SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN CHRISTINE STIX-HACKL

vom 5. April 2001 [1]

Einleitende Bemerkungen

1. Die vorliegenden Rechtssachen betreffen erneut die Problematik der Erschöpfung von Markenrechten bei so genannten „grauen Reimporten".

2. In diesem Zusammenhang wird der Gerichtshof um die Auslegung der Begriffe „Zustimmung" und „berechtigte Gründe" in Artikel 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [2] (im Folgenden: Markenrichtlinie) ersucht. In den ausführlichen Vorlagefragen fragt das vorlegende Gericht zunächst nach den Umständen, aus denen eine Zustimmung herzuleiten sei. In der Rechtssache C-414/99 stellt es zudem Fragen zu den „berechtigten Gründen", die nach Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie einer Erschöpfung des Markenrechts entgegenstehen können.

3. Der Gerichtshof hatte bereits zwei Mal Gelegenheit, sich zu Artikel 7 der Markenrichtlinie im Zusammenhang mit Einfuhren aus Drittstaaten zu äußern. Im Silhouette-Urteil [3] stellte er klar, dass Artikel 7 Absatz 1 einer nationalen Regelung entgegensteht, welche die internationale Erschöpfung von Markenrechten vorsieht. Im Sebago-Urteil [4] bekräftigte er diese Auffassung und fügte hinzu, dass die Rechtsfolge der Erschöpfung nur dann eintrete, wenn die Zustimmung sich auf jedes Exemplar der Ware erstrecke, für das die Erschöpfung geltend gemacht wird.

4. Soweit ersichtlich, basieren die nunmehrigen Vorlagefragen auf einer offenbar kritischen Haltung zum Ausschluss der internationalen Erschöpfung von Markenrechten gemäß der Markenrichtlinie [5]. Dieser Ausschluss soll Markeninhabern im Europäischen Wirtschaftsraum (im Folgenden: „EWR") grundsätzlich ermöglichen, sich den Einfuhren von mit ihrer Marke versehenen Produkten, die zu-

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 40, S. 1.

3 — Urteil vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-355/96 (Silhouette International Schmied, Slg. 1998, I-4799).

4 — Urteil vom 1. Juli 1999 in der Rechtssache C-173/98 (Sebago und Maison Dubois, Slg. 1999, I-4103).

5 — Siehe auch Artikel 13 der insoweit gleichlautenden Markenverordnung: Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 11, S. 1).

nächst außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, in den EWR widersetzen zu können. Die Tragweite des Grundsatzes der EWR-weiten Erschöpfung steht somit mit dem Zustimmungsbegriff in engem Zusammenhang.

I — Sachverhalt

Rechtssache C-414/99

5. Die Klägerin im Ausgangsverfahren, die Zino Davidoff SA (im Folgenden: Davidoff), ist Inhaberin zweier Marken, „Cool Water" und „Davidoff Cool Water", die im Vereinigten Königreich für eine umfangreiche Palette von Toiletteartikeln und Kosmetika eingetragen sind und benutzt werden. Die Erzeugnisse werden für Davidoff in Lizenz hergestellt und von ihr oder für sie sowohl inner- als auch außerhalb des EWR verkauft.

6. Die Erzeugnisse, ihre Verpackung und ihre Kennzeichnung sind gleich, unabhängig davon, wo auf der Welt sie verkauft werden.

7. Die Erzeugnisse von Davidoff tragen Herstellungspostennummern. Mit dieser Kennzeichnung solle den Bestimmungen der Kosmetikrichtlinie 76/768/EWG[6], die im Vereinigten Königreich durch die Cosmetic Products (Safety) Regulations 1996, SI 2925/1996, umgesetzt worden sei, entsprochen werden.

8. Die Beklagte im Ausgangsverfahren, die A & G Imports Ltd (im Folgenden: A & G), hat Bestände von Erzeugnissen der Klägerin erworben, die ursprünglich von Davidoff oder mit ihrer Zustimmung in Singapur in den Verkehr gebracht worden waren.

9. Die Beklagte führte diese Bestände in die Gemeinschaft, hier nach England, ein und begann dort mit ihrem Verkauf. Die betreffenden Erzeugnisse unterscheiden sich von anderen Erzeugnissen der Marke Davidoff nur insofern, als ein Teilnehmer in der Vertriebskette der in Rede stehenden Erzeugnisse die Herstellungspostennummern ganz oder teilweise entfernt oder unkenntlich gemacht hat, wie dem Ausgangsverfahren zu entnehmen ist.

10. 1998 hat Davidoff eine Klage gegen A & G vor dem High Court of Justice (England und Wales) u. a. mit der Begründung anhängig gemacht, dass die Einfuhr der Waren aus Singapur nach England und der dortige Verkauf eine Verletzung ihrer eingetragenen Warenzeichen darstelle.

6 — Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel (ABl. L 262, S. 169).

11. A & G macht geltend, die Einfuhr und der Verkauf seien von Davidoff wegen der Art und Weise, auf die die Waren durch sie oder mit ihrer Zustimmung in Singapur auf den Markt gebracht worden seien, erlaubt worden oder hätten als erlaubt zu gelten. Sie stütze sich in Bezug auf eine solche Zustimmung auf die Bestimmungen in Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 der Markenrichtlinie.

12. Davidoff bestreitet, dass sie den Tätigkeiten der Beklagten im Ausgangsverfahren zugestimmt habe oder so behandelt werden könne, als ob sie diesen zugestimmt hätte, und macht ferner geltend, sie habe berechtigte Gründe im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie gehabt, sich der Einfuhr und dem Vertrieb der Waren zu widersetzen. Diese Gründe bestünden in der (vollständigen oder teilweisen) Entfernung oder Unkenntlichmachung der Herstellungspostennummern.

13. Am 18. Mai 1999 lehnte es das vorlegende Gericht ab, den Rechtsstreit zwischen den Parteien im Ausgangsverfahren im summarischen Verfahren zu entscheiden, weil es die Argumente von A & G für nicht offensichtlich unbegründet erachtete. Es war der Ansicht, dass das Verfahren grundlegende Fragen insbesondere in Bezug auf Bedeutung und Wirkung von Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Markenrichtlinie aufwerfe, deren Beantwortung für eine Entscheidung im vollständigen Verfahren erforderlich sei.

14. Daher ersucht der High Court den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

A) Ist die Richtlinie, soweit sie Waren betrifft, die in der Gemeinschaft mit Zustimmung des Inhabers einer Marke in den Verkehr gebracht worden sind, so auszulegen, dass sie die ausdrückliche oder stillschweigende und unmittelbare oder mittelbare Zustimmung umfasst?

B) Wenn

(i) ein Inhaber der Aushändigung der Ware an einen Dritten unter Umständen zugestimmt oder diese Aushändigung genehmigt hat, bei denen sich die Rechte des Dritten auf weiteren Vertrieb der Waren nach dem Recht des Kaufvertrags richten, nach dem dieser Dritte diese Waren erworben hat, und

(ii) dieses Recht es dem Verkäufer gestattet, Beschränkungen für den weiteren Vertrieb oder die Benutzung der Waren durch den Käufer zu verfügen, jedoch auch vorsieht, dass der Dritte ein Recht zum Vertrieb der Ware in allen Ländern

einschließlich der Gemeinschaft erwirbt, wenn sein Recht auf weiteren Vertrieb der Waren durch oder für den Inhaber nicht tatsächlich beschränkt wird,

ist dann die Richtlinie, wenn die Rechte des Dritten auf Vertrieb der Waren nicht nach diesem Recht wirksam beschränkt worden sind, so auszulegen, dass der Inhaber so behandelt wird, als ob er dem damit erworbenen Recht des Dritten zum Vertrieb der Waren in der Gemeinschaft zugestimmt hätte?

C) Falls die Frage B) bejaht wird, obliegt es dann den nationalen Gerichten, zu bestimmen, ob unter den gesamten Umständen dem Dritten tatsächlich Beschränkungen auferlegt wurden?

D) Ist Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie so auszulegen, dass zu den berechtigten Gründen, die es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb seiner Waren widersetzt, Handlungen Dritter gehören, die den Wert, den Reiz oder das Ansehen der Marke oder der Ware, die diese Marke tragen, erheblich beeinträchtigen?

E) Ist Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie so auszulegen, dass die berechtigten Gründe, die es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb seiner Waren widersetzt, die (vollständige oder teilweise) Entfernung oder Unkenntlichmachung von Kennzeichnungen der Waren durch Dritte einschließen, wenn diese Entfernung oder Unkenntlichmachung nicht geeignet erscheint, dem Ansehen der Marke oder der Waren, die die Marke tragen, ernstlichen oder erheblichen Schaden zuzufügen?

F) Ist Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie so auszulegen, dass zu den berechtigten Gründen, die es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb seiner Waren widersetzt, die (vollständige oder teilweise) Entfernung oder Unkenntlichmachung von Herstellungspostennummern auf den Waren durch Dritte gehört, wenn diese Entfernung oder Unkenntlichmachung dazu führt, dass bei den betreffenden Waren

(i) eine Zuwiderhandlung gegen eine Bestimmung des Strafrechts eines Mitgliedstaats (die nicht die Marken betrifft) oder

(ii) ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/768/EWG vorliegt?

Rechtssachen C-415/99 und C-416/99

15. Levi Strauss & Co., eine Gesellschaft nach dem Recht des Staates Delaware, USA, ist Inhaberin der Marken „LEVI'S" und „501", welche im Vereinigten Königreich u. a. für Jeans eingetragen sind.

16. Levi Strauss (UK) Ltd, eine Gesellschaft nach dem Recht von England und Wales, ist Lizenznehmerin der Levi Strauss & Co. für die eingetragenen Marken in Bezug auf die Herstellung, die Einfuhr, den Verkauf und den Vertrieb u. a. von Levi's 501 Jeans. Die in Rede stehenden Erzeugnisse werden von ihr, die auch verschiedenen anderen Einzelhändlern als Teil eines selektiven Vertriebssystems Lizenzen erteilt hat, im Vereinigten Königreich verkauft.

17. Tesco Stores Ltd und Tesco plc (im Folgenden gemeinsam: Tesco) sind Gesellschaften nach dem Recht von England und Wales, wobei die Letztgenannte die Muttergesellschaft der Erstgenannten ist. Tesco gehört zu den führenden Supermärkten im Vereinigten Königreich mit Verkaufsstätten im gesamten Land. Zur Palette der von Tesco verkauften Waren gehört Bekleidung unterschiedlicher Art.

18. Costco (UK) Ltd, nunmehr Costco Wholesale UK Ltd (im Folgenden: Costco), ebenfalls eine Gesellschaft nach dem Recht von England und Wales, verkauft im Vereinigten Königreich zahlreiche Markenartikel, insbesondere Bekleidung.

19. Levi Strauss & Co. und Levi Strauss (UK) Ltd (im Folgenden gemeinsam: Levi) haben es stets abgelehnt, Levi's 501 Jeans an Tesco und Costco zu verkaufen. Levi lehnte es ebenfalls ab, diese als autorisierte Händler für die in Rede stehenden Erzeugnisse zuzulassen.

20. Daher erwarben Tesco und Costco echte Levi's 501 Jeans erster Qualität von verschiedenen anderen Lieferanten, insbesondere von Personen, die solche Jeans aus Ländern außerhalb des EWR einführen. Die Verträge, aufgrund deren Tesco und Costco die Jeans kauften, enthielten keine Beschränkungen in Bezug auf die Absatzmärkte. Die von Tesco verkauften Jeans waren von Levi oder im Auftrag von Levi in den USA, Mexiko oder Kanada hergestellt und zunächst in diesen Ländern verkauft worden. Jene von Costco waren gleichermaßen in den USA oder Mexiko hergestellt worden.

21. Die Lieferanten von Tesco und Costco hatten die Waren unmittelbar oder mittelbar von autorisierten Einzelhändlern in den USA, Mexiko oder Kanada und/oder von Großhändlern, die die Jeans von „Sammelhändlern" bezogen hatten — Sammelhändler gehen in der Weise vor, dass sie zahlreiche Geschäfte aufsuchen und soviele

Kleidungsstücke wie möglich gleichzeitig kaufen, um diese an Großhändler weiterzuverkaufen —, erhalten.

