 EWG-Vertrag dem Inhaber eines Rechts zur Vervielfältigung und zum Vertrieb eines Musikwerks nicht verbieten, die ihm nach den nationalen Rechtsvorschriften zustehenden ausschließlichen Rechte in bezug auf Tonträger geltend zu machen, die weder von ihm noch mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht worden sind, in dem dieses Inverkehrbringen nach Ablauf der Schutzfrist zulässig war.

25 — Artikel 29 LUG vom 19. Juni 1901, RGBl. S. 227, in der Fassung des Abänderungsgesetzes vom 13. Dezember 1934, RGBl. II, S. 1359. Außerdem darf nach Artikel 14 des Internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961 „die Dauer des ... zu gewährenden Schutzes ... nicht kürzer als 20 Jahre sein".