ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 16. Dezember 1982

betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet)

(Nur der deutsche und der niederländische Text sind verbindlich)

(82/897/EWG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags — (1), zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Griechenlands, insbesondere auf die Artikel 3 und 15,

im Hinblick auf die Beschwerde nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 von Herrn Antonius Segers (nachstehend „Segers" genannt) vom 12. Juni 1980,

nach Aufforderung der beteiligten Unternehmen gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (2), sich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. Sachverhalt

1. Das Familienunternehmen P. L. Segers & Zonen wurde im Jahre 1896 in den Niederlanden gegründet, um Kaffee, Tee und Tabak zu verarbeiten und zu verkaufen. Erst im Jahre 1969 begann das Unternehmen mit der Herstellung von Tabakerzeugnissen, zum Teil für Dritte unter deren Marken, zum Teil für den eigenen Absatz durch einen in demselben Jahr neugegründeten Betrieb, die Tabaksindustrie Toltecs. Beide Unternehmen, mit Sitz in Roosendaal, gehören heute Herrn Segers und werden von ihm geleitet.

Segers hat erstmals im Jahre 1969 das Warenzeichen Toltecs Special benutzt und für Deutschland sowie andere Länder international eintragen lassen. Am 31. Januar 1973 hat er erneut das Warenzeichen Toltecs Special (Bild und Wort in der unten beschriebenen Ausgestaltung) unter der Nummer 395 536 in der Warenklasse 34, Rohtabak und Tabakerzeugnisse, für u. a. Deutschland, Frankreich, Italien und Benelux international eintragen lassen.

Entsprechend der von Segers am 16. Januar 1975 mit der BAT Cigaretten-Fabriken GmbH abgeschlossenen Vereinbarung hat diese am 21. Januar 1975 ihren Widerspruch gegen die Eintragung in Deutschland zurückgenommen, die daraufhin auch in diesem Lande hat erfolgen können. Das Warenzeichen Toltecs Special (im folgenden: „Toltecs") ist eine Phantasiebezeichnung, die sich an den Namen des mexikanischen Indianerstammes der Tolteken anlehnt; es ist in den letzten fünf Jahren nur in den Niederlanden und in Deutschland benutzt worden.

Segers hat bisher an Tabakerzeugnissen nur Feinschnittabak vom Leicht-, Halbzware- und Zwaregeschmack hergestellt, für den die Nachfrage in den letzten Jahren ständig gestiegen ist. Ob das Unternehmen auch Pfeifentabak in der Zukunft herstellen wird, hängt mit der Entwicklung der Marktlage zusammen. Seit 1978 vertreibt Segers seinen Feinschnitttabak fast ausschließlich in den Niederlanden. Im Vergleich zu diesem Jahr hat sich der Absatz von Segers im Jahre 1981 verdoppelt; er liegt etwas unter 1 % des niederländischen Gesamtabsatzes für Feinschnitt, der sich 1981 auf 14 353 Tonnen belief.

Feinschnittabak (Shag) und Krüllschnittabak bilden zusammen den Rauchtabakmarkt; ersterer wird im wesentlichen zum Selbstdrehen von Zigaretten verwendet, letzterer nur zum Pfeifenrauchen. Die hauptsächlichen Rauchtabakhersteller in den Niederlanden sind Douwe Egberts BV, Van Nelle Lassie BV, Niemeyer BV und Gruno-Von Rossem BV. Die Niederlande sind weltweit einer der wichtigsten Exporteure von Rauchtabak.

2. Die BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, Hamburg, (nachstehend „BAT" genannt), eine Tochtergesellschaft der größten Zigarettenherstellerin der Welt, British American Tobacco Company, London, (Jahresumsatz 1980: ca. 7,6 Milliarden Pfund Sterling), befaßt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Tabakwaren. Sie meldete am 18. Dezember 1968 die Phantasiebezeichnung Dorcet zur Eintragung in die deutsche Warenzeichenrolle an. Die Eintragung erfolgte am 15. Januar 1970 unter der Nummer 865 058 in der Warenklasse 34 für Rohtabak, Tabakerzeugnisse und Zigarettenpapier. Das Warenzeichen Dorcet ist nie benutzt worden.

Die BAT hat im Jahre 1981 ihre Position als zweitgrößter deutscher Zigarettenhersteller erneut behaup-

(1) ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.
(2) ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268/63.

tet. Das Unternehmen erreichte mit einem Inlandsstückabsatz von 35,6 Mrd. Zigaretten einen Marktanteil von 27,4 Prozent; davon entfielen 18,1 Prozent auf die seit zwei Jahrzehnten führende deutsche Filterzigarette HB. Der Gesamtumsatz der BAT stieg 1981 auf fast 4,2 Mrd. DM an (einschließlich Verbrauchs-, aber ohne Mehrwertsteuer).

Im Jahre 1981 hat BAT systematisch den Bereich Rauchtabak weiter ausgebaut mit Schwerpunkt bei den hellen Feinschnitt-Tabaken. Nach Angaben der Fachliteratur (1) ist die BAT in diesem Bereich mit ihrem Gold Dollar-Feinschnitt Marktführer (Absatz: 711 000 kg). Während sich der Feinschnittabsatz aller Anbieter auf dem deutschen Markt gegenüber dem Vorjahr um 14 % auf etwa 11 700 Tonnen ausweitete, konnte die BAT insgesamt im Feinschnitt-Bereich 863 000 kg absetzen. Damit lag sie an der fünften Stelle mit einem Marktanteil von mehr als 7 %, nach Martin Brinkmann AG, Theodorus Niemeyer Holland-Tabak GmbH, Douwe Egberts Agio GmbH und Alois Pöschl GmbH & Co. KG (mit jeweils etwa 30, 23, 18 und 7,4 % Marktanteil für das erste Quartal 1982). Diese fünf Feinschnittanbieter vereinigen damit auf sich über 85 % des deutschen Marktes; die restlichen 15 Prozent entfallen auf etwa 25 weitere Hersteller und Importeure (2).

Auch Importe von Feinschnitt nach Deutschland aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sind in den letzten Jahren gestiegen: Während sie sich im Jahre 1976 auf etwa 2 500 Tonnen beliefen, erreichten sie im Jahre 1981 etwa 5 500 Tonnen. Diese Importe stammten größtenteils aus den Niederlanden.

