SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 29. Januar 1998 *

1. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Artikeln 30 und 36 EG-Vertrag stellte für Warenzeichen ebenso wie für andere gewerbliche Schutzrechte den Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung auf [1]: Danach erschöpft der Verkauf von Markenwaren in der Gemeinschaft durch den Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung die Markenrechte in der gesamten Gemeinschaft; nur unter außergewöhnlichen Umständen kann der Inhaber sich bei späteren Geschäftsvorgängen irgendwo in der Gemeinschaft gegen die Verwendung der Marke durch andere wenden.

2. Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie [2] übernimmt den Grundsatz der Gemeinschaftserschöpfung, wie er in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelt wurde. Danach gewährt die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht, die Benutzung der Marke für Waren zu verbieten, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind. Durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) wurde dieser Grundsatz später auf das Gebiet des EWR erstreckt, der nun aus der Gemeinschaft sowie Island, Liechtenstein und Norwegen besteht. Fraglich bleibt, ob der Markeninhaber einem Dritten verbieten kann, die Marke in der Gemeinschaft oder im EWR für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind. Diese Frage stellt sich in einem Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Obersten Gerichtshofes.

3. Es geht also um die Frage, ob die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich nur verpflichtet sind, eine Erschöpfung vorzusehen, wenn die Waren im EWR in den Verkehr gebracht worden sind, oder ob die Mitgliedstaaten Erschöpfung auch dann vorsehen können (oder vielleicht müssen), wenn die Waren in einem Drittland in den Verkehr gebracht worden sind; das wäre dann der Grundsatz der internationalen (weltweiten) Erschöpfung.

Die Markenrichtlinie

4. Die Markenrichtlinie wurde gestützt auf Artikel 100a EG-Vertrag erlassen. Sie beabsichtigt nicht, „die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen", zielt vielmehr nur auf die Angleichung

* Originalsprache: Englisch.

1 — Für Warenzeichen wurde der Grundsatz im Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74 (Centrafarm/Winthrop, Slg. 1974, 1183) aufgestellt.

2 — Erste Richtlinie des Rates 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

derjenigen „innerstaatlichen Rechtsvorschriften ..., die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken" (dritte Begründungserwägung der Richtlinie).

5. In der ersten, der dritten und der neunten Begründungserwägung der Richtlinie heißt es:

„Das gegenwärtig in den Mitgliedstaaten geltende Markenrecht weist Unterschiede auf, durch die der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr behindert und die Wettbewerbsbedingungen im gemeinsamen Markt verfälscht werden können. Zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarktes ist folglich eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erforderlich.

...

Es erscheint gegenwärtig nicht notwendig, die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen. Es ist ausreichend, wenn sich die Angleichung auf diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränkt, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.

...

Zur Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ist es von wesentlicher Bedeutung, zu erreichen, daß die eingetragenen Marken in Zukunft im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen. Hiervon bleibt jedoch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, bekannten Marken einen weitergehenden Schutz zu gewähren."

6. Zusammengefaßt gleicht die Richtlinie die allgemeinen Bedingungen „für den Erwerb und die Aufrechterhaltung einer eingetragenen Marke" (siebte Begründungserwägung) und die Rechte aus der Marke (Artikel 5 bis 7) an. So bestimmt sie die Zeichen, aus denen eine Marke bestehen kann (Artikel 2), die Eintragungshindernisse und Ungültigkeitsgründe einer Marke (Artikel 3 und 4), die Wirkungen der Duldung der Verwendung einer jüngeren Marke (Artikel 9) und der unterlassenen Verwendung einer eingetragenen Marke (Artikel 10 bis 12) sowie die Verfallsgründe einer Marke (Artikel 12).