22. 1998 hat Levi das Verfahren vor dem High Court of Justice (England und Wales) gegen Tesco und Costco mit der Begründung erhoben, dass Einfuhr und Verkauf der betreffenden Levi's Jeans durch die Beklagten eine Verletzung der Markenrechte der Klägerin darstellten.

23. Tesco und Costco machen im Wesentlichen geltend, dass sie ein uneingeschränktes Verfügungsrecht über die Jeans erworben hätten. Levi weist hingegen auf ihre Vertriebspolitik hin: In den USA und Kanada vertreibt Levi die Jeans an autorisierte Einzelhändler, die unter Androhung eines Lieferstopps verpflichtet würden, die Jeans nur an Endverbraucher zu verkaufen. In Mexiko wurden die Jeans zum Teil an autorisierte Großhändler verkauft, mit der Maßgabe, dass die Jeans nicht aus Mexiko ausgeführt werden sollten.

24. Vor diesem Hintergrund ersucht der High Court den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

1. Bewirkt die Richtlinie 89/104/EWG (im Folgenden: die Richtlinie), dass der Inhaber einer eingetragenen Marke, der Waren, die diese Marke tragen, selbst in einem Nicht-EWR-Staat in den Verkehr gebracht hat oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr hat bringen lassen, einem Dritten die Einfuhr dieser Waren in den EWR oder ihren Verkauf dort untersagen kann, sofern er ihr/ihm nicht klar und ausdrücklich zugestimmt hat, oder kann diese Zustimmung vermutet werden?

2. Wenn die Antwort auf die erste Frage dahin lautet, dass die Zustimmung vermutet werden kann, kann dann die Vermutung auf den Umstand gestützt werden, dass die Waren vom Inhaber oder für diesen verkauft wurden, ohne dass dem ersten Erwerber und allen späteren Erwerbern bindende vertragliche Beschränkungen auferlegt worden wären, die den Weiterverkauf innerhalb des EWR verbieten?

3. Wenn Waren, die eine eingetragene Marke tragen, in einem Nicht-EWR-Staat vom Inhaber der Marke in den Verkehr gebracht worden sind:

   A] inwieweit ist es dann erheblich oder entscheidend für die Frage, ob die Zustimmung des Inhabers zum

Inverkehrbringen dieser Waren im EWR im Sinne der Richtlinie vorlag, dass

a) derjenige, der die Waren in den Verkehr bringt (ohne autorisierter Einzelhändler zu sein), dies in Kenntnis dessen tut, dass er rechtmäßiger Eigentümer der Waren ist, und die Waren keine Angabe tragen, nach der sie im EWR nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen; und/oder

b) derjenige, der die Waren in den Verkehr bringt (ohne autorisierter Einzelhändler zu sein), dies in Kenntnis dessen tut, dass der Inhaber der Ware sich dem Inverkehrbringen dieser Waren im EWR widersetzt; und/oder

c) derjenige, der die Waren in den Verkehr bringt (ohne autorisierter Einzelhändler zu sein), dies in der Kenntnis dessen tut, dass sich der Inhaber der Marke ihrem Inverkehrbringen durch andere als einen autorisierten Einzelhändler widersetzt; und/oder

d) die Waren von autorisierten Einzelhändlern in einem Nicht-EWR-Staat erworben wurden, die vom Inhaber dahin unterrichtet worden waren, dass sich der Inhaber dem Verkauf der Waren durch sie für die Zwecke des Weiterverkaufs widersetzt, die aber den Erwerbern dieser Waren keine vertraglichen Beschränkungen hinsichtlich Art und Weise von deren Absatz auferlegt haben; und/oder

e) die Waren von autorisierten Großhändlern in einem Nicht-EWR-Staat gekauft wurden, die vom Inhaber dahin unterrichtet worden waren, dass die Waren an Einzelhändler in diesem Nicht-EWR-Staat zu verkaufen waren und nicht für den Export verkauft werden durften, die aber den Erwerbern dieser Waren keine vertraglichen Beschränkungen hinsichtlich Art und Weise von deren Absatz auferlegt haben; und/oder

f) der Inhaber nicht alle nachfolgenden Erwerber seiner Waren (d. h. diejenigen zwischen dem ersten Abnehmer des Inhabers und demjenigen, der die Waren im EWR in den

Verkehr gebracht hat) dahin unterrichtet hat, dass er sich dem Verkauf der Waren für Zwecke des Weiterverkaufs widersetzt; und/oder

g) dem ersten Erwerber vom Inhaber eine oder keine vertragliche Beschränkung auferlegt und rechtlich bindend ausgestaltet wurde, die den Verkauf für die Zwecke des Weiterverkaufs an andere als den Endverbraucher verbietet?

B] hängt die Frage, ob die Zustimmung des Inhabers zum Inverkehrbringen der Waren im EWR im Sinne der Richtlinie vorliegt, von weiteren oder anderen Faktoren ab, und falls ja, von welchen?

II — Der rechtliche Rahmen

25. Artikel 5 der Markenrichtlinie bestimmt, soweit hier erheblich, Folgendes:

„1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist ...

...

3) Sind die Voraussetzungen [des Absatzes 1] erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

a) das Zeichen auf Waren oder deren Aufmachung anzubringen;

b) unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen;

c) Waren unter dem Zeichen einzuführen oder auszuführen ...“

26. Artikel 7 der Markenrichtlinie sieht unter dem Titel „Erschöpfung des Rechts der Marke" Folgendes vor:

„1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.

2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist."

Gemäß dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum[7] (Artikel 65 Absatz 2 i.V.m. Anhang XVII, Nr. 4) erhält Artikel 7 Absatz 1 folgende Fassung: „Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in einem Vertragsstaat in den Verkehr gebracht worden sind."

7 — ABl. 1994, L 1, S. 3.

III — Würdigung

27. Aufgrund der recht ausführlichen Formulierung der Vorlagefragen in den Ausgangsverfahren scheint es angebracht, sie nicht der Reihe nach zu behandeln, sondern in einem systematischen Zusammenhang, um auf den gemeinsamen rechtlichen Kern der Fragen besser eingehen zu können. Die Fragen A bis C in der Rechtssache C-414/99 und sämtliche Fragen in den Rechtssachen C-415/99 und C-416/99 betreffen den Begriff der Zustimmung in Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie. Wenn auch nicht unmittelbar den Vorlagefragen entnehmbar, ergibt sich dies jedoch aus dem Zusammenhang mit der aufgeworfenen Erschöpfungsproblematik. Die Fragen D bis F in der Rechtssache C-414/99 betreffen die Auslegung von Artikel 7 Absatz 2. Da ihre Entscheidungserheblichkeit jedoch von der Beantwortung des erstgenannten Fragenkomplexes abhängt, ist zunächst auf diesen einzugehen.

28. Die Parteien im Ausgangsverfahren, Deutschland, Frankreich, Finnland, Italien, Schweden, die EFTA-Überwachungsbehörde und die Kommission haben zum Teil recht ausführliche schriftliche Stellungnahmen eingereicht. Bis auf Finnland, Italien und Schweden nahmen diese Beteiligten an der mündlichen Verhandlung teil. Nachfolgend soll auf den Vortrag der Beteiligten nur insoweit eingegangen wer-

den, als es zum Zwecke der Argumentation erforderlich erscheint.

29. A & G, Tesco und Costco (im Folgenden auch gemeinsam als Parallelimporteure bezeichnet) setzen sich zusammenfassend für eine weite Auslegung des Zustimmungsbegriffs ein, wohl um eine Erschöpfung des Markenrechts unter erleichterten Voraussetzungen aus den Umständen des Einzelfalls herleiten zu können. Davidoff und Levi verteidigen ihre selektive Vertriebspolitik im Wesentlichen unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes. Die anderen Verfahrensbeteiligten, ausgehend vom Prinzip der gemeinschaftsweiten Erschöpfung, jedoch mit unterschiedlicher Haltung hinsichtlich der Notwendigkeit einer rechtspolitischen Auseinandersetzung mit diesem Prinzip, gehen vorrangig auf die Schranken des Zustimmungsbegriffs ein, ohne sich allerdings auf ein klares Kriterium einigen zu können.

A — *Zur Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie*

30. Fraglich ist, ob die Zustimmung nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie als nationaler oder gemeinschaftlicher Rechtsbegriff zu sehen ist.

31. Zunächst soll auf Gründe eingegangen werden, die für eine Auslegung aus nationaler Sicht sprechen könnten. Solche Gründe können in verschiedenen Argumentationslinien zusammengefasst werden: grundsätzliche Ablehnung der gemeinschaftlichen Regelungskompetenz, kollisionsrechtliche Aspekte, Fehlen einer gemeinschaftlichen Angleichung des Vertrags- und Sachenrechts.

Es ist daher zunächst auf die Regelungskompetenz der Gemeinschaft einzugehen, bevor auf kollisions- und materiellrechtliche Aspekte dieser Argumentation eingegangen werden kann.

1. Zur Maßgeblichkeit des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie zur Beurteilung der Erschöpfung der Rechte aus der Marke bei Einfuhren aus Drittstaaten

32. Die italienische Regierung, insofern unterstützt durch die französische Regierung, betont, dass, unter der Prämisse, dass das erste Inverkehrbringen der betreffenden Erzeugnisse außerhalb des EWR durch die Markeninhaberinnen oder mit deren Zustimmung stattgefunden habe, die Erschöpfung des Rechts der Marke im EWR nicht in Anwendung einer Gemeinschaftsnorm eintreten könne. Ob unter den gegebenen Umständen eine Zustimmung zum Inverkehrbringen innerhalb des EWR anzunehmen sei, sei eine Frage, die auf das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Verfügung hinausliefe und nach nationalem Recht zu beurteilen sei. In diesem Sinne machen Tesco und Costco auch das Bestehen eines Territorialitätsgrundsatzes geltend, welcher der Gemeinschaft gebieten

würde, die Regelung der Außenhandelsbeziehungen den Mitgliedstaaten zu überlassen, während die Markenrichtlinie lediglich der Errichtung und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes diene.

33. Mit dieser Argumentation hat sich der Gerichtshof bereits im Silhouette-Urteil [8] auseinander gesetzt. Er hat hiebei für Recht erkannt, dass die Richtlinie nicht dahin verstanden werden könne, dass sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit belässt, in ihrem innerstaatlichen Recht die Erschöpfung der Rechte aus der Marke für in dritten Ländern in den Verkehr gebrachte Waren vorzusehen. Der Gerichtshof hat sich dabei maßgeblich darauf gestützt, dass die Markenrichtlinie zwar auf der Grundlage des Artikels 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) erlassen wurde, sie jedoch einzelne Aspekte abschließend regelt, insbesondere die Erschöpfung der Rechte aus der Marke.

34. Nach diesem Urteil [9] enthalten Artikel 5 bis 7 der Markenrichtlinie eine umfassende Harmonisierung der Vorschriften über die Rechte aus der Marke. Die Markenrichtlinie regelt daher die gemeinschaftsweite (EWR-weite) Erschöpfung der Rechte aus der Marke, ungeachtet dessen, wo die mit der Marke versehenen Produkte zunächst in den Verkehr gebracht worden sind.

35. Im selben Urteil bemerkte der Gerichtshof weiters, dass, selbst wenn Artikel 7 dahin ausgelegt würde, dass er eine Rechtsfolge für den Fall vorsähe, dass die betreffenden Erzeugnisse außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, er damit nicht die Außenhandelsbeziehungen der Gemeinschaft regelt, „sondern ... die Rechte von Inhabern der Marke in der Gemeinschaft fest[legt]“ [10]. Dem gemeinschaftlichen Gesetzgeber ist es also nicht verwehrt, innergemeinschaftliche Rechtswirkungen auch bei Sachverhalten nicht auszuschließen, die sich außerhalb der Gemeinschaft bzw. des EWR ereignen, soweit dies notwendig ist, um die Zwecke der Richtlinie, namentlich die Erstellung eines funktionsfähigen Binnenmarktes durch gemeinschaftliche Angleichung des Markenschutzes, zu erreichen. Das Inverkehrbringen der betreffenden Waren zunächst außerhalb des EWR steht damit einer Anwendbarkeit der Markenrichtlinie nicht entgegen.