Die Zahl derjenigen Raucher die ihre Zigaretten selbst drehen, hat in den letzten Jahren in Deutschland ständig zugenommen. Die günstige Entwicklung beim Feinschnittabak, auf die die Ausweitung des deutschen Rauchtabakmarktes hauptsächlich zurückgeht, ist einmal auf die Gewinnung von Intellektuellen und Studenten als neuer Käuferschicht, zum anderen auf die mehrwert- und tabaksteuerbedingte Anhebung der Einzelhandelsverkaufspreise bei industriell gefertigten Zigaretten zurückzuführen. Nach Angaben der genannten Fachliteratur (3) wurden 1981 mehr als zwölf Mrd. Zigaretten in der Bundesrepublik von Rauchern selbst angefertigt. Das entspricht knapp 10 Prozent des Fabrikzigarettenabsatzes. Wegen der am 1. Juni 1982 in Kraft getretenen Tabaksteuererhöhung rechnet man bei der Industrie zumindest mit einer weiteren Zunahme von 1,5 bis 2 Mrd. Stück selbstgedrehter Zigaretten, da ihr Preis etwa die Hälfte der Fabrikzigarette beträgt, obwohl die Steuersteigerung beim Feinschnitt bis zu 130 Prozent ausmacht gegenüber rund 39 Prozent bei der Fabrikzigarette. Nach derselben Quelle wird der helle Feinschnitt bei der ansteigenden Substitution der Fabrikzigarette durch die Selbstgedrehte in näherer Zukunft an Bedeutung gewinnen. Augenblicklich entfallen auf den hellen Feinschnitt 37,18 Prozent und auf die halbzwaren Tabake 33,77 Prozent des Absatzes.

Im Jahre 1980 hat die BAT 61 500 kg Pfeifentabak abgesetzt, im Jahre 1981 64 400. Dies sind etwa 3,7 % des Gesamtabsatzes an Pfeifentabak in Deutschland von 1 740 Tonnen. Beim Verkauf der Rauchtabake übt der Facheinzelhandel eine besonders wichtige Funktion aus. Nach dem Geschäftsbericht der BAT für 1980 konnte das von ihr angebotene Sortiment an Rauchtabaken bei diesem Handelspartner hervorragend eingeführt werden, was zu der günstigen Absatzentwicklung beigetragen hat.

3. Am 25. Juli 1973 erhob die BAT aus ihrem Warenzeichen Dorcet Widerspruch gegen das Anmeldezeichen Toltecs. Obwohl Segers die Frage der Verwechslungsfähigkeit der Warenzeichen Dorcet und Toltecs mit Schreiben seines Patentanwaltes vom 25. Januar 1974 ausdrücklich offenließ, unterbreitete er mit diesem Schreiben der BAT folgenden Vergleichsvorschlag, um diese zur Zurücknahme des Widerspruchs zu veranlassen.

„Falls Ihre Auftraggeberin BAT den Widerspruch zurücknimmt, verpflichtet sich meine Mandantin Segers für sich und ihre etwaigen Rechtsnachfolger bzw. Lizenznehmer verbindlich, das Warenverzeichnis ihrer IR-Marke 395 536 für die Bundesrepublik Deutschland auf ‚Krüllschnittabak' (Shag) zu beschränken sowie die Wortbildmarke Toltecs nach Schutzbewilligung in der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich nur für diese Spezialware zu benutzen und aus der Eintragung und Benutzung dieser Marke Ihrer Auftraggeberin gegenüber keine Rechte herzuleiten, insbesondere keinen Widerspruch zu erheben, falls diese ihr Zeichen Dorcet oder ein ähnliches Zeichen — ausgenommen Toltecs — für gleiche oder gleichartige Waren, wie sie im Warenverzeichnis des Zeichens 865 058 aufgeführt sind erneut, als Warenzeichen in der Bundesrepublik Deutschland anmeldet oder in Benutzung nimmt."

Aufgrund dieses Vorschlages und der darauffolgenden Korrespondenz, insbesondere des ergänzenden Briefwechsels vom 30. Oktober 1974 / 7. Januar 1975, wurde mit der Unterzeichnung der BAT am 16. Januar 1975 folgende Vereinbarung abgeschlossen:

„Artikel 1

BAT ist Inhaberin des deutschen Warenzeichens 865 058 Dorcet.

Artikel 2

Segers ist Inhaberin der international eingetragenen Marke 395 536 (Wortbildzeichen) Toltecs Special.

(1) Die Tabak-Zeitung vom 2. Juli 1982.
(2) Die Tabak-Zeitung Dokumentation, Rauchtabak 1982, vom 20. August 1982.
(3) Die Tabak-Zeitung vom 16. und 23. April 1982.

Artikel 3

Segers verpflichtet sich, das Warenverzeichnis der IR-Marke 395 536 für die Bundesrepublik Deutschland auf ‚Krüllschnittabak (Shag)' zu beschränken sowie die Wortbildmarke Toltecs Special nach Schutzbewilligung in der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich nur für diese Spezialwaren zu benutzen und aus der Eintragung und Benutzung dieser Marke BAT gegenüber keine Rechte herzuleiten, auch dann nicht, wenn diese ihr Zeichen 865 058 Dorcet länger als fünf Jahre nicht benutzt oder wenn sie dieses Zeichen oder damit im Sinne des § 31 WZG verwechslungsfähige Zeichen — ausgenommen Toltecs Special — neu anmeldet.

Artikel 4

Segers verpflichtet sich weiter, für den unter der IR-Marke 395 536 vertriebenen Tabak nicht mit Hinweisen des Inhalts zu werben, daß dieser Tabak zum Zigarettendrehen geeignet ist bzw. empfohlen wird. Die Verwendung der Bezeichnung ‚Feinschnittabak' oder ‚Holländischer Shag' ist Segers jedoch gestattet.

Artikel 5

BAT verpflichtet sich, nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung durch Segers, den Widerspruch gegen die Schutzbewilligung der IR-Marke 395 536 zurückzunehmen und keine Einwendungen gegen die Benutzung der IR-Marke 395 536 für ‚Krüllschnittabak' in der Bundesrepublik Deuschland zu erheben."