7. In bestimmten Bereichen steht es den Mitgliedstaaten jedoch frei, ob sie die Vorschriften der Richtlinie übernehmen. So gibt es Optionen bei Gründen, die Eintragungshindernisse oder Ungültigkeitsgründe einer Marke darstellen können (Artikel 3 Absatz 2 und 4 Absatz 4), und die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen Schutz für eine bekannte Marke gegen die Benutzung für nicht ähnliche Waren oder Dienstleistungen

zu gewähren (Artikel 5 Absatz 2) [3]. Zudem heißt es in der siebten Begründungserwägung:

„Die Mitgliedstaaten können in ihrem Recht Eintragungshindernisse oder Ungültigkeitsgründe beibehalten oder einführen, die an die Bedingungen des Erwerbs oder der Aufrechterhaltung der Marke gebunden sind, für die keine Angleichungsbestimmungen bestehen und die sich beispielsweise auf die Markeninhaberschaft, auf die Verlängerung der Marke, auf die Vorschriften über die Gebühren oder auf die Nichteinhaltung von Verfahrensvorschriften beziehen."

Im übrigen überläßt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Regelung solcher Fragen wie des Verfahrens für die Eintragung, des Verfalls oder der Ungültigkeit von Marken (fünfte Begründungserwägung), des Schutzes nicht registrierter Marken (vierte Begründungserwägung) sowie von Fragen des unlauteren Wettbewerbs, der zivilrechtlichen Haftung und des Verbraucherschutzes (sechste Begründungserwägung).

8. Im vorliegenden Verfahren sind Artikel 5 — Rechte aus der Marke — und Artikel 7 — Erschöpfung des Rechts aus der Marke — von besonderer Bedeutung.

9. Artikel 5 sieht folgendes vor:

„(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;

b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfaßten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

...

3 — Siehe auch Artikel 3 Absatz 4, 9 Absatz 2 und 15 Absatz 2.

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 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;

d) das Zeichen in den Geschäftspapieren und in der Werbung zu benutzen."

10. Artikel 7 sieht 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."

11. Erschöpfungsbestimmungen mit ähnlichen Wirkungen wie Artikel 7 finden sich in anderen Gemeinschaftshandlungen über gewerbliche Schutzrechte [4]. Hier ist die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke von besonderer Bedeutung, auf die ich noch eingehen werde.

Das EWR-Abkommen

12. Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie bezieht sich auf das Inverkehrbringen in der Gemeinschaft. Der Grundsatz der Erschöpfung wurde jedoch, wie bereits erwähnt, für bestimmte Zwecke auf den EWR erstreckt.

4 — Vgl. etwa Artikel 9 Absatz 2 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). Nach Auffassung der Kommission läßt diese Bestimmung die Anwendung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung nicht zu; siehe ihre Antwort auf eine schriftliche Anfrage im Europäischen Parlament (ABl. 1994, C 340, S. 37).

Die Richtlinie war eine der Rechtshandlungen, die durch das Abkommen über den EWR [5], das am 1. Januar 1994 in Kraft trat [6], in EWR-Recht inkorporiert wurde. Anhang XVII des Abkommens gibt Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie „für die Zwecke des Abkommens" eine Fassung, die auf das Inverkehrbringen im EWR, nicht in der Gemeinschaft, abstellt: die Worte „in der Gemeinschaft" werden durch die Worte „in einem Vertragsstaat" ersetzt [7]. Zudem enthält Protokoll 28 über geistiges Eigentum einen Artikel 2 — Erschöpfung der Rechte — [8]. Artikel 2 Absatz 1 lautet:

„Soweit die Erschöpfung der Rechte in Maßnahmen oder in der Rechtsprechung der Gemeinschaft geregelt ist, sehen die Vertragsparteien die Erschöpfung der Rechte des geistigen Eigentums nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts vor. Diese Bestimmung ist unbeschadet der künftigen Entwicklung der Rechtsprechung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen einschlägigen Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen."

13. Um dieses Protokoll geht es in der vorliegenden Rechtssache nicht, da sich der Sachverhalt nach dem Beitritt Österreichs — eines früheren EWR-Vertragsstaats — zur Gemeinschaft am 1. Januar 1995 ereignete.

Sachverhalt

14. Die Klägerin, die Silhouette International Schmied Gesellschaft mbH & Co. KG, ist eine österreichische Firma, die Modebrillen der oberen Preisklassen erzeugt. Sie vertreibt die Brillen weltweit unter der in Österreich und in den meisten Staaten der Erde sowie auch international registrierten Wortbild-Marke „Silhouette". Die Klägerin liefert die Brillen in Österreich Fachoptikern; in anderen Staaten hat sie entweder Tochtergesellschaften oder Vertriebspartner.