36. Ohne die Maßgeblichkeit der Markenrichtlinie insgesamt in Frage zu stellen, wurde die Maßgeblichkeit von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie zur Beurteilung der Erschöpfung der Rechte aus der Marke bei Parallelimporten aus Drittstaaten mit dem Argument in Frage gestellt, eine Klage wegen Verletzung des Markenrechts sei in erster Linie an Artikel 5 der Markenrichtlinie und der dortigen Voraussetzung einer „fehlenden Zustimmung“ zu messen; Artikel 7 stünde hingegen einer Zustimmung des Markeninhabers, die sich innerhalb des EWR nicht auf den gesamten

8 — Zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 20 ff.

9 — Zitiert in Fußnote 3, Randnr. 25.

10 — Zitiert in Fußnote 3, Randnr. 29.

Raum erstrecken würde — aber nicht darüber hinausginge —, entgegen.

37. Unklar bleibt allerdings, woraus sich ergeben soll, dass die „fehlende Zustimmung" gemäß Artikel 5 Absatz 1 der „Zustimmung" gemäß Artikel 7 Absatz 1 nicht spiegelbildlich entsprechen sollte. Es ist auch kein Ansatz für einen tatsächlichen begrifflichen Unterschied zu erkennen, zumal beide Vorschriften insgesamt in funktionalem Zusammenhang stehen. Im Hinblick auf die Systematik der Markenrichtlinie bemerkte aber Generalanwalt Jacobs bereits in der Rechtssache Silhouette, dass „Artikel 7 Absatz 1 ... eine Ausnahme von den Rechten des Markeninhabers aus Artikel 5 Absatz 1 [ist]" [11]. Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie stellt damit eine Schranke der ausschließlichen Rechte aus Artikel 5 Absatz 1 dar.

38. Damit dürfte feststehen, dass auch unter der Annahme, dass die betreffenden Erzeugnisse zunächst in Drittstaaten durch den jeweiligen Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sind, die Maßgeblichkeit des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie zur Klärung der Frage, ob die Rechte des Markeninhabers im EWR erschöpft sind oder nicht, nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann. Die Rechtsfrage konzentriert sich daher darauf, ob das Vorliegen einer Zustimmung im Sinne der Erschöpfungstheorie anhand nationalen Rechts oder anhand des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen ist.

11 — Schlussanträge vom 29. Jänner 1998 in der Rechtssache C-355/96 (Urteil zitiert in Fußnote 2), Nr. 34.

2. Zustimmung als nationaler Rechtsbegriff

39. Will man die Zustimmung im Licht des nationalen Rechts bestimmen, ist zunächst zu untersuchen, nach welchem innerstaatlichen Recht sich diese Auslegung zu richten hätte. Dementsprechend spielt aber die kollisionsrechtliche Vorfrage im Rahmen einer nationalen Deutung des Zustimmungsbegriffs eine wesentliche Rolle. Die Meinungen der Verfahrensbeteiligten weichen jedoch auch hinsichtlich dieser Vorfrage erheblich voneinander ab.

a) Nach welchem nationalen Recht soll sich die Auslegung des Zustimmungsbegriffs richten?

40. In der Rechtssache C-414/99 wird offenbar davon ausgegangen, dass die Auslegung des Zustimmungsbegriffs im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie sich nach jenem Recht zu richten

hätte, das auf den ersten Vertrag [12] in der Vertriebskette anzuwenden ist. Nach dieser Ansicht hätte folglich die Zustimmung zum Inverkehrbringen nach Artikel 7 Absatz 1 der auf den Abschluss des ersten Vertrages gerichteten Willensäußerung zu entsprechen. Nach dem Vorlagebeschluss haben die Vertragsparteien die Anwendbarkeit des deutschen Rechts vereinbart. Aufgrund einer Beweisregel der lex fori — des englischen Rechts —, wonach die Identität des ausländischen Rechts mit dem englischen Recht vermutet wird, soweit die Parteien sich nicht auf einen abweichenden Inhalt des ausländischen Rechts berufen, legt das vorlegende Gericht seinen Erwägungen aber nicht das vertraglich vereinbarte — deutsche — Recht zugrunde, sondern die lex fori. Der Vorlagefrage B in der Rechtssache C-414/99 ist daher zu entnehmen, dass die Prüfung der Zustimmung sich nach dem auf den ersten Vertrag in der Vertriebskette anzuwendenden Recht richtet, während in den Rechtssachen C-415/99 und C-416/99 die Parallelimporteure betonen, ohne dass ihnen insoweit widersprochen würde, dass sie das Eigentum an den mit der Marke versehenen Erzeugnissen erworben hätten, ohne dass ihr Recht, über die Erzeugnisse frei zu verfügen, wirksam beschränkt worden wäre.

41. Offen bleibt daher, nach welchem Recht die Auslegung des Zustimmungsbegriffs zu erfolgen hätte und, ob gegebenenfalls mehrere Rechtsordnungen, je nach Anzahl der Verträge in der Vertriebskette, zu berücksichtigen wären. Eine Antwort hierauf setzt also eine — nationale oder gemeinschaftliche — Kollisionsregel voraus. Die Bestimmung einer solchen Kollisionsregel setzt jedoch ihrerseits voraus, dass die nationale Vorschrift zur Umsetzung des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie einer Kollisionsregel zugeordnet wird, d. h. im Sinne des Internationalen Privatrechts qualifiziert wird. Dies zeigt, dass es nicht ohne eingehendere Begründung möglich ist, die Zustimmung im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 entsprechend dem auf den ersten Vertrag in der Vertriebskette anzuwendenden nationalen Recht zu bestimmen.

42. Schon der Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 verdeutlicht, dass die Zustimmung im Sinne der Markenrichtlinie nicht mit der auf den Vertragsschluss gerichteten Willensäußerung gleichgesetzt werden kann. Hiernach kommt es nämlich darauf an, ob die Waren „unter dieser Marke von [dem Markeninhaber] oder mit seiner Zustimmung ... in den Verkehr gebracht worden sind". Wenn aber das Inverkehrbringen der Erzeugnisse durch den Markeninhaber selbst erfolgt ist, müsste ebenfalls ein Vertrag vorliegen und damit eine entsprechende Willensäußerung des Markeninhabers, so dass hier ebenfalls von einer begrifflichen Identität der auf den Vertragsschluss gerichteten Willensäußerung und der erschöpfungsauslösenden Willensäußerung ausgegangen werden müsste. Würde man jedoch dieser Ansicht folgen, wäre nicht ersichtlich, warum Artikel 7 Absatz 1 zwischen dem Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung unterscheidet, wo doch

12 — Zum Zweck der Argumentation ist dem hier zugrunde gelegten Begriff „Vertrag" jegliches Rechtsgeschäft, wodurch die unmittelbare Verfügungsgewalt über die mit der Marke versehenen Erzeugnisse übertragen wird, gleichzustellen.

in beiden Fällen eine Willensäußerung des Markeninhabers vorläge. Es scheint daher nicht vertretbar, generell von einer Übereinstimmung zwischen der Zustimmung im Sinne der Markenrichtlinie und der auf den Vertragsschluss gerichteten Willensäußerung auszugehen.

43. Ein solcher Ansatz leitet die Maßgeblichkeit des auf den Vertrag anzuwendenden Rechts offenbar aus der rein begrifflich möglichen Wortlautidentität zwischen Zustimmung zu einem Vertrag und Zustimmung zum Inverkehrbringen im Sinne der Richtlinie ab, ohne aber über diesen reinen Wortlaut hinaus Inhalt und Funktion der Zustimmung gemäß Artikel 7 Absatz 1 zu untersuchen.

44. Die Auslegung des Zustimmungsbegriffs aus nationaler Perspektive kann aber auch die für die Bestimmung der Kollisionsregel notwendige Vorfrage der Qualifikation nicht umgehen. Auch wenn diese Qualifikation aus der Sicht der jeweiligen lex fori zu erfolgen hat [13], hat sie nichtsdestotrotz auch insofern unter Berücksichtigung der Markenrichtlinie zu erfolgen, als der Markenschutz insoweit umfassend angeglichen wurde und das nationale Recht daher im Licht der Richtlinie auszulegen ist [14]. Sei es auch nur im Rahmen der kollisionsrechtlichen Vorfrage der Qualifikation, ist damit eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Zustimmungsbegriff unverzichtbar.

45. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine autonome Auslegung des Zustimmungsbegriffs sich jedenfalls für die Lösung dieser kollisionsrechtlichen Qualifikationsfrage als erforderlich erweisen dürfte.

46. Ungeachtet dessen würden auch weitere Gesichtspunkte gegen den Ansatz der Parallelimporteure sprechen. Neben der Begründung der Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts für eine Rechtswahlfreiheit bliebe aufgrund der gegebenenfalls großen Anzahl von Stufen in der Vertriebskette nämlich auch zu erörtern, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung auf solchen weiteren Stufen herzuleiten wäre bzw. auf welchen. Dies würde aber das Risiko bergen, die internationale Erschöpfung entgegen den Zielen

13 — Batiffol, H./Lagarde, P., *Droit international privé*, Bd. 1, 8. Aufl. 1994, Rn. 293.

14 — Ständige Rechtsprechung; siehe z. B. Urteil vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-131/97 (Carbonari u. a., Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48): „Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung hat ein nationales Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts und insbesondere von Rechtsvorschriften, die wie im Ausgangsverfahren gerade zur Umsetzung der Richtlinie erlassen wurden, dieses Recht soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auszulegen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 Absatz 3 EG-Vertrag nachzukommen (Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8, und vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92, Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20)."

der Markenrichtlinie [15] dadurch „wiedereinzuführen", dass die Annahme der Zustimmung dann letztlich wahrscheinlich immer möglich bliebe.

47. Vor diesem Hintergrund ist anzumerken, dass die Argumentation der Parallelimporteure zu Rechtswahlfreiheit und Territorialität des Gemeinschaftsrechts nicht ohne Ähnlichkeit mit dem Vorbringen des Beklagten im Ausgangsverfahren der Rechtssache Ingmar [16] ist. Hinsichtlich der Rechtswahlfreiheit berufen sich die Beklagten in den vorliegenden Ausgangsverfahren nämlich insbesondere auf das Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [17].

48. In der Rechtssache Ingmar ging es im Wesentlichen um die Anwendbarkeit der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter [18] auf einen Handelsvertretervertrag, der dem Recht eines Drittstaats kraft Rechtswahl unterliegt, wenn zwar der selbständige Handelsvertreter seine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausübt, der Unternehmer jedoch in dem genannten Drittstaat ansässig ist. In dieser Rechtssache wurden ebenfalls im Wesentlichen die Rechtswahlfreiheit und die Territorialität des Gemeinschaftsrechts geltend gemacht.

49. In seinem diesbezüglichen Urteil ist der Gerichtshof zu dem Schluss gekommen, dass die Richtlinie 86/653/EWG unter den gegebenen Umständen anzuwenden ist. Hiebei bemerkt er zunächst, dass die Rechtswahlfreiheit unter dem Vorbehalt der Anwendung von Vorschriften zwingenden Rechts steht [19]. Sodann widmet er sich der Frage, ob der zwingende Charakter der Vorschriften eine gemeinschaftsrechtliche oder eine nationale Frage ist [20]. Aus dem Schutzzweck der Richtlinie einerseits und aus ihrem Harmonisierungszweck andererseits leitet er schließlich ab, dass die genannte Richtlinie auf innerhalb der Gemeinschaft tätige Handelsvertreter anzuwenden ist, ohne Rücksicht auf den Sitz des Unternehmers [21].

50. Dieser Lösungsweg kann wohl auf die vorliegenden Rechtssachen entsprechend übertragen werden. Die Markenrichtlinie befasst sich einerseits u. a. mit der Angleichung des Schutzumfangs der Marke, dient jedoch andererseits der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes. Entsprechend dem Ingmar-Urteil lässt sich daraus folgern, dass der gemeinschaftlich angeglichene Markenschutz, welcher die Erschöpfung der Rechte aus der Marke auf die Fälle begrenzt, wo die mit der Marke versehenen Waren unter den gegebenen Voraussetzungen innerhalb der Gemeinschaft bzw. des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, ungeachtet des auf den Vertrag an-

15 — Siehe hiezu das in Fußnote 3 zitierte Silhouette-Urteil.