4. Obwohl der Text der Vereinbarung mehrdeutig, teilweise sogar widersprüchlich ist, da die Bezeichnungen Krüllschnittabak und Shag nicht gleichbedeutend, sondern sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden die erste nur für Pfeifen- und die zweite nur für Feinschnittabak benutzt werden, zeigt die Art und Weise der Handhabung der Vereinbarung durch die Parteien, daß Segers jeder von der BAT nicht genehmigte Vertrieb von Feinschnitt in Deutschland unter der Marke Toltecs verboten werden soll.

a) Nach einem ersten Exportversuch im Jahre 1973, wobei 5 500 kg Toltecs-Feinschnitt in Deutschland abgesetzt wurden, begann Segers im Januar 1977 den Absatz dieser Ware erneut über einen Alleinvertriebshändler, den Importeur Müller-Broders. Davor hatte die BAT diesem Importeur mit Schreiben vom 12. Juli 1976 mitgeteilt, sie würde das ihr gegenüber dem Zeichen Toltecs zustehende Verbietungsrecht aus der Vereinbarung vom 16. Januar 1975 mit Segers bis auf weiteres nicht ausüben, soweit Müller-Broders die Bezeichnung Toltecs für Feinschnitt benutzt. Im Jahre 1977 wurden durch dieses Unternehmen 17 302 kg Toltecs-Feinschnitt eingeführt.

b) Im Laufe des Jahres 1978 traten zwischen Segers und Müller-Broders Schwierigkeiten auf, angeblich wegen der unzureichenden Absatzbemühungen des letzteren. Als es zur Einstellung der Geschäftsverbindungen kam, wiederholte die BAT gegenüber Segers mit Schreiben vom 23. August 1978 ihre Auffassung, daß aufgrund der Vereinbarung Segers nur der Vertrieb von Krüllschnitt- und nicht von Feinschnittabak unter dem Zeichen Toltecs gestattet sei. Dabei stellte sie klar, sie hätte darüber hinaus ein Benutzungsrecht dieses Zeichens für Feinschnitt Müller-Broders eingeräumt und forderte, daß Segers ihr seine etwaigen neuen Importeure benenne. Als dieser — nach einer kurzen Zusammenarbeit mit der Nachfolgerin von Müller-Broders, der jedoch bald danach aufgelösten Peter Grassmann GmbH, Hamburg, — um Zustimmung zum Vertrieb durch die Planta GmbH & Co, Berlin, bat, erklärte sich die BAT bereit, die Vereinbarung auf Feinschnitt zu erweitern. Sie stellte aber die weitere Bedingung, daß Segers die bei der Peter Grassmann GmbH liegenden Restbestände der Toltecs-Tabake aufkaufe. Als Segers dem nicht entsprach, erklärte die BAT mit Schreiben vom 14. Dezember 1979, daß sie den weiteren Vertrieb von Toltecs-Feinschnitt auf dem deutschen Markt durch Dritte unterbinden würde und daß sie Kopie dieses Schreibens der Planta GmbH & Co. übersandt hätte. Angesichts dieser Differenzen zwischen Segers und der BAT hat sich die Planta GmbH & Co. von den Gesprächen über die Übernahme des Vertriebs von Toltecs-Feinschnitt in Deutschland zurückgezogen. Auf ein Schreiben des Bevollmächtigten von Segers vom 21. Mai 1980, in dem dieser aufgefordert hat, die Vereinbarung aufzuheben, hat die BAT ihr Angebot wiederholt, den Vertrag auf Feinschnitt auszudehnen, falls Segers die Restbestände bei der Peter Grassmann GmbH übernehme.

Wegen der Auseinandersetzung mit der BAT hat Segers seit 1978 seine Exporte von Toltecs-Feinschnitt nach Deutschland eingestellt (Anfang 1978 wurden noch 3 750 kg in Deutschland abgesetzt). In der letzten Zeit versucht Segers unter dem neuen Warenzeichen Wigwam in Deutschland seinen Feinschnitt zu vertreiben, jedoch mit sehr geringem Erfolg (Absatz 1981: 400 kg).

5. Auf die Auskunftsverlangen der Kommission und auf die von dieser mitgeteilten Beschwerdepunkte hat die BAT schriftlich und in der mündlichen Anhörung vom 1. April 1982 folgendes erklärt:

a) In der „Abgrenzungs"-Vereinbarung mit Segers sei ein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 nicht ersichtlich, da diese eine Nachzeichnung des nationalen Warenzeichenrechtes sei, nach dem allein sich die Beurteilung einer möglichen Verwechslungsgefahr richte. Der Vorrang des nationalen Warenzeichengesetzes zur Verwechslungsgefahr entspräche dem Terranova/Terrapin-Urteil des EuGH vom 22. Juni 1976 (1), wonach es mit den

(1) Sammlung der Rechtsprechung 1976, S. 1039.

Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr vereinbar sei, wenn ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen sich aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften dieses Staates geschützten Firmen- und Warenzeichenrechts der Einfuhr von Waren eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens widersetzt, die nach den Rechtsvorschriften dieses Staates mit einer Bezeichnung versehen worden sind, welche zu Verwechslungen mit den Warenzeichen und der Firma des ersten Unternehmens Anlaß gibt.

Zwischen der BAT und Segers bestehe weder eine rechtliche noch eine wirtschaftliche Abhängigkeit. Die jeweiligen Zeichen Dorcet und Toltecs seien unabhänig voneinander begründet worden; sie seien klangähnlich, was nach dem im deutschen Warenzeichenrecht weit gefaßten Begriff der Verwechslungsfähigkeit für die Bejahung der Verwechslungsgefahr ausreiche. Die Klangähnlichkeit beider Zeichen ergebe sich daraus, daß die Vokalfolge übereinstimme, die Konsonanten „vom Charakter her gleich" seien und bei den letzten drei Buchstaben „Cet" und „Tec" eine einfache Inversion vorliege. Die Segers auferlegten Verpflichtungen blieben daher in den Grenzen des Verbietungsrechts des Inhabers der prioritätsälteren Marke Dorcet. Im übrigen brauche auf die Frage der Verwechslungsgefahr nicht eingegangen zu werden, weil alle Beteiligten von der Verwechslungsfähigkeit ausgingen. Segers teile auch diese Auffassung, wie es sich aus der Tatsache ergebe, daß die Initiative zum Abschluß der Vereinbarung von Segers in dem schon erwähnten Schreiben vom 25. Januar 1974 ausgegangen sei.