16 — Urteil vom 9. November 2000 in der Rechtssache C-381/98 (Ingmar, Slg. 2000, I-9305).

17 — ABl. L 266, S. 1.

18 — ABl. L 382, S. 17.

19 — Zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 15 und 16.

20 — Zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 17 bis 19.

21 — Zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 24 und 25.

wendbaren nationalen Rechts anzuwenden ist. Würde sich die Erfüllung der Voraussetzungen für die Annahme einer Zustimmung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht richten, hinge nämlich die Tragweite des Markenschutzes von unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen ab, was dem Harmonisierungszweck der Markenrichtlinie zuwiderliefe.

51. Als Zwischenergebnis ist also festzustellen, dass die Erschöpfung des Rechts der Marke nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie unabhängig von der Frage des auf den Vertrag anwendbaren nationalen Rechts zu bestimmen ist.

52. Vor diesem Hintergrund ist lediglich subsidiär auf den materiellrechtlichen Kern der Argumentation der Parallelimporteure einzugehen. Diese Argumentation wirft vertrags- und sachenrechtliche Fragen auf.

b) Auswirkungen des nationalen Vertragsrechts auf den Zustimmungsbegriff

53. Aus vertragsrechtlicher Sicht werden vor allem die fehlende gemeinschaftliche Harmonisierung dieser Materie einerseits und die notwendige Einheitlichkeit des Zustimmungsbegriffs andererseits ins Treffen geführt. So betont die deutsche Regierung, dass keine der Bestimmungen der Markenrichtlinie Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen oder über die Abgabe von Willenserklärungen enthalte. Die schwedische Regierung folgt einem vergleichbaren Ansatz. Die EFTA-Überwachungsbehörde bemerkt zudem, dass eine autonome [22] Auslegung des Zustimmungsbegriffs die Einheitlichkeit des Begriffes im innerstaatlichen Recht gefährden könnte.

54. Für sich genommen entbehren die Bemerkungen nicht jeglicher Grundlage; sie dürften aber im gegebenen Zusammenhang zu kurz greifen. Sie beruhen nämlich ausschließlich auf der Wortlautidentität zwischen der „Zustimmung" im Sinne der Markenrichtlinie und der „Zustimmung" in nationalen Rechtsordnungen [23]. Eine derartige rein wortlautorientierte Auslegung ohne teleologische Voranalyse kann aber nicht zielführend sein.

55. Als grundsätzlicher Einwand ist zunächst auszuführen, dass die deutsche Regierung ihren Vortrag auf die Prämisse stützt, dass die Zustimmung im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 eine Willens*erklärung* entsprechend der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des deutschen bürgerlichen Rechts darstellt. Eine solche Analyse begibt

22 — „Autonom" hier und in der Folge im Sinne von gemeinschaftlich, ohne Rücksicht auf die innerstaatliche Begriffsbesetzung.

23 — Siehe oben, Nr. 43.

sich wohl zu sehr in die Abhängigkeit der Besonderheiten des nationalen Rechts: nicht jede Rechtsordnung kennt eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre; diese könnte auch dem Schuldrecht zugeordnet werden. Unabhängig von diesem systematischen Einwand ist auch auf eine inhaltliche Schwierigkeit hinzuweisen: Die Auslegung des Zustimmungsbegriffs als Rechtsgeschäft im Sinne des jeweiligen innerstaatlichen Rechts kann dem Harmonisierungszweck der Markenrichtlinie insofern nicht gerecht werden, als zu bedenken ist, dass einzelne Rechtsordnungen nicht etwa auf den erklärten, sondern auf den inhärenten Willen abstellen [24]. Es liefe aber dem Angleichungszweck der Markenrichtlinie zuwider, wenn der Umfang des Markenschutzes hinsichtlich der Voraussetzungen einer Erschöpfung des Rechts der Marke letztlich von unterschiedlichen Auslegungsergebnissen in den nationalen Rechtsordnungen abhinge [25]. Schließlich vermag eine rein an der Form der Zustimmung orientierte Auslegung auch nicht zu erklären, warum Artikel 7 Absatz 1 zwischen zwei Arten des Inverkehrbringens unterscheidet, wo doch gerade das Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst umso mehr seine Zustimmung voraussetzt [26].

56. Auch die Annahme einer allenfalls bestehenden Einheit des Begriffes auf nationaler Ebene orientiert sich zu sehr an einer innerstaatlichen, unter Umständen uneinheitlichen Begriffsbesetzung, ohne sich aber mit immanentem Begriffsinhalt und -funktion hinreichend auseinander zu setzen.

57. Nur eine an Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung ermöglicht daher eine Antwort unter gebührender Berücksichtigung des immanenten Inhalts und der Funktion des Zustimmungsbegriffs in Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie.

c) Auswirkungen des nationalen Sachenrechts auf den Zustimmungsbegriff

58. Die Parallelimporteure argumentieren ferner anhand von sachenrechtlichen Wertungen und weisen darauf hin, dass dieser Bereich nicht Gegenstand der gemeinschaftlichen Angleichung durch die Markenrichtlinie ist. Sie schlagen einerseits eine Analogie mit dem Eigentumsvorbehalt vor und argumentieren weiters, insbesondere in den Rechtssachen C-415/99 und C-416/99, mit dem Umfang der — im Wege der Zustimmung — übertragenen Rechte.

59. Die Analogie mit dem Eigentumsvorbehalt läuft im Wesentlichen darauf hinaus, dass im Sachenrecht die Übertragung von

24 — Siehe nur für Frankreich: Starck B./Roland H./Boyer L., *Droit civil: — les obligations, Bd. 2: Contrat*, 6. Aufl. 1998, Randnr. 184 m. w. N.

25 — Siehe oben, Nr. 50.

26 — Siehe oben, Nr. 42.

Rechten im Interesse der Verkehrssicherheit nur dann eingeschränkt ist, wenn der Rechtsinhaber sich die entsprechenden Rechte ausdrücklich vorbehalten hat. Diese Analogie legt insofern eine restriktive Auslegung des Zustimmungsbegriffs nahe, wonach die Erschöpfung nur dann ausgeschlossen wäre, wenn der Markeninhaber sich seine Rechte aus der Marke zuvor ausdrücklich vorbehalten hat.

60. Eine solche Analogie vermag nicht zu überzeugen: Die Zustimmung zum Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren betrifft nicht die Übertragung des Markenrechts, sondern seine Ausübung. Würde man dem Weg der Analogie folgen, so verlöre das Markenrecht seine Ausschließlichkeit: Seine Ausübung stünde nämlich unter der Bedingung des Abschlusses einer verlängerten Vorbehaltsvereinbarung. Vor diesem Hintergrund erscheint die Forderung der Parallelimporteure nach einer Kennzeichnungspflicht für die betreffenden Produkte zwar denklogisch, aber im Licht der angeführten Bemerkungen systemfremd. Selbst wenn man aber die Richtigkeit des vorgeschlagenen Ansatzes unterstellte, erscheint die praktische Durchführung eines „Markenvorbehalts" im Sinne dessen — andauernder — Ersichtlichmachung kaum möglich, sei es aufgrund der Möglichkeit einer Umverpackung — etwa von Kosmetikartikeln — oder aufgrund der Natur der Erzeugnisse — wie der in Rede stehenden Jeans —, so dass dieser Ansatz letztlich de facto wohl beinahe stets zur Annahme der Zustimmung des Markeninhabers führen würde und damit auf eine Rückkehr zur internationalen Erschöpfung hinauslaufen würde.

61. Der Vortrag der Parallelimporteure verkennt im Übrigen auch, dass der Eintritt der Erschöpfung nicht vertraglich abbedungen werden kann. Die Erschöpfung stellt eine Rechtsfolge dar, die an das — objektive — Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen geknüpft wird, zu denen die fragliche „Zustimmung" gehört.

62. Die Ausführungen zum Schutz des Letztvertreibers überzeugen ebenso wenig. Dieser erhält nicht das Markenrecht an sich; fraglich ist lediglich, ob er die mit der Marke versehenen Erzeugnisse verwerten kann. Nur in diesem Rahmen kann sich die Frage eines Vertrauensschutzes stellen.

63. Nicht wirklich tragfähig erscheinen schließlich die Argumente betreffend Eigentumsgarantie und Meinungsfreiheit. Das Eigentumsrecht und das Recht auf freie Meinungsäußerung gehören zwar als Grundrechte zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Da diese nach ständiger Rechtsprechung auch im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion zu sehen sind, ist nicht auszuschließen, dass ihre Ausübung Beschränkungen unterworfen wird, vorausgesetzt, dass solche Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in

ihrem Wesensgehalt antastet[27]. Anhaltspunkte für eine derartige Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes dienende Markenrichtlinie scheinen nicht ersichtlich.

d) Zwischenergebnis

64. Aus alledem wird deutlich, dass der Versuch, den Zustimmungsbegriff als nationalen Rechtsbegriff zu deuten, zu keiner befriedigenden Lösung führt. Zunächst bleibt unklar, welches nationale Recht zur Anwendung käme. Die Klärung dieser Frage setzt nämlich die kollisionsrechtliche Qualifikation der Erschöpfung aus der Sicht der lex fori, unter Beachtung des Wortlautes und der Ziele der Markenrichtlinie, voraus, so dass eine Ermittlung des einschlägigen Richtlinieninhaltes insofern unverzichtbar erscheint. Des Weiteren ist festzuhalten, dass die fehlende gemeinschaftliche Angleichung des Vertrags- und Sachenrechts einer gemeinschaftlichen Auslegung des Zustimmungsbegriffs nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie nicht entgegensteht.

27 — Siehe insbesondere das Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-200/96 (Metronome Musik, Slg. 1998, I-1953, Randnr. 21) zur verwandten Frage der Vereinbarkeit eines ausschließlichen Rechts aus der Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten, dem Urheberrecht verwandten, Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (ABl. L 346, S. 61) mit dem Recht zur freien Berufsausübung und dem Eigentumsrecht.

65. Vor diesem Hintergrund wäre daher die Bedeutung der Zustimmung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts zu untersuchen.

3. Zustimmung als gemeinschaftlicher Rechtsbegriff

66. Selbst wenn man die Richtigkeit der Ausführungen der Befürworter einer Auslegung des Zustimmungsbegriffs aus nationaler Sicht unterstellte, ermöglicht diese, wie dargelegt, keine hinreichend deutliche Sinnermittlung. Fraglich ist also, inwiefern eine autonome Auslegung des Zustimmungsbegriffs in Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie dieser Sinnermittlung dienlich wäre.

a) Wortlaut

67. Im Rahmen der Untersuchung einer am Wortlaut des fraglichen Richtlinienbegriffs orientierten Auslegung wurde bereits dargelegt, dass die Zustimmung nicht alleine der auf den Abschluss des Vertrages gerichteten Willensäußerung entsprechen kann, da eine solche Deutung der Unterscheidung zwischen Inverkehrbringen durch den Markeninhaber oder Inverkehrbringen mit seiner Zustimmung im

Artikel 7 Absatz 1 nicht hinreichend Rechnung tragen würde [28]. Im Übrigen ist aus der reinen Wortlautidentität zwischen dem fraglichen Zustimmungsbegriff und einem nationalen Zustimmungsbegriff nichts herzuleiten. Daher ist auf Ursprung, Systematik sowie Sinn und Zweck der in Rede stehenden Vorschrift einzugehen.

b) Ursprung der Zustimmungsbedingung im Erschöpfungsgrundsatz

68. In Bezug auf Markenrechte geht der Grundsatz der Erschöpfung gemäß Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Vereinbarkeit der Ausübung von Immaterialgüterrechten — damit auch von Markenrechten — mit dem freien Warenverkehr zurück. Nach dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Deutsche Grammophon „würde es gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt verstoßen, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in Verkehr zu bringen, ausübte, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, *die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind,* allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats erfolgt ist" [29] (Hervorhebung hinzugefügt).