Letztlich sei die zwischen den Unternehmen bestehende Vereinbarung wettbewerbserweiternder Art. Ohne sie wäre Segers möglicherweise überhaupt nicht auf den deutschen Markt gekommen, oder zumindest wäre ein langanhaltender Rechtsstreit entstanden, den die BAT schon von ihrer Kapitalausstattung her eher hätte durchhalten können als ein kleines, neu auf dem Markt auftretendes Unternehmen wie Segers.

b) Abgesehen von den vorgenannten grundsätzlichen Bemerkungen zur Problematik der warenzeichenrechtlichen Abgrenzung ergebe sich aus der objektiven Auslegung der Vereinbarung, daß diese nicht in dem allgemeinen Verbot des Vertriebes des Toltecs-Feinschnittes bestehe, sondern nur in der im Artikel 4 Segers auferlegten Verpflichtung nicht mit der Tauglichkeit dieses Produktes zum Drehen von Zigaretten zu werben. Die Vereinbarung setzte zwar im Artikel 3 unzutreffenderweise Krüllschnitt mit Shag gleich — diese Formulierung sei übrigens auf das Schreiben vom Bevollmächtigten von Segers zurückzuführen —, sie müsse sich aber gemäß Artikel 4 auf Feinschnitt beziehen, da sich mit Pfeifentabak keine Zigaretten drehen ließen. Darüber hinaus gestatte Artikel 4 Segers schon wegen der nach steuerrechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Bezeichnungen auf der Steuerbanderole die Verwendung der Bezeichnung Feinschnitt.

Tatsächlich habe es unter den Parteien beim Abschluß der Vereinbarung keinen Zweifel gegeben, daß diese Segers berechtige, das Zeichen Toltecs für Feinschnitt zu benutzen. Später aber — anläßlich der Auseinandersetzung zwischen Segers und Müller-Broders, nur um diesen wegen der seit langem bestehenden guten Geschäftsverbindungen bei der Durchsetzung seiner Ansprüche zu helfen — hätten die Vertreter der BAT bewußt die falsche Auffassung vertreten, die Vereinbarung beinhalte ein Vertriebsverbot für Toltecs-Feinschnitt. Zur allgemeinen Verblüffung habe sich Segers dann nicht auf seine erheblich weiteren Vertragsrechte berufen. Aus dieser späteren tatsächlichen Handhabung lasse sich aber nicht ein anderer Vereinbarungsinhalt im Sinne von Artikel 85 ableiten.

c) Die BAT habe die Marke Dorcet nie benutzt. Ihrer Auffassung nach komme es auf die Benutzungslage von Dorcet aber nicht an, weil der Beschwerdeführer selbst auf Einwände aus einer Nichtbenutzung verzichtet habe. Abgesehen davon, enthalte die Vereinbarung keine generelle Nichtangriffsklausel, die Segers verwehren würde, die Löschung des Zeichens Dorcet wegen Nichtbenutzung durchzusetzen. Trotz mancher Unstimmigkeiten sei der Vertragstext dahin auszulegen, daß allein solche Angriffe, ungeachtet etwaiger Nichtbenutzung, verboten seien, welche die durch Eintragung und Benutzung des Zeichens Toltecs gewonnene Zeichenposition zur Grundlage hätten. Es seien eine Reihe von Fällen denkbar, in denen dieses Verbot praktisch werden könne, so z. B. bei einem Prioritätsverlust des Zeichens Dorcet, etwa bei Aufnahme der Benutzung nach Ablauf der Fünfjahresfrist oder bei einer Neuanmeldung dieses oder hiermit verwechslungsfähiger Zeichen.

d) Im übrigen sei die von der Kommission in Frage gestellte Formulierung, d. h. die Zurücknahme des Widerspruchs gegen die Bewilligung der Eintragung des angemeldeten Zeichens, verbunden mit der Nichtangriffsklausel, gegen das ältere Zeichen auch nach Ablauf der Fünfjahresfrist nicht vorzugehen, eine Formulierung, die nicht nur bei der BAT üblich sei, sondern mindestens in der deutschen Markenartikelindustrie angewandt werde. Sie sei sogar schon in Warenzeichenabteilungen größerer Unternehmen im Automatenschreiber enthalten.

e) Ein vorsätzlicher Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 sei schon deswegen nicht gegeben, weil der einzige einschlägige Präzedenzfall „Penneys" von der Kommission erst am 23. Dezember 1977 entschieden und die Entscheidung 78/193/EWG der

Kommission (1) am 2. März 1978 veröffentlicht worden sei. Selbst wenn ein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 in dem Abschluß der Vereinbarung am 16. Januar 1975 vorgelegen habe, so sei dieser nach fünf Jahren verjährt.

f) Was auch immer der genaue Inhalt der Vereinbarung gewesen sein möge, lege die BAT auf deren Fortführung keinen Wert mehr und sei gerne bereit, dieselbe unverzüglich aufzuheben.

6. Die beiden Warenzeichen, die den Gegenstand der Vereinbarung bilden, sind wie folgt ausgestaltet:

a) Ausgestaltung laut Eintragung Nr. 865 058 vom 15. Januar 1970:

DORCET

b) Ausgestaltung der von Segers verwendeten Verpackung:



c) Ausgestaltung der IR-Marke 395 536 zugunsten von Segers.



(1) ABl. Nr. L 60 vom 2. 3. 1978, S. 19.

II. Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag

1. Nach Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten.

2. Die Vereinbarung zwischen Segers und der BAT ist eine solche zwischen Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1.

3. Die Vereinbarung enthält Klauseln, die die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und bewirken.

A) Nach Artikel 3 erster Halbsatz, Artikel 4 und Artikel 5 der Vereinbarung, wie sie von den Parteien von Anfang an angewandt worden sind, darf Segers ohne Zustimmung der BAT keinen Feinschnittabak unter dem Warenzeichen Toltecs nach Deutschland importieren und dort in den Verkehr bringen.

a) Durch diese Vereinbarung ist Segers mit seinem Feinschnitttabak vom deutschen Markt ausgeschlossen oder mindestens in seiner Wettbewerbsfreiheit derart eingeschränkt, daß der Vertrieb dieser Ware nur über der BAT genehme Importeure oder nach Erfüllung weiterer von der BAT gestellten Bedingungen, wie z. B. die Übernahme der Restbestände der Toltecs-Tabake bei der Peter Grassmann GmbH, erfolgen kann. Die Vereinbarung bezweckt daher eine Wettbewerbseinschränkung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1.