69. In späteren Urteilen stellte der Gerichtshof nicht mehr auf den Verkauf ab, sondern auf das Inverkehrbringen der Erzeugnisse: So erkannte der Gerichtshof in seinem Urteil Centrafarm u. a./Winthrop für Recht, dass es mit dem EG-Vertrag unvereinbar ist, „wenn der Inhaber eines Warenzeichens von der ihm durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eingeräumten Befugnis Gebrauch macht, in diesem Staat den Vertrieb eines Erzeugnisses zu unterbinden, das in einem anderen Mitgliedstaat unter dem betreffenden Warenzeichen von ihm selber oder mit seiner Zustimmung *in den Verkehr gebracht* worden ist" [30] (Hervorhebung hinzugefügt). Dabei stützte sich der Gerichtshof maßgeblich auf die Feststellung, dass der Markeninhaber sonst die Möglichkeit erhielte, „die nationalen Märkte abzuriegeln und auf diese Weise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken, ohne dass eine derartige Beschränkung notwendig wäre, um ihm das aus dem Warenzeichen fließende Ausschließlichkeitsrecht in seiner Substanz zu erhalten" [31].

70. Im Hinblick auf Markenrechte erweiterte diese Rechtsprechung damit die Schranke der Erschöpfung dahin gehend, dass die Zustimmung zum Inverkehrbringen sich nicht mehr lediglich auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beziehen konnte, sondern auf das gesamte Gebiet der Gemeinschaft.

28 — Siehe oben, Nr. 42.

29 — Urteil vom 8. Juni 1971 in der Rechtssache 78/70 (Deutsche Grammophon, Slg. 1971, 487, Randnr. 13).

30 — Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74 (Slg. 1974, 1183), Nr. 1 des Entscheidungstenors.

31 — Zitiert in Fußnote 30, Randnr. 9/11.

71. Die Verwendung des Zustimmungsbegriffs in der Rechtsprechung blieb allerdings zunächst uneinheitlich: Generalanwalt Roemer bezog sich in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Deutsche Grammophon [32] auf Waren, „die der Inhaber des Schutzrechtes *oder ein von ihm abhängiges Unternehmen* in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht hat" (Hervorhebung hinzugefügt). Das Urteil des Gerichtshofes ersetzt allerdings dieses Kriterium der Abhängigkeit, auf welches die Vorlagefrage hindeutete, durch das Zustimmungskriterium.

72. Eine vermittelnde Formulierung enthält das Urteil in der Rechtssache Keurkoop [33]. Dort wird nämlich darauf abgestellt, ob das betreffende Erzeugnis „auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats von [dem Inhaber eines gewerblichen Schutzrechtes] selbst, mit seiner Zustimmung *oder* von einer rechtlich oder wirtschaftlich von ihm abhängigen Person rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist" [34] (Hervorhebung hinzugefügt).

73. Aus diesen Formulierungen wird bereits deutlich, dass der Zustimmungsbegriff im Rahmen der Erschöpfungstheorie des Gerichtshofes sich nicht etwa auf die auf Übertragung gerichtete Willensäußerung des Markeninhabers bezieht, sondern vielmehr auf die Frage der Zurechenbarkeit des Verkaufs — bzw. der Inverkehrbringung — der mit der Marke versehenen Produkte [35]. Es geht nicht darum, die Zustimmung zur Übertragung der Verfügungsgewalt über die mit der Marke versehenen Erzeugnisse zur Beurteilung der Möglichkeit heranzuziehen, sich auf das Recht der Marke zu berufen, sondern vielmehr festzustellen, ob das Inverkehrbringen der betreffenden Erzeugnisse im EWR dem Markeninhaber zugerechnet werden kann. Dementsprechend bedeutet die Unterscheidung zwischen Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung, dass das Inverkehrbringen der betreffenden Erzeugnisse durch den Markeninhaber selbst erfolgt ist oder ihm in Hinblick auf den Eintritt der Rechtsfolge der Erschöpfung zugerechnet werden kann. Die gemeinschaftliche Auslegung des Zustimmungsbegriffs muss demzufolge die Suche nach Zurechnungskriterien zum Gegenstand haben.

74. In diesem Zusammenhang könnte man in Anlehnung an die von Generalanwalt Roemer in der Rechtssache Deutsche Grammophon zitierte nationale Rechtsprechung [36] und an die Ausführungen von Generalanwalt Trabucchi in den Schlussanträgen zu beiden Rechtssachen Centrafarm [37] die Zustimmung aber auch als Hinweis auf die Berechtigung zum Inverkehrbringen deuten. Der Markeninhaber könnte sich nach dieser Ansicht anläßlich des ersten Inverkehrbringens der fraglichen

32 — Schlussanträge vom 28. April 1971 (Urteil zitiert in Fußnote 29), Nr. 1.

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

34 — Zitiert in Fußnote 33, Randnr. 25.

35 — Siehe auch in diesem Sinne das Urteil vom 22. Juni 1994 in der Rechtssache C-9/93 (Ideal-Standard, Slg. 1994, I-2789, Randnr. 43): „Die in jeder Übertragung liegende Zustimmung entspricht nicht der Zustimmung, deren es für die Erschöpfung des Rechts bedarf."

36 — Zitiert in Fußnote 29, S. 508.

37 — Schlussanträge vom 18. September 1974 (Urteile vom 31. Oktober 1974 in den Rechtssachen 15/74 und 16/74, Centrafarm u. a./Sterling Drug und Centrafarm u. a./Winthrop, Slg. 1974, 1147 und 1183).

Waren in der Gemeinschaft bzw. im EWR nur dann auf sein Markenrecht berufen, wenn sein Verhalten zuvor nach allen Umständen des Einzelfalls nicht dahin gehend gedeutet werden könnte, dass er das Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Produkte durch Dritte veranlasst oder zumindest billigend in Kauf genommen hat.

75. Nach welchen Zurechnungskriterien der Zustimmungsbegriff auszufüllen ist, kann an dieser Stelle dahinstehen: Eine Antwort hierauf hat sich nach Sinn und Zweck der Gemeinschaftsvorschrift zu richten. Festzuhalten ist hier vorerst lediglich, dass der Zustimmungsbegriff einen objektiven Gehalt hat, der nachfolgend auszufüllen sein wird.

76. Festzuhalten ist ferner, dass Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Verhältnis zwischen der Ausübung von Immaterialgüterrechten und der Warenverkehrsfreiheit widerspiegelt. Hiezu stellte der Gerichtshof fest, dass die Formulierung von Artikel 7 Absatz 1 „den Ausführungen des Gerichtshofes in den Urteilen, mit denen in Auslegung der Artikel 30 und 36 EG-Vertrag der Grundsatz der Erschöpfung des Rechts der Marke im Gemeinschaftsrecht anerkannt wurde", entspricht [38] entsprechende Rechtsprechung kodifiziert hat, da der Anwendungsbereich dieser Vorschrift über den innergemeinschaftlichen Handel hinausreicht.

77. In diesem Sinne stellte der Gerichtshof im Urteil Sebago klar, dass „mit dem Erlass des Artikels 7 der Richtlinie, der die Erschöpfung des Rechts der Marke auf die Fälle beschränkt, in denen die mit der Marke versehenen Waren in der Gemeinschaft (seit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens: im EWR) in den Verkehr gebracht worden sind, der Gemeinschaftsgesetzgeber im Übrigen klargestellt [hat], dass das Inverkehrbringen außerhalb dieses Gebietes nicht das Recht des Inhabers erschöpft, sich der ohne seine Zustimmung unternommenen Einfuhr dieser Waren zu widersetzen und so das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren in der Gemeinschaft (seit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens: im EWR) zu kontrollieren" [39].

78. Diese Feststellung ist insofern wichtig, als sie eine Unterscheidung zwischen innergemeinschaftlichen Sachverhalten (einschließlich EWR-Raum) und außergemeinschaftlichen Sachverhalten nahe legt. Eine solche Unterscheidung erscheint in den vorliegenden Rechtssachen von grundlegender Bedeutung, weil sie die Tragweite der in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Abwägungsergebnisse maßgeblich bestimmt. In innergemeinschaftlichen Fällen sind Grundsätze aus der diesbezüglichen Rechtsprechung zu den Artikeln 30 und 36 EG-Vertrag über-

38 — Urteil vom 11. Juli 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 (Bristol-Myers Squibb u. a., Slg. 1996, I-3457, Randnr. 31).

39 — Zitiert in Fußnote 4, Randnr. 21.

tragbar, während Sachverhalte betreffend den Handel aus Drittstaaten nur deshalb in den Anwendungsbereich des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie fallen, weil dieser den Umfang des Markenschutzes in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Erschöpfungsgrundsatz umfassend harmonisiert hat. Dementsprechend erscheint der Vortrag der Parallelimporteure zur Notwendigkeit einer Auslegung der Markenrichtlinie im Licht der einschlägigen Vorschriften des Primärrechts nicht unproblematisch. Sie verweisen auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Artikel 28 EG bis 30 EG nicht entsprechend dem Warenursprung unterscheiden [40], und machen geltend, dass die gemeinschaftsweite Erschöpfung [41] zu einer dementsprechend unzulässigen Unterscheidung führe. Diese Ansicht verkennt allerdings, dass die gemeinschaftliche Angleichung des Markenschutzes gemäß Artikel 7 Absatz 1 Wirkungen entfaltet, die sich nicht auf den innergemeinschaftlichen Handel beschränken; die innergemeinschaftliche Warenverkehrsfreiheit bleibt von einer Anwendung des Grundsatzes der gemeinschaftsweiten Erschöpfung auf Waren, die zunächst außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, unberührt.

79. Aus alledem wird bereits deutlich, dass eine Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Erzeugnisse im EWR an die Bedingung geknüpft ist, dass er über eine Möglichkeit der Ausübung seines Ausschließlichkeitsrechts im EWR verfügt hat bzw. verfügen konnte. Dies bestätigt auch die ausdrückliche Aufgabe des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung im Zuge der Richtlinienentstehung [42]. Dieser Befund ist nun entsprechend dem Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes näher zu untersuchen.

c) Teleologische Auslegung

80. In nationalen Rechtsordnungen beruht der Erschöpfungsgrundsatz auf einem Interessenausgleich im Konflikt zwischen der Ausschließlichkeit des Rechts der Marke und den Verkehrsbedürfnissen, insbesondere im Hinblick auf die Weiterveräußerung der betreffenden Waren im Rahmen einer Vertriebskette. Beim Parallelimport von Originalwaren steht nämlich weniger eine Täuschung über Herkunft bzw. Echtheit dieser Waren in Frage, sondern vielmehr insbesondere eine unbefugte Ausnutzung des mit der Marke assoziierten Rufes. Durch den Interessenausgleich werden die Eingriffsrechte des Markeninhabers dahin gehend beschränkt, dass er sich dem Weitervertrieb der betreffenden Waren nicht widersetzen kann, sofern er seine Rechte aus der Marke beim ersten Inverkehrsetzen hinreichend wahrnehmen konnte [43]. Der Grundsatz der Erschöpfung soll dementsprechend verhindern, dass die

40 — Insbesondere unter Bezugnahme auf das Urteil vom 7. November 1989 in der Rechtssache 125/88 (Nijman, Slg. 1989, 3533, Randnr. 11).

41 — Zum Zweck der hier vorgenommenen Argumentation ist als gemeinschaftsweite Erschöpfung die Erschöpfung in der Gemeinschaft und im EWR zu verstehen.

42 — Siehe hierzu Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Silhouette (zitiert in Fußnote 3), Nr. 32.

43 — Ingerl/Rohnke, *Markengesetz*, 1998, § 24, Randnr. 5, zum Normzweck der deutschen Kodifizierung des Erschöpfungsgrundsatzes.

Kontrollbefugnisse des Markeninhabers den Handel unangemessen beeinträchtigen [44].

81. Die gemeinschaftsrechtliche Ausprägung des Erschöpfungsgrundsatzes, wie sie in Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie ihren Niederschlag gefunden hat, beruht ebenfalls auf einem Interessenausgleich zwischen dem Schutz des Immaterialgüterrechts und den Belangen des freien Warenverkehrs. Die gemeinschaftsweite Erschöpfung soll entsprechend der sich aus dem Vertrag ergebenden Grundidee des Binnenmarktes verhindern, dass die Geltendmachung von Markenrechten eine Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten bewirkt.

82. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes [45] betraf die Zulässigkeit von Parallelimporten aus anderen Mitgliedstaaten im Licht der Artikel 30 (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) und 36 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 30 EG). Zum Zwecke der Abwägung stellte er entscheidend darauf ab, dass Artikel 36 EG-Vertrag Beschränkungen des freien Warenverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes nur zuließ, „soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen. Im Bereich des Warenzeichenrechts lässt sich der spezifische Gegenstand des kommerziellen Eigentums namentlich dahin kennzeichnen, dass der Inhaber durch das ausschließliche Recht, ein Erzeugnis in den Verkehr zu bringen und dabei das Warenzeichen zu benutzen, Schutz vor Konkurrenten erlangt, die unter Missbrauch der aufgrund des Warenzeichens erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit diesem Zeichen versehene Erzeugnisse veräußern." [46] Als Ergebnis der Abwägung stellte der Gerichtshof sodann fest, dass die Berufung auf das Ausschließlichkeitsrecht im Fall von Parallelimporten innerhalb der Gemeinschaft durch unabhängige Dritte zur Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand der Rechte aus der Marke ausmachen, nicht gedeckt ist, soweit die betreffenden Waren in dem Mitgliedstaat, aus dem eingeführt wird, „durch den Inhaber selbst oder mit seiner Zustimmung rechtmäßig auf den Markt gebracht worden" sind [47], da insofern keine Rede von einem Missbrauch oder einer Verletzung des Markenrechts sein könne.

83. Bei Parallelimporten aus Drittstaaten ist allerdings zu prüfen, ob diese Erwägungen für die Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie unmittelbar übertragbar sind, insoweit Parallelimporte aus Drittstaaten die Warenverkehrsfreiheit nicht berühren [48]. Es wurde bereits darauf hingewiesen [49], dass Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie — und damit der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung — zur Beurteilung heranzuziehen ist, weil die insoweit vorgenommene gemeinschaftliche Vollangleichung der Rechte der Mitgliedstaaten

44 — So schon Generalanwalt Jacobs in den Schlussanträgen zu den verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93, C-436/93 (Urteil zitiert in Fußnote 38), Nr.60.

45 — Urteile in den Rechtssachen Deutsche Grammophon (zitiert in Fußnote 29), Centrafarm/Sterling Drug sowie Centrafarm/Winthrop (zitiert in Fußnote 37) und Keurkoop (zitiert in Fußnote 33).

46 — Siehe nur das Urteil in der Rechtssache Centrafarm/Winthrop (zitiert in Fußnote 30), Randnrn. 7 f.

47 — Zitiert in Fußnote 30, Randnr. 9/11.

48 — Zweifelnd: Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Silhouette (Urteil zitiert in Fußnote 3), Nrn. 49 f., unter Verweis auf das Urteil vom 15. Juni 1976 in der Rechtssache 51/75 (EMI Records, Slg. 1976, 811).

49 — Siehe oben, Nrn. 33 ff.

Wirkungen auf Außenhandelsbeziehungen entfaltet. Insofern jedoch geltend gemacht wird, dass Artikel 7 der Markenrichtlinie auch hinsichtlich Parallelimporten aus Drittstaaten wie Artikel 30 EG auszulegen ist, weil „Artikel 7 der Richtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ebenso wie Artikel 36 EG-Vertrag den Zweck [hat], die grundlegenden Belange des Markenschutzes mit denen des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt in Einklang zu bringen“ [50], greift dies zu kurz, da Artikel 7 im Fall von Parallelimporten aus Drittstaaten nicht den Zweck haben kann, die Belange des Markenschutzes mit denen des — hier unberührten — freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt in Einklang zu bringen.

84. Eine undifferenzierte Anwendung des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie auf den innergemeinschaftlichen Handel einerseits und auf den Handel aus Drittstaaten andererseits würde sich über die Unterschiede der jeweiligen Ausgangslagen hinwegsetzen: Bei Parallelimporten innerhalb der Gemeinschaft fallen Übertragung der Verfügungsgewalt über die mit der Marke versehenen Erzeugnisse und Inverkehrbringen dieser Erzeugnisse innerhalb des EWR zusammen, während sie bei Parallelimporten aus Drittstaaten in die Gemeinschaft auseinander fallen. Daraus ergeben sich notwendigerweise unterschiedliche Möglichkeiten der Vertriebssteuerung, die im Rahmen eines Interessenausgleiches zwischen den Belangen des Markenschutzes und den Verkehrsinteressen gebührend zu berücksichtigen sind.

85. Hieraus folgt, dass, auch wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Vereinbarkeit der Ausübung von Immaterialgüterrechten mit den Grundfreiheiten in den vorliegenden Rechtssachen nicht unmittelbar übertragbar ist, die dort zugrunde gelegten Wertungen zu beachten sind. An dieser Stelle ist allerdings zu betonen, dass nicht der Ausgangspunkt der Abwägung — der spezifische Gegenstand des Markenrechts —, sondern die gegeneinander abgewogenen Interessen vom Ort des ersten Inverkehrbringens abhängen.

86. Zum spezifischen Gegenstand des Rechts aus der Marke führte Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen zu den verbundenen Rechtssachen Bristol-Myers Squibb [51] wie folgt aus:

„Alle fortgeschrittenen Rechtsordnungen gewähren den Händlern das Recht, für ihre Waren bestimmte unterscheidende Zeichen und Symbole zu benutzen. Sie tun dies, a) um es den Händlern zu ermöglichen, den

50 — Urteil vom 12. Oktober 1999 in der Rechtssache C-379/97 (Pharmacia & Upjohn/Paranova, Slg. 1999, I-6927, Randnr. 30), unter Verweis auf das Urteil in den verbundenen Rechtssachen Bristol-Myers Squibb u. a. (zitiert in Fußnote 38), Randnr. 40.

51 — Zitiert in Fußnote 38, Nr. 72.

Ruf ihrer Erzeugnisse zu schützen und die rechtswidrige Zueignung ihres Goodwill durch skrupellose Konkurrenten zu verhindern, die anderenfalls möglicherweise versucht wären, ihre eigenen Erzeugnisse als Erzeugnisse eines anderen Händlers mit einem wohlerworbenen Ruf auszugeben, und, b) um es den Verbrauchern zu ermöglichen, kundige Kaufentscheidungen aufgrund der Annahme zu treffen, dass Erzeugnisse, die unter demselben Namen verkauft werden, auch aus derselben Quelle stammen und unter normalen Umständen eine einheitliche Qualität aufweisen werden. Somit bezweckt das Markenrecht, die Interessen nicht nur des Markeninhabers, sondern auch des Verbrauchers zu schützen. Soweit die Marke die Interessen ihres Inhabers dadurch schützt, dass sie es ihm ermöglicht, Konkurrenten daran zu hindern, einen ungerechtfertigten Vorteil aus seinem kaufmännischen Ruf zu ziehen, werden die dem Inhaber zustehenden ausschließlichen Rechte in der Sprache des Gerichtshofes als ‚spezifischer Gegenstand' der Marke bezeichnet. Soweit die Marke die Interessen der Verbraucher dadurch schützt, dass sie garantiert, dass alle mit der Marke versehenen Waren denselben kaufmännischen Ursprung haben, spricht der Gerichtshof von der ‚Hauptfunktion' der Marke. Diese beiden Aspekte des Markenschutzes sind natürlich zwei Seiten derselben Medaille."

87. Dementsprechend ist gemäß der zitierten [52] Rechtsprechung zum innergemeinschaftlichen Handel eine Berufung auf das Markenrecht im Licht des Artikels 30 EG nur dann hinnehmbar, wenn der Markeninhaber hiedurch die Wahrung der aus der Marke fließenden Ausschließlichkeitsrechte anstrebt. Zu diesen Ausschließlichkeitsrechten gehört aber das Recht „frei über die Bedingungen zu entscheiden, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringen will" [53]. Dementsprechend bezieht sich die Zustimmung nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie auf dieses ausschließliche Recht der weitestgehenden Vertriebssteuerung: Die Berufung auf das Markenrecht, um sich Parallelimporten zu widersetzen, ist nur dann hinnehmbar, wenn der Markeninhaber noch keinen Gebrauch von seinem ausschließlichen Recht auf Vertriebssteuerung innerhalb des EWR gemacht hat oder nicht hat machen können. Nach der dem Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie zugrunde gelegten Wertung wären die Rechte des Markeninhabers im Fall von Parallelimporten aus Drittstaaten hingegen erschöpft, wenn er das Inverkehrbringen der betreffenden Produkte im EWR steuern konnte oder hätte steuern können.

Bei Parallelimporten von Markenprodukten ohne Veränderung dieser Produkte geht es nicht um den Ursprung der Produkte — in den vorliegenden Rechtssachen war die Echtheit der in Rede stehenden Erzeugnisse auch nicht Gegenstand des Rechtsstreits —, sondern vielmehr um die dem Markeninhaber vorbehaltene Möglichkeit, sein Ausschließlichkeitsrecht im EWR auszuüben.

88. Es ist somit erforderlich, auf das Kriterium der Vertriebssteuerung näher einzugehen. Im Urteil vom 22. Juni 1994 in der

52 — Urteile in den Rechtssachen Deutsche Grammophon (zitiert in Fußnote 29), Centrafarm/Sterling Drug sowie Centrafarm/Winthrop (zitiert in Fußnote 37) und Keurkoop (zitiert in Fußnote 33).

53 — Urteil vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 19/84 (Pharmon/Hoechst, Slg. 1985, 2281, Randnr. 25).

Rechtssache Ideal-Standard führte der Gerichtshof betreffend den innergemeinschaftlichen Handel wie folgt aus:

„Dieser so genannte Erschöpfungsgrundsatz kommt zum Tragen, wenn es sich bei dem Zeicheninhaber im Einfuhrstaat und dem Zeicheninhaber im Ausfuhrstaat um dieselbe Person handelt oder wenn beide zwar verschiedene, aber wirtschaftlich miteinander verbundene Personen sind. Mehrere Fallgestaltungen sind denkbar: Die Erzeugnisse werden von ein und demselben Unternehmen, von einem Lizenznehmer, von einer Muttergesellschaft, von einer Tochtergesellschaft desselben Konzerns oder aber von einem Alleinvertriebshändler in den Verkehr gebracht." [54]

89. Der Erschöpfungsgrundsatz — als Schranke der Rechte aus der Marke — ist also eng auszulegen und die Zustimmung zum Zwecke der Erschöpfung der Markenrechte im innergemeinschaftlichen Handel dann anzunehmen, wenn der Markeninhaber und der Vertreiber der mit der Marke versehenen Erzeugnisse [55] wirtschaftlich miteinander verbunden sind. Dieses Kriterium erscheint jedoch sehr allgemein und könnte möglicherweise sogar dahin verstanden werden, dass es das Verhältnis zwischen dem Markeninhaber und dem Erwerber der mit der Marke versehenen Erzeugnisse deckt. Hinsichtlich Parallelimporten aus Drittstaaten erscheint es auch daher wenig hilfreich, da in solchen Fällen der Vertrieb im EWR in der Regel erst zu einem späten Zeitpunkt in der Vertriebskette — durch einen unabhängigen Dritten — erfolgt. Es dürfte aber zu kurz greifen, wenn man die grundsätzliche Möglichkeit einer Erschöpfung des Markenrechts allein unter Verweis auf die — allfällige — Unabhängigkeit des Parallelimporteurs zurückweisen würde.

90. Im Sebago-Urteil [56] stellt der Gerichtshof hingegen entscheidend auf die Möglichkeit für den Markeninhaber ab, „das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren in der Gemeinschaft (seit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens: im EWR) zu kontrollieren". Die Kommission weist hiezu darauf hin, dass dies den Vertrieb durch eine Mutter- oder Tochtergesellschaft nicht decke und hinsichtlich des Vertriebes durch einen Lizenznehmer insofern missverständlich sei, als der Markeninhaber den Vertrieb durch den Lizenznehmer nicht unmittelbar kontrolliere.

91. Entsprechend dem oben ermittelten Sinn und Zweck des Zustimmungsbegriffs ist davon auszugehen, dass sowohl der Aspekt der wirtschaftlichen Verbundenheit als auch jener der Kontrolle sich letztlich nur auf ein und dasselbe Kriterium beziehen, nämlich auf die Steuerung des ersten Vertriebs im EWR. Bei der im Urteil Sebago zugrunde gelegten Kontrolle geht es nicht

54 — Zitiert in Fußnote 35, Randnr. 34.

55 — Ein unabhängiger Parallelimporteur ist nicht Inhaber der betreffenden Marke, so dass die Ideal-Standard-Formel bereits aus diesem Grunde nur eingeschränkt übertragbar erscheint.

56 — Zitiert in Fußnote 4, Randnr. 21.

um eine unmittelbare Kontrolle, sondern vielmehr um die Möglichkeit der Bestimmung, der Durchführung bzw. Beaufsichtigung des Vertriebsweges. So verstanden, erfasst das Kontrollkriterium sehr wohl den konzerneigenen Vertrieb und den Vertrieb über Lizenznehmer.

92. An dieser Stelle ist entsprechend dem Urteil Merck und Beecham [57] zu bemerken, dass nicht die tatsächliche Rechtsausübung entscheidend ist, sondern nur ihre bloße Möglichkeit, da der Markeninhaber sich sonst auch nach dem erstmaligen Inverkehrbringen der Erzeugnisse im EWR auf seine Rechte berufen könnte, wenn z. B. die Produkte über einen Mitgliedstaat eingeführt werden, in dem kein Markenschutz besteht.

93. Eine Zustimmung zum Inverkehrbringen der Produkte kann also nicht angenommen werden, sofern der Markeninhaber keine Möglichkeit hatte, das erstmalige Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Erzeugnisse im EWR zu steuern [58].

94. Die Frage, ob die im Ideal-Standard-Urteil erwähnten Fallgestaltungen als abschließend anzusehen wären, mit der Folge, dass eine Annahme der Erschöpfung in anderen Fällen ausgeschlossen wäre, kann angesichts der von der Kommission zu Recht betonten Fülle unterschiedlicher Fallgestaltungen hier unerörtert bleiben.

95. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Ausgangslagen erscheint eine Übertragung des Prinzips aus dem Ideal-Standard-Urteil auf Fälle von Parallelimporten aus Drittstaaten insofern problematisch, als hier eben [59] das erste tatsächliche Inverkehrbringen der betreffenden Produkte nicht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen im EWR zusammenfällt. In solchen Fällen ist der Parallelimporteur nämlich in aller Regel in keiner Weise mit dem Markeninhaber verbunden. Daraus folgt aber nicht zwangsläufig, dass eine Erschöpfung des Rechts aus der Marke bei Parallelimporten aus Drittstaaten immer ausgeschlossen sein muss, insofern nämlich der Markeninhaber in diesen Fällen noch keine Möglichkeit hatte oder haben konnte, sich im EWR auf sein Ausschließlichkeitsrecht zu berufen. Es ist vielmehr entsprechend Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes zwischen den Verkehrsbedürfnissen und den Belangen des Markenschutzes abzuwägen und dabei zu untersuchen, ob sein Verhalten nach allen Umständen des Einzelfalls kein erhöhtes Vertrauen bei nachfolgenden Erwerbern dahin begründen konnte, dass er auf die Ausübung seines Markenrechts beim erstmaligen Inverkehrbringen der Erzeugnisse im EWR verzichtet hätte.

57 — Urteil vom 5. Dezember 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-267/95 und C-268/95 (Slg. 1996, I-6285).

58 — Entsprechend dem Urteil in der Rechtssache Pharmon/Hoechst, (zitiert in Fußnote 53) findet der Erschöpfungsgrundsatz daher keine Anwendung bei Zwangslizenzen.

59 — Siehe oben, Nr. 84.

96. Dabei bleibt allerdings die rechtspolitische Grundentscheidung der Artikel 5 und 7 der Markenrichtlinie zu berücksichtigen, wonach der Markeninhaber sich im Fall von Parallelimporten aus Drittstaaten grundsätzlich auf sein Markenrecht beim erstmaligen Inverkehrbringen im EWR berufen können soll, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die fraglichen Erzeugnisse in Drittstaaten durch ihn oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht worden sind, insoweit er damit den ersten Vertrieb im EWR nicht gesteuert hat oder steuern konnte.

97. Ebenso bleibt der dem Erschöpfungsgrundsatz zugrunde liegende Interessenausgleich zu berücksichtigen, wonach im Hinblick auf die Verkehrsinteressen die Ausübung des Markenrechts nicht über das Maß hinausgehen darf, das für die Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand des Markenrechts ausmachen, notwendig ist.

98. Wenn der Markeninhaber die Verfügungsgewalt über die betreffenden Erzeugnisse vor deren erstem Inverkehrbringen im EWR verliert, wie im Fall der Parallelimporte aus Drittstaaten, wird er möglicherweise versuchen, den Vertrieb seiner Produkte bereits zum Zeitpunkt ihrer tatsächlichen ersten Inverkehrsetzung zu steuern, etwa durch Vereinbarung von Veräußerungsverboten, territorialen Beschränkungen des Verfügungsrechts des Erwerbers, Exportverboten, usw. Je nach Ausgestaltung dieser Maßnahmen der Vertriebspolitik des Markeninhabers können sie jedoch ein schutzwürdiges Vertrauen anderer Vertragsparteien hervorrufen. Ein solches Vertrauen in den Rechtsverkehr hätte in die erforderliche Abwägung zwischen den Belangen des Markenschutzes und den Verkehrsinteressen dahin gehend einzufließen, dass in solchen Fällen die Berufung auf das Markenrecht entsprechend dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung zwar grundsätzlich gewährleistet sein muss, der Markeninhaber sich damit allerdings nicht in Widerspruch zum eigenen Verhalten beim ersten tatsächlichen Inverkehrbringen der Produkte setzen darf.

99. Bei Parallelimporten aus Drittstaaten hat die Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen der betreffenden Erzeugnisse im EWR daher den Verzicht auf sein ausschließliches Recht auf Vertriebssteuerung innerhalb des EWR zum Inhalt. Es ist Sache des nationalen Gerichts unter Beachtung der angeführten Aspekte des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, ob das Verhalten des Markeninhabers nach allen Umständen des Einzelfalls als derartiger Verzicht gedeutet werden kann.

100. Das Ergebnis einer solchen Prüfung wäre allerdings insofern mit dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung

nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie in Einklang zu bringen, als es dem Markeninhaber durch Zugrundelegung eines ungewöhnlich niedrigen Maßstabes hinsichtlich der Annahme eines Verzichts nicht praktisch unmöglich gemacht werden dürfte, sich beim ersten Inverkehrbringen in der Gemeinschaft bzw. im EWR auf sein Ausschließlichkeitsrecht zu berufen. Insoweit erscheint es auch erforderlich, auf so genannte „Zustimmungsvermutungen" einzugehen.

102. Angesichts der vorgeschlagenen Auslegung des Zustimmungsbegriffs nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie scheinen Ausführungen zu den entsprechenden Fragen subsidiär. Dennoch erscheint insbesondere das Vorbringen der Kommission zur Relevanz des Absatzes 2 erörterungswürdig, weil es eine grundlegende systematische Frage betrifft.

B — *Zur Auslegung des Artikels 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie*

103. Nach deren Ansicht ist Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie nämlich insofern nicht auf den Sachverhalt der Ausgangsverfahren anwendbar, als es an einem „weiteren Vertrieb" im Sinne dieser Vorschrift fehlen würde, sofern der Markeninhaber so zu behandeln wäre, als ob er dem Inverkehrbringen im EWR zugestimmt hätte. Artikel 7 Absatz 2 könne nicht dazu verwendet werden, sich dem ersten Inverkehrbringen im EWR zu widersetzen.

101. In der Rechtssache C-414/99 wird der Gerichtshof gebeten, sich auch zur Auslegung von Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie zu äußern. Für den Fall, dass Davidoff sich so behandeln lassen müsste, als ob ihre Rechte nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie erschöpft wären, stellt sich nämlich die Frage, ob sie sich auf berechtigte Gründe nach Absatz 2 berufen könnte, insbesondere vor dem Hintergrund des Entfernens der — offenbar durch die Kosmetikrichtlinie vorgesehenen — Herstellungspostennummern, um sich den Parallelimporten aus Drittstaaten widersetzen zu können.

104. Hiezu ist festzustellen, dass das Inverkehrbringen im Sinne von Absatz 1 — unbeachtlich der Frage der Zustimmung — sich nicht auf den Vertrieb an den Endverbraucher bezieht, sondern auf die Übertragung der unmittelbaren Verfügungsgewalt über die betreffenden Erzeugnisse. Bei Parallelimporten aus Drittstaaten ist also einerseits zu untersuchen, ob der Markeninhaber der Einfuhr der Erzeugnisse in den

EWR zugestimmt hat, bejahendenfalls aber andererseits auch zu untersuchen, ob er sich dem weiteren Vertrieb der Erzeugnisse im EWR — in der Regel wird es sich um den Verkauf an Endverbraucher handeln — gemäß Absatz 2 widersetzen kann. Insoweit die Kommission lediglich betont, dass der „weitere Vertrieb" im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 sich notwendigerweise auf ein Geschäft nach dem Inverkehrbringen der betreffenden Erzeugnisse mit Zustimmung des Markeninhabers beziehe, legt sie nicht dar, dass Artikel 7 Absatz 2 auf Fälle der in Rede stehenden Art grundsätzlich nicht anwendbar wäre.

105. So gesehen dürfte es wohl erforderlich sein, auf die Auslegung des Begriffes „berechtigte Gründe" einzugehen. Aus Systematik und Zweck der Vorschrift ist zu schließen, dass Absatz 2 an die oben dargelegte [60] Abwägung anknüpft. Soweit die mit der Marke versehenen Erzeugnisse durch den Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind, kann sich dieser der Verwendung der Marke also nur dann gemäß Artikel 7 Absatz 2 widersetzen, wenn ein weiterer Vertrieb die Hauptfunktion der Marke in einer Weise berührt, die dem Markeninhaber nicht zuzumuten wäre.

60 — Siehe oben, Nrn. 80 f.

106. Davidoff hat im Ausgangsverfahren nicht geltend gemacht, dass das Inverkehrbringen der fraglichen Erzeugnisse durch einen nicht autorisierten Importeur mit einer Schädigung des Markenrufs einhergehen würde. Sie berief sich auf eine Schädigung des Rufes der Marke aufgrund des Entfernens von Herstellungspostennummern.

107. In einer solchen Konstellation stehen sich folglich das Interesse des Parallelimporteurs an einem möglichst freien Vertrieb — unter möglichster Geheimhaltung der „undichten" Stelle in der Vertriebskette — und das Interesse des Markeninhabers an der Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand der Marke ausmachen, gegenüber: Zum Zwecke einer Abwägung ist die Hauptfunktion der Marke zu berücksichtigen, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der mit ihr versehenen Ware zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, diese Ware ohne Verwechslungsgefahr von Waren anderer Herkunft zu unterscheiden. Diese Herkunftsgarantie schließt ein, dass der Verbraucher oder Endabnehmer sicher sein darf, dass an einer ihm angebotenen, mit der Marke versehenen Ware nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Eingriff vorgenommen worden ist, der den Originalzustand der Ware beeinträchtigt hat [61].

61 — Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-349/95 (Loendersloot, Slg. 1997, I-6227, Randnr. 24), unter Verweis auf die Urteile vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1978, 1139, Randnr. 7), und vom 11. Juli 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93 (Bristol-Myers Squibb u. a., zitiert in Fußnote 38, Randnr. 47).

108. Das vorlegende Gericht stellt im Prinzip drei Fragen zu den berechtigten Gründen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie, wobei die ersten zwei sich auf den Ruf der Marke beziehen, während die dritte sich damit auseinander setzt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Entfernung oder Unkenntlichmachung einer offenbar aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung angebrachten Herstellungspostennummer als berechtigter Grund anzusehen wäre.