Die Argumentation der BAT, die Vereinbarung vom 16. Januar 1975 bestehe nach objektiver Auslegung allein in der Beschränkung der Werbungsfreiheit von Segers und aus der falschen Rechtsposition, die von der BAT nach dem Abschluß der Vereinbarung eingenommen worden ist, lasse sich kein anderer Vereinbarungsinhalt ableiten, der Segers darüber hinaus beschränkt hätte, vermag an der oben getroffenen Feststellung nichts zu ändern.

Angesichts dieser von der BAT — schon im Jahre 1976 bei der Aufnahme des Vertriebes des Toltecs-Feinschnitts durch Müller Broders — eingenommenen Rechtsposition, die sich an die objektiv mehrdeutige Formulierung des Vertragstextes unmittelbar anknüpfte, war Segers dazu genötigt, sich so zu verhalten, als ob die Vereinbarung das von der BAT beanspruchte Vertriebsverbot beinhalte. Dementsprechend mußte er den Vertrieb von seinem Feinschnitt in Deutschland aussetzen, wenn er sich nicht den Bedingungen der BAT unterwerfen oder nicht Gefahr laufen wollte, in kostspielige, für ihn finanziell nicht tragbare Rechtsstreitigkeiten mit einem wirtschaftlich starken Unternehmen wie der BAT verwickelt zu werden.

Selbst wenn für die Zukunft der Vertrag allein in dem Sinne angewendet werden sollte, den ihm die BAT jetzt beizulegen versucht, daß er nämlich Segers nur die Verpflichtung auferlegt, nicht mit der Tauglichkeit seines Toltecs-Feinschnittes zum Drehen von Zigaretten zu werben, so würde dies eine Einschränkung der Freiheit Segers bei dem Einsatz eines wichtigen Wettbewerbsparameters darstellen, die unter Artikel 85 fällt.

b) Die Vereinbarung bewirkt außerdem eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen der BAT und dritten Unternehmen. Nicht nur Segers ist mit seiner Ware von einem reibungslosen Vertrieb in Deutschland ausgeschlossen, sondern die Wettbewerbsverfälschungen treffen auch unabhängige Handelsunternehmen, die mit dem Warenzeichen Toltecs versehene Ware in Deutschland anbieten wollen. Dies gilt insbesondere für die Planta GmbH und Co. in Berlin, die von der BAT unter Hinweis auf die Vereinbarung mit Segers und die angebliche Verwechslungsfähigkeit der Warenzeichen Dorcet und Toltecs zum Verzicht auf den Vertrieb von Toltecs-Feinschnitt veranlaßt wurde.

c) Der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 läßt sich nicht entgegenhalten, daß sich die Ausschlußwirkungen der Vereinbarung auch durch die einseitige Geltendmachung der Rechte aus dem Warenzeichen Dorcet durch die BAT erreichen ließen, und daß es daher an der Kausalität zwischen Vereinbarung und Behinderung des Wettbewerbs fehle.

Mit dem Urteil „Terrapin/Terranova" hat der Gerichtshof klargestellt, daß die Geltendmachung des zeichenrechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen die Einfuhr von mit einem verwechslungsfähigen Warenzeichen versehener Ware trotz ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung im gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechtes hingenommen wird, vorausgesetzt, daß die jeweiligen Rechte unabhängig voneinander begründet worden sind und nicht miteinander verbundenen Unternehmen gehören.

Die BAT geht davon aus, daß dieses Prinzip, das für den von Gesetz wegen bestehenden Unterlassungsanspruch gelte, auch auf eine „Abgrenzungs"-Vereinbarung anzuwenden sei, durch die dieser Anspruch teils bekräftigt, teils zugunsten des Vertragspartners fallengelassen werde. Sie habe sich nur das ihr zustehende

Recht vorbehalten, sich in Deutschland, wo sie das ältere Zeichen besitze, der Einfuhr von Feinschnittabak unter dem Warenzeichen Toltecs in bestimmten Fällen zu widersetzen. Mit der getroffenen Vereinbarung habe Segers nur Vorteile erlangt, da der Gebrauch des Zeichens Toltecs in Deutschland immerhin in gewissem Umfange ermöglicht worden sei; letztlich werde damit der Wettbewerb erweitert. Diese Rechtsauffassung ist zwar im Ansatz richtig; sie kann jedoch aus tatsächlichen Gründen auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

d) Im gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechtes stellen Beschränkungen der Benutzung eines prioritätsjüngeren Warenzeichens in Fällen, in denen Warengleichartigkeit und ernsthafte Verwechslungsfähigkeit bestehen und der Inhaber des älteren Zeichens daher mit großer Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, die Eintragung und Benutzung des jüngeren Zeichens zu verhindern, keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 dar, da der Verbotsanspruch im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Bestand des älteren Zeichens gehört.

e) Je größer jedoch der Abstand der Waren voneinander oder je geringer die Verwechslungsgefahr ist, desto mehr müssen die Vereinbarungen dem vorrangigen Ziel der Einheit des Gemeinsamen Marktes entsprechen; die Parteien müssen daher unter den möglichen Konfliktlösungen diejenige wählen, die die Benutzung beider Warenzeichen im gesamten gemeinsamen Markt am wenigsten einschränkt. Hierzu kann eine Vereinbarung gehören, nach der das streitige Warenzeichen nur in einer bestimmten Aufmachung (Farbe, Gestaltung der Schrift, Zufügen der Firma usw.) oder unter Umständen nur für bestimmte Waren verwendet werden darf.

Die Kommission erkennt an, daß in solchen Fällen ein gewisser Beurteilungsspielraum des jeweiligen nationalen Rechts und auch der Beteiligten besteht, der auch bei der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 zu berücksichtigen ist.

f) Im vorliegenden Falle vermag die Kommission im Rahmen der Prüfung der Vereinbarung nach Artikel 85 jedoch keine ernsthafte Verwechslungsgefahr zwischen dem Wortzeichen Dorcet und dem Wort- und Bildzeichen Toltecs anzuerkennen. Eine optische oder phonetische Verwechslungsgefahr besteht selbst dann nicht, wenn man unter Abstrahierung der für Segers eingetragenen und von ihm benutzten Bildelemente (eine auf vier Tabakblättern liegende Holzschaufel innerhalb einer besonders ausgeführten Umrahmung auf Goldgrund) die Worte Dorcet und Toltecs miteinander vergleicht. Die Behauptung der BAT, beide Warenzeichen seien klangähnlich und daher verwechslungsfähig, vermag hieran nichts zu ändern.

Entgegen der Auffassung der BAT unterliegt die Entscheidung der Frage der Verwechslungsgefahr zwischen zwei nicht ursprungsgleichen Zeichen nicht allein der Beurteilung nach nationalem Warenzeichenrecht. Wie der Gerichtshof im genannten Urteil „Terrapin/Terranova" ausgeführt hat, kann nämlich diese Beurteilung die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, d. h. der Regeln über den freien Warenverkehr und der Wettbewerbsregeln, ins Spiel bringen. Je mehr die nationale Beurteilung den Schutzbereich des Zeichens Dorcet erweitert, desto mehr beschränkt sie den Import der das Zeichen Toltecs tragenden Waren nach Deutschland.

B) Nach Artikel 3 zweiter Halbsatz der Vereinbarung verpflichtet sich Segers, aus der Eintragung und Benutzung des Warenzeichens Toltecs der BAT gegenüber keine Rechte herzuleiten, und zwar auch dann nicht, wenn die BAT ihr Zeichen Dorcet länger als fünf Jahre nicht benutzt oder wenn sie dieses Zeichen oder damit im Sinne des § 31 des deutschen Warenzeichengesetzes verwechslungsfähige Zeichen — ausgenommen Toltecs Special — neu anmeldet.

a) Die BAT hat zunächst gegenüber der Kommission mit Schreiben vom 9. September 1980 den Standpunkt eingenommen, diese Klausel beinhalte eine umfassende, rechtlich zulässige Verpflichtung von Segers, jeden Angriff auf das Zeichen Dorcet, auch nach Ablauf von fünf Jahren, zu unterlassen. Nach dem Erhalt der „Mitteilung der Beschwerdepunkte" der Kommission hat die BAT ihren Standpunkt dahin gehend modifiziert, daß diese Klausel Segers nicht verwehren würde, die Löschung des Zeichens Dorcet wegen Nichtbenutzung zu betreiben.

b) Selbst wenn man den modifizierten Standpunkt der BAT zugrundelegt, so dient die Klausel der Absicherung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung (vgl. oben II, 3, A) und fällt auch unter Artikel 85 Absatz 1. Sie nimmt Segers die Möglichkeit, im Falle der Löschung des Zeichens Dorcet wegen Nichtbenutzung seine inzwischen entstandenen Rechte an dem Zeichen Toltecs gegen BAT unbeschränkt geltend zu machen. Außerdem beschränkt diese Klausel die Rechte Segers auch in dem Fall, daß durch Aufnahme der Benutzung des Zeichens Dorcet erst nach Eintritt der Löschungsreife oder bei einer Neuanmeldung dieses Zeichens durch die BAT an sich ein Prioritätsver-

lust von Dorcet gegenüber Toltecs eintritt. Die Klausel hindert Segers daran, gegenüber dem später eventuell in Benutzung genommenen oder neu angemeldeten Zeichen Dorcet sein nunmehr prioritätsälteres Zeichen Toltecs geltend zu machen. Damit verzichtet Segers auf ein Verteidigungsmittel, das gegenüber dem Bestreiten der Verwechslungsgefahr erheblich einfacher ist. Letztlich wird es Segers erschwert, sich von der vertraglichen Beschränkung der Eintragung und Benutzung seines Zeichens Toltecs zu befreien und damit ein Hindernis für seine wirtschaftliche Betätigung in Deutschland zu beseitigen.

Im Zusammenwirken mit den vereinbarten Beschränkungen der Eintragung und Benutzung des Zeichens Toltecs bezweckt die Nichtangriffsklausel, eine legitime Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieses Zeichens für alle Zukunft zu verhindern und verstärkt damit die zeichenrechtliche Position der BAT.

Entgegen der in dem erwähnten Schreiben der BAT vom 9. September 1980 zum Ausdruck gekommenen Auffassung ist der vertragliche Verzicht von Segers auf Einwände aus einer Nichtbenutzung des Zeichens Dorcet für die Anwendung des Artikels 85 unbeachtlich. Das vorrangige Interesse der Allgemeinheit an der Löschung nicht benutzter oder sonst angreifbarer Warenzeichen fordert, daß weder Segers noch irgendein Dritter gehindert werden, eine solche Löschung mit allen ihren Konsequenzen zu betreiben.

c) Der Einwand der BAT, der Benutzungszwang, wie beispielsweise in Deutschland aufgrund des Gesetzes vom 4. Dezember 1967 (1), sei noch kein Institut des Gemeinschaftsrechtes, da er erst in dem Verordnungsentwurf zur Schaffung einer EWG-Marke vorgesehen sei und im nationalen Recht in Dänemark unbekannt sei, ist aus tatsächlichen Gründen irrelevant. Zweck des Benutzungszwanges ist es, dem Problem der Verstopfung der Warenzeichenrolle durch unbenutzte Vorratszeichen abzuhelfen, um auf diese Weise die Eintragung von neuen Warenzeichen für neue Produkte und damit den Marktzugang für diese Produkte zu erleichtern. Dies beruht auf der Tatsache, daß für Wortzeichen die Kombinationsfähigkeiten der Buchstaben des Alphabets mathematisch begrenzt sind, und daß sodann nur ein Teil dieser Kombinationsmöglichkeiten aussprechbare Silben darstellt. Das unbefristete Aufrechterhalten von unbenutzten Vorratszeichen hatte dazu geführt, daß in vielen Ländern, darunter mehreren Mitgliedstaaten, neue Warenzeichen, soweit sie auf Buchstaben basierten, nicht mehr verfügbar waren. Dies gilt innerhalb der Gemeinschaft insbesondere für Frankreich mit 301 711, Deutschland mit 285 317 und das Vereinigte Königreich mit 244 100 eingetragenen Warenzeichen. Demgegenüber existieren in Dänemark nur 86 753 eingetragene Zeichen (2). Aus tatsächlichen Gründen sind daher Vereinbarungen, die in einem Mitgliedstaat mit großem Zeichenbestand die Eintragung und Benutzung von neuen Warenzeichen erschweren, schwerwiegendere Verstöße gegen Artikel 85 als in Mitgliedstaaten mit einem kleinen Zeichenbestand.