1. Schädigung des Rufs der Marke

109. In seinem Urteil Parfums Christian Dior [62] erkannte der Gerichtshof für Recht, dass „die Schädigung des Rufes der Marke ... für einen Markeninhaber grundsätzlich ein berechtigter Grund im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie sein [kann], sich dem weiteren Vertrieb der Waren zu widersetzen, die von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Umpacken von Markenwaren hat der Inhaber einer Marke nämlich ein durch den spezifischen Gegenstand des Markenrechts bedingtes berechtigtes Interesse, sich dem Vertrieb dieser Waren widersetzen zu können, wenn die Aufmachung der umgepackten Waren geeignet ist, den Ruf der Marke zu schädigen. ... Geht es wie im Ausgangsverfahren um Waren mit Luxus- und Prestigecharakter, so darf der Wiederverkäufer nicht in unlauterer Weise dem berechtigten Interesse des Markeninhabers zuwiderhandeln. Er muss also darauf bedacht sein, mit seiner Werbung die Wertschätzung der Marke nicht dadurch zu beeinträchtigen, dass er den Luxus- und Prestigecharakter der betreffenden Waren sowie die von ihnen ausgehende luxuriöse Ausstrahlung beeinträchtigt“ [63].

110. Das Urteil Parfums Christian Dior betraf die Anwendung einer Marke zu Werbezwecken. Im Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. [64] folgte der Gerichtshof demselben Gedankengang hinsichtlich der Umverpackung von Erzeugnissen zu Vertriebszwecken:

„Auch wenn auf der Verpackung steht, von wem die Ware umgepackt worden ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine unzureichende Aufmachung der umgepackten Ware dennoch den Ruf der Marke und damit ihres Inhabers schädigt. In einem solchen Fall hat der Markeninhaber ein durch den spezifischen Gegenstand des Markenrechts bedingtes berechtigtes Interesse daran, sich dem Vertrieb der Ware widersetzen zu können. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Aufmachung der umgepackten Ware geeignet ist, den Ruf der Marke zu schädigen, sind die Art der Ware und der Markt, für den sie bestimmt ist, zu berücksichtigen.“

62 — Urteil vom 4. November 1997 in der Rechtssache C-337/95 (Slg. 1997, I-6013).

63 — Zitiert in Fußnote 62, Randnrn. 43 ff.

64 — Zitiert in Fußnote 38, Randnr. 75.

111. Dem Urteil Parfums Christian Dior ist ferner zu entnehmen, dass die Rufschädigung nur dann als berechtigter Grund anzusehen ist, wenn sie erheblich ist [65].

112. Die erhebliche Schädigung des Rufs der Marke wird somit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes als berechtigter Grund im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 anerkannt.

2. Entfernung oder Unkenntlichmachung von Herstellungspostennummern

113. Im Wesentlichen fraglich ist hier, ob Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie die Entfernung oder Unkenntlichmachung von Herstellungspostennummern, welche offenbar in Anwendung der Umsetzungsvorschriften zur Richtlinie 76/768/EWG und unter Androhung von strafrechtlichen Folgen anzubringen sind, erfasst.

114. Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, sich zu einem ähnlichen Fall im Loendersloot-Urteil zu äußern. Vergleichbar dem gegenständlichen Ausgangsverfahren berief sich der Markeninhaber damals auf eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Kennzeichnung, während der Parallelimporteur die Notwendigkeit einer Entfernung oder Unkenntlichmachung der Identifikationsnummern zur Durchführung der Parallelimporte betonte. Der Gerichtshof bemerkt hiezu Folgendes [66]:

„Freilich kann die Anbringung der Identifikationsnummer durch die Hersteller auch erforderlich sein, um einer gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen, wie sie sich insbesondere aus der Richtlinie 89/396/EWG des Rates vom 14. Juni 1989 über Angaben oder Marken, mit denen sich das Los, zu dem ein Lebensmittel gehört, feststellen lässt (ABl. L 186, S. 21), ergibt, oder um andere wichtige, gemeinschaftsrechtlich legitime Ziele zu erreichen, etwa den Rückruf schadhafter Erzeugnisse oder die Bekämpfung von Nachahmungen.

Werden Identifikationsnummern zu den ... genannten Zwecken angebracht, trägt es nicht zu einer künstlichen Abschottung der Märkte zwischen Mitgliedstaaten bei, wenn der Inhaber eines Markenrechts dieses geltend macht, um zu verhindern, dass ein Dritter mit der Marke versehene Etiketten entfernt und anschließend wieder anbringt oder ersetzt, um diese Nummern zu entfernen. In einem solchen Fall besteht kein Anlass, die Rechte des Markeninhabers aus Artikel 36 EG-Vertrag zu beschränken."

65 — Zitiert in Fußnote 62, Randnrn. 46 und 47.

66 — Urteil zitiert in Fußnote 61, Randnrn. 41 f.

115. Auch hier erscheint eine Übertragung der Wertung erörterungswürdig, da der rechtliche Rahmen in den vorliegenden Rechtssachen in Artikel 7 der Markenrichtlinie und nicht in Artikel 36 EG-Vertrag (jetzt nach Änderung Artikel 30 EG) zu suchen ist. Die Kommission sieht dies nicht als Hindernis und weist insofern auf die bereits erörtete [67] ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes hin. Sofern diese aber auf die Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und die Absicht, die Märkte künstlich abzuschotten, abstellt, erscheint eine unmittelbare Anwendung der maßgeblichen Gesichtspunkte auf die verfahrensgegenständlichen Umstände jedoch nicht möglich.

116. Entsprechend dem dargelegten Verhältnis zwischen freiem Warenverkehr und Ausübung der Rechte aus der Marke [68] ist die Ausübung des Markenrechts nach Artikel 7 Absatz 2 im Rahmen des innergemeinschaftlichen Handels als Ausnahme zum freien Warenverkehr gefasst, welche nur so lange zulässig ist, wie sie zur Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand des Markenrechts ausmachen, gerechtfertigt ist. Insofern ist der nationale Richter auch gehalten zu untersuchen, ob die Ausübung des Markenrechts einen gerechtfertigten Zweck mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt.

117. Dieser Ansatz scheint auf Parallelimporte von Markenprodukten aus Drittstaaten übertragbar. Im Konflikt zwischen den Rechten des Markeninhabers und dem Interesse des Produkterwerbers, frei über die betreffenden Waren zu verfügen, erscheint eine Ausübung des Markenrechts nur dann gerechtfertigt, wenn sie für die Wahrung der Rechte, die den spezifischen Gegenstand des Markenrechts ausmachen, notwendig ist. Daher wäre auch im vorliegenden Fall entsprechend der im Loendersloot-Urteil vorgenommenen Abwägung insbesondere zu untersuchen, inwieweit die Entfernung oder Unkenntlichmachung der Herstellungspostennummern die Herkunftsgarantie berührt, den Originalzustand der betreffenden Erzeugnisse beeinträchtigt und den Ruf der Marke schädigt. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung hat in diesen Fällen eine entsprechende Erheblichkeit vorzuliegen [69]. Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind, obliegt allerdings den nationalen Gerichten.

118. Fraglich ist schließlich, wie die Entfernung oder Unkenntlichmachung der Herstellungspostennummern isoliert zu beurteilen wäre. Soweit ersichtlich, ist die Anbringung dieser Nummern erforderlich, um einer gesetzlichen Verpflichtung, welche auf eine Richtlinie zurückgeht, nachzukommen, und wurde die Entfernung oder Unkenntlichmachung dieser Nummern von

67 — Zitiert in Fußnote 50.
68 — Siehe oben, Nr. 82.
69 — Die damit offen bleibende Frage des Grades der Erheblichkeit einschließlich einer allfällig fehlenden Erheblichkeit ist Gegenstand der anhängigen Rechtssache C-143/00.

keiner weiteren Maßnahme, wie z. B. einer Neuetikettierung oder einer Umverpackung, begleitet.

119. In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Loendersloot bemerkte Generalanwalt Jacobs [70]: „Zweifelsohne kann das Entfernen solcher Identifikationsnummern nicht allein aufgrund der Markenrechte verhindert werden." Der Gerichtshof stellte hingegen entscheidend darauf ab, dass die Anbringung einer Identifikationsnummer in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung oder zur Verfolgung eines sonstigen — aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts — legitimen Zweckes eine künstliche Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten ausschließt.

120. Da im vorliegenden Fall der letztgenannte Gesichtspunkt keine Rolle spielen kann, wäre die Entfernung oder Unkenntlichmachung von Herstellungspostennummern, welche entsprechend einer gesetzlichen Verpflichtung angebracht worden sind, erst dann markenrechtlich relevant, wenn sie den spezifischen Gegenstand des Markenrechts unangemessen beeinträchtigen würde.

121. Wie die Kommission zu Recht betont hat, besteht allerdings ein unverkennbarer Zusammenhang zwischen dem schutzwürdigen Ruf der Marke und einem durch die Verpflichtung zur Anbringung von Herstellungspostennummern vereinfachten Rückruf von gegebenenfalls fehlerhaften oder normenwidrigen Produkten. Im Interesse des guten Rufes der mit der Marke versehenen Erzeugnisse hat der Markeninhaber ein schutzwürdiges Interesse daran, derartige Produkte aus dem Verkehr ziehen zu können. Daher wäre im Ausgangsverfahren auch zu untersuchen, ob die Schädigung des Rufes der Marke insofern eine — hinreichende — Erheblichkeit aufgrund der Entfernung oder Unkenntlichmachung der vorgeschriebenen Herstellungspostennummern erreicht. Der etwaige Verstoß gegen die Kosmetikrichtlinie [71] würde nur unter diesem Gesichtspunkt eine markenrechtliche Relevanz aufweisen.

122. Offen hat die Frage zu bleiben, ob die berechtigten Gründe, die es rechtfertigen, dass der Markeninhaber sich dem weiteren Vertrieb der mit der Marke versehenen Erzeugnisse im EWR widersetzt, die (vollständige oder teilweise) Entfernung oder Unkenntlichmachung von Kennzeichnungen der Erzeugnisse durch Dritte nur deswegen einschließen können, weil dadurch ein Straftatbestand erfüllt wird. Dem Vorlagebeschluss ist nämlich, soweit ersichtlich, nicht zu entnehmen, ob der Markeninhaber sich strafbar machen würde, wenn die durch die Kosmetikrichtlinie vorgeschriebene Kennzeichnung fehlt und er die mit der Marke versehenen Erzeugnisse nicht selbst im EWR in den Verkehr bringt.

70 — Zitiert in Fußnote 61, Nr. 43.

71 — Zitiert in Fußnote 6.

IV — Ergebnis

123. Aufgrund dieser Überlegungen wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

in den Rechtssachen C-414/99, C-415/99 und C-416/99

1. Die Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Erzeugnisse im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie bezieht sich auf die Möglichkeit einer Steuerung des ersten Inverkehrbringens oder des ersten Vertriebes dieser Erzeugnisse im EWR durch den Markeninhaber.

2. Wenn das erste Inverkehrbringen der mit einer Marke versehenen Erzeugnisse und ihr erstmaliger Vertrieb im EWR auseinander fallen, kann der Markeninhaber zum Zeitpunkt des ersten Inverkehrbringens dieser Erzeugnisse ihren ersten Vertrieb im EWR insofern steuern, als er auf sein ausschließliches Recht auf Vertriebssteuerung verzichtet.

3. Es ist Sache des nationalen Gerichts, unter Beachtung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sowie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Markeninhaber zum Zeitpunkt des ersten tatsäch-

lichen Inverkehrbringens der betreffenden Erzeugnisse auf sein ausschließliches Recht auf Vertriebssteuerung im EWR verzichtet hat. Dabei steht Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie grundsätzlich einer nationalen Regelung entgegen, die eine generelle Verzichtsvermutung zum Gegenstand hat oder einer derartigen Vermutung gleichkommt;

und, hilfsweise, in der Rechtssache C-414/99

4. Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie ist so auszulegen, dass zu den berechtigten Gründen, die es rechtfertigen, dass der Markeninhaber sich dem weiteren Vertrieb der mit der Marke versehenen Erzeugnisse widersetzt, Handlungen Dritter gehören, die den Wert, den Reiz oder das Ansehen der Marke oder der Erzeugnisse, die diese Marke tragen, erheblich beeinträchtigen.

5. Artikel 7 Absatz 2 der Markenrichtlinie ist so auszulegen, dass zu den berechtigten Gründen, die es rechtfertigen, dass der Markeninhaber sich dem weiteren Vertrieb der mit der Marke versehenen Erzeugnisse widersetzt, keine Handlungen Dritter oder Umstände gehören, die die Rechte, welche den spezifischen Gegenstand und die Hauptfunktion des Markenrechts ausmachen, nicht berühren.