4. Die genannten Klauseln der Vereinbarung sind auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Sie verhindern die freie Aus- und Einfuhr von Vertragserzeugnissen von den Niederlanden nach Deutschland durch Errichtung künstlicher Handelsschranken in einer Weise, die die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes gefährdet.

Die Einschränkung des Wettbewerbs und ihre unmittelbaren Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr sind auch spürbar. Die Kommission hat schon in ihrer Entscheidung 75/297/EWG Sirdar/Phildar (3) darauf hingewiesen, daß das Ausweichen von einer benutzten Marke auf ein anderes Zeichen wegen des damit verbundenen Wegfalls der Werbewirkung der Marke und sonstiger tatsächlicher Schwierigkeiten problematisch, wenn nicht wirtschaftlich unmöglich ist. Im vorliegenden Fall ist das Warenzeichen Toltecs seit einigen Jahren benutzt worden und unter diesem Zeichen fast ein Drittel der Tabakwarenherstellung Segers nach Deutschland im Jahre 1977 ausgeführt worden. Seit dieser Zeit ist die Produktion von Segers erheblich gestiegen, dagegen seine Exporte nach Deutschland aufgrund der Geltendmachung der Vereinbarung durch die BAT seit 1978 praktisch zum Erliegen gekommen, obwohl in Deutschland die Nachfrage nach niederländischem Feinschnitt ständig ansteigt.

Bei der Struktur des Tabakmarktes in Deutschland, der von wenigen Großunternehmen beherrscht wird, wiegt die Behinderung selbst eines kleinen Anbieters aus einem anderen Mitgliedstaat besonders schwer. Dies umso mehr als gleichartige Vereinbarungen von der BAT in größerem Umfange abgeschlossen werden.

III. Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags

Nach Artikel 85 Absatz 3 können die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 für nicht anwendbar erklärt

(1) Bundesgesetzblatt 1967 I, S. 853.

(2) Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Statistique de propriété industrielle, 1980, S. 30.

(3) ABl. Nr. L 125 vom 16. 5. 1975.

werden auf eine Vereinbarung, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, ohne daß den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

1. Die Vereinbarung ist bei der Kommission nicht angemeldet worden, so daß schon aus formellen Gründen eine Freistellung nicht erteilt werden kann.

2. Die Vereinbarung fällt auch nicht unter Artikel 4 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b) der Verordnung Nr. 17.

a) Segers ist als Inhaber des Warenzeichens Toltecs weder Erwerber noch Benutzer eines Warenzeichens der BAT.

b) Segers kann auch nicht einem Erwerber oder Benutzer im Sinne dieser Vorschrift gleichgestellt werden, da der Erwerb und die Benutzung seines Warenzeichens Toltecs mangels einer ernsthaften Verwechslungsgefahr mit dem Warenzeichen Dorcet nicht einer Zustimmung der BAT bedurfte.

c) Im übrigen stellen die oben (II, 3, A, a)) festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich

— der Vertrieb nur über der BAT genehme Importeure,

— die Übernahme der Restbestände bei der Peter Grassmann GmbH

keine Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung eines lizenzierten Warenzeichens dar.

3. Die Kommission weist vorsorglich darauf hin, daß Vereinbarungen, die Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb des obendargelegten Beurteilungsspielraums (vgl. oben II, 3, A, e)) des nationalen Rechtes und der Beteiligten enthalten und daher von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt werden, nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden können, wenn sie die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllen. Im vorliegenden Falle ist aber nicht ersichtlich, wieso die Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung beiträgt, da sie bezweckt und bewirkt, daß Feinschnitt unter dem Warenzeichen Toltecs nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen in Deutschland vertrieben werden kann. Sodann ist nicht einzusehen, weswegen den Verbrauchern in Deutschland der wahre Hinweis vorenthalten werden soll, daß der Toltecs-Feinschnitt zum Selbstdrehen von Zigaretten geeignet ist. Die Vereinbarung trägt daher nicht zu einem Gewinn der Verbraucher bei. Schließlich legt sie den beteiligten Unternehmen Verpflichtungen auf, die nicht unerläßlich im Sinne der dritten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 sind. Selbst wenn der Zweck der Nichtangriffsklausel darin bestünde, die letzte noch denkbare Verwechslungsgefahr auszuräumen, würde diese Tatsache nicht rechtfertigen, daß Segers auf seine Rechte selbst für den Fall verzichtet, wenn die BAT ihr Zeichen Dorcet länger als fünf Jahre nicht benutzt.

4. Artikel 85 Absatz 3 ist daher auf die Vereinbarung nicht anwendbar.

IV. Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17

1. *Artikel 3*

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß die beteiligten Unternehmen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 begangen haben; sie sind nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 zu verpflichten, diese festgestellte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen, indem sie die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der Vereinbarung aufheben. Die BAT darf auch nicht diese Wettbewerbsbeschränkungen durch einen wirtschaftlichen Druck auf Segers oder auf Importeure ersetzen, um den Import und den Vertrieb von Toltecs-Tabak in Deutschland zu verhindern oder zu erschweren.

2. *Artikel 15 Absatz 2*

Nach Artikel 15 Absatz 2 kann die Kommission Geldbußen in Höhe von eintausend bis einer Million Rechnungseinheiten oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 v. H. des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoßen.

Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

a) Die Kommission sieht hinsichtlich der von Segers übernommenen Verpflichtung, keinen Feinschnitttabak unter der Marke Toltecs in Deutschland in Verkehr zu bringen, von der Verhängung einer Geldbuße ab, obwohl sie bereits mehrfach ihren Widerstand gegen Gebietsbeschränkungen durch angebliche Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen — so in den Entscheidungen Sirdar-Phildar und Penneys sowie in den Fällen Persil [1] und Bayer/Tanabe [2] — zum Ausdruck gebracht hat. Sie hält es für ausreichend, ihren Standpunkt erneut durch die unter IV.1. genannte Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 zu bekräftigen.

---

[1] Siebenter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Ziffer 138—140.

[2] Achter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Ziffer 125—127.

b) Dagegen erscheint es angemessen, gegen die BAT eine Geldbuße wegen der Erstreckung der Nichtangriffsklausel auf den Fall der Nichtbenutzung ihres Zeichens Dorcet über fünf Jahre hinaus festzusetzen.

Nach der Einführung des Benutzungszwanges in Deutschland durch Gesetz vom 4. Dezember 1967 war sich die BAT darüber klar, daß die Vereinbarung eines Verbotes der Berufung auf die von Segers erworbenen Rechte auch im Falle der Nichtbenutzung ihres Zeichens Dorcet über fünf Jahre hinaus dem Sinn und Zweck des gesetzlichen Benutzungszwanges widersprach, wonach die Zeichenrolle von nichtbenutzten Zeichen bereinigt und Zugangserleichterungen für Neuanmelder geschaffen werden sollten.

In diesem Zusammenhang ist besonders schwerwiegend, daß das Warenzeichen Dorcet am 15. Januar 1970 eingetragen worden ist und die BAT die Vereinbarung am 16. Januar 1975, also einen Tag nach Ablauf der vom deutschen Warenzeichenrecht gewährten Schonfrist unterzeichnet hat. Die BAT hat damit gewußt, daß sie vertraglich eine Rechtsposition absichert, die bereits von Rechts wegen nicht haltbar war.

Auch vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechtes hat die BAT vorsätzlich gehandelt; in der Entscheidung vom 23. Dezember 1977 (Penneys) hat die Kommission eine Nichtangriffsklausel für Warenzeichen beanstandet, soweit ihre Wirkungen die Dauer von fünf Jahren überschritten hatten. Diese am 2. März 1978 veröffentlichte und von den wesentlichen juristischen Fachzeitschriften nachgedruckte Entscheidung ist der BAT als einem Markenartikelunternehmen nicht unbekannt geblieben. Schließlich ist die BAT mit Schreiben des niederländischen Anwalts von Segers vom 21. Mai 1980 auf die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit dem Gemeinschaftsrecht hingewiesen worden. Trotzdem hat die BAT an der Vereinbarung bis zur mündlichen Anhörung am 1. April 1982 festgehalten, obwohl sie das Zeichen Dorcet niemals benutzt hat.

Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße berücksichtigt die Kommission, daß diese nur die Nichtangriffsklausel betrifft, soweit sie auf den Fall der Nichtbenutzung des Zeichens Dorcet über fünf Jahre hinaus erstreckt wird und daß der vorliegende Einzelfall der erste im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ist, in dem sie eine Geldbuße auferlegt.

Dagegen sieht die Kommission davon ab gegen Segers ein Bußgeld festzusetzen, obwohl auch er eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 begangen hat. Segers ist ein kleines niederländisches Unternehmen, das zum Beginn seiner Auseinandersetzung mit der BAT über die deutsche Rechtslage und das Gemeinschaftsrecht nicht ausreichend informiert war. Die rechtliche Unerfahrenheit von Segers ergibt sich weiterhin aus dem Verlaufe seiner Auseinandersetzung mit der BAT, als er eine offensichtlich widersprüchliche Vertragsformulierung gegen sich hat gelten lassen.

V. Zum Einwand der Verjährung

Die festgestellte Zuwiderhandlung ist nicht verjährt. Bei Zuwiderhandlung wie der vorliegenden, die durch ihre Dauer gekennzeichnet sind, beginnt die Verjährung nicht mit dem Abschluß der Vereinbarung, sondern mit deren Beendigung (Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft) (1).

Noch im Schreiben vom 9. September 1980 hat sich die BAT der Kommission gegenüber auf das Bestehen der Nichtangriffsklausel berufen. Im vorliegenden Falle kann als frühester Zeitpunkt der Beendigung der Zuwiderhandlung der 1. April 1982 angenommen werden, an dem die BAT in der mündlichen Anhörung erklärt hat, sie lege auf die Fortführung der Vereinbarung keinen Wert.

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Inhalt und Anwendung der Vereinbarung vom 16. Januar 1975 zwischen den in Artikel 5 genannten Unternehmen stellen insoweit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar, wie

1. wie Segers verpflichtet ist, unter dem Warenzeichen Toltecs Special (IR-Marke 395 536) in Deutschland entweder keinen Feinschnitt zu vertreiben oder einen solchen Vertrieb nur über der BAT genehme Importeure oder nach Erfüllung weiterer Bedingungen vorzunehmen;
2. wie Segers verpflichtet ist, aus der Eintragung und Benutzung Marke Toltecs Special der BAT gegenüber keine Rechte herzuleiten, auch dann nicht, wenn diese ihr Zeichen Dorcet länger als fünf Jahre nicht benutzt oder wenn sie dieses Zeichen oder damit im Sinne des § 31 WZG verwechslungsfähige Zeichen — ausgenommen Toltecs Special — neu anmeldet.

Artikel 2

Die in Artikel 5 dieser Entscheidung genannten Unternehmen haben die in Artikel 1 aufgeführten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen. Insbesondere hat die BAT jeden wirtschaftlichen Druck auf Segers oder Importeure zu unterlassen, der darauf

(1) ABl. Nr. L 319 vom 29. 11. 1974.

abzielt, den Import und den Vertrieb des Toltecs-Tabaks in Deutschland zu verhindern oder zu erschweren.

Artikel 3

Gegen das Unternehmen BAT Cigaretten-Fabriken GmbH wird wegen der in Artikel 1 Ziffer 2 festgestellten Zuwiderhandlung, soweit die Nichtangriffsklausel auf den Fall der Nichtbenutzung des Zeichens Dorcet über fünf Jahre hinaus erstreckt wird, eine Geldbuße in Höhe von 50 000 (fünfzigtausend) Europäischen Währungseinheiten (ECU) festgesetzt. Das ist ein Betrag von 115 635 Deutsche Mark.

Artikel 4

Die in Artikel 3 festgesetzte Geldbuße ist binnen einer Frist von drei Monaten, gerechnet vom Tage der Bekanntgabe dieser Entscheidung an, an die Kommission auf ihr nachfolgend genanntes Konto zu zahlen:

Bankhaus Sal. Oppenheimer,

D-5000 Köln,

Konto-Nr. 260/00/64910.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an folgende Unternehmen gerichtet:

1. BAT Cigaretten-Fabriken GmbH,
   Alsterufer 4,
   2000 Hamburg 36,
   Deutschland;

2. Antonius Segers,
   Raadhuisstraat 41,
   4701 PL Roosendaal,
   Niederlande.

Diese Entscheidung ist ein vollstreckbarer Titel im Sinne von Artikel 192 EWG-Vertrag.

Brüssel, den 16. Dezember 1982

Für die Kommission
Frans ANDRIESSEN
Mitglied der Kommission