15. Die Beklagte, die Hartlauer Handelsgesellschaft mbh, vertreibt in zahlreichen Filialen in Österreich Brillen und wirbt vor allem mit ihren niedrigen Preisen. Sie wird von der Klägerin nicht beliefert, weil die Klägerin den Vertrieb durch die Beklagte als dem von ihr aufgebauten Image besonderer Qualität und Aktualität abträglich erachtet.

16. Im Oktober 1995 verkaufte die Klägerin ausgelaufene Modelle, und zwar 21 000

5 — ABl. 1994, L 1, S. 3.
6 — Am 1. Mai 1995 für Liechtenstein.
7 — S. 482.
8 — S. 194.

Brillenfassungen, der Firma Union Trading um 261 450 USD. Der Kauf wurde vom Verkaufsrepräsentanten der Klägerin für den Mittleren Osten vermittelt. Die Klägerin trug ihm auf, den Kunden anzuweisen, die Brillenfassungen nur in Bulgarien oder in den Staaten der früheren Sowjetunion zu verkaufen und nicht in andere Länder zu exportieren. Der Verkaufsrepräsentant teilte der Klägerin mit, den Kunden entsprechend angewiesen zu haben. Ob dies tatsächlich geschehen ist, konnte nach dem Vorlagebeschluß nicht festgestellt werden.

17. Im November 1995 lieferte die Klägerin die Fassungen der Firma Union Trading in Sofia. In der Folge erwarb die Beklagte die Ware — von wem konnte nach dem Vorlagebeschluß nicht festgestellt werden — und bot sie ab Dezember 1995 in Österreich an. In einer Pressekampagne wies die Beklagte darauf hin, daß es ihr gelungen sei, trotz Nichtbelieferung durch die Klägerin 21 000 Silhouette-Fassungen zu erwerben, indem sie diese im Ausland gekauft habe. In ihren Erklärungen führt die Beklagte aus, beim Erwerb der Fassungen sei ihr versichert worden, daß einer Einfuhr nach Österreich keine Hindernisse entgegenstünden.

18. Die Klägerin wendet sich gegen den Verkauf ihrer Fassungen durch die Beklagte in Österreich und begehrt, der Beklagten zu verbieten, unter ihrem Markenzeichen Brillen oder Brillenfassungen anzubieten, die nicht von der Klägerin selbst oder mit ihrer Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind. Ihre Markenrechte seien nicht erschöpft, weil sie nach der Richtlinie nur durch das Inverkehrbringen durch den Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR erschöpft werden könnten. Sie beruft sich nicht nur auf § 10a Markenschutzgesetz (MSchG), sondern auch auf §§ 1 und 9 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie auf § 43 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB).

19. Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe die Brillenfassungen nicht unter der Auflage verkauft, daß jeder Reimport in die Gemeinschaft ausgeschlossen sei; sie beantragt, den Verfügungsantrag der Klägerin abzuweisen.

20. Der Antrag der Klägerin war vor dem Landesgericht Steyr und vor dem Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht erfolglos. Der Oberste Gerichtshof hat im Rahmen eines außerordentlichen Revisionsrekurses der Klägerin gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Linz die Vorabentscheidungsfragen gestellt.

21. Artikel 7 der Markenrichtlinie wurde 1992 durch Änderungen des Markenschutzgesetzes nahezu wortgleich umgesetzt. Nach § 10a MSchG gewährt die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen,

die unter dieser Marke von ihrem Inhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

22. Der Oberste Gerichtshof legt dar, vor der Umsetzung der Markenrichtlinie hätten die österreichischen Gerichte den Grundsatz der weltweiten Erschöpfung des Markenrechts angewandt. Das ergebe sich aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in der Sache Agfa aus dem Jahre 1971 [9]. Jedoch sei die Rechtslage nach der Umsetzung der Richtlinie unklar. Nach den Gesetzesmaterialien [10] werde die Frage der Geltung des Prinzips der internationalen Erschöpfung einer Regelung durch die Rechtspraxis überlassen.

23. Der Oberste Gerichtshof bittet deshalb um Klärung, ob die Richtlinie den Mitgliedstaaten erlaubt, das Prinzip der internationalen Erschöpfung anzuwenden. Er stellt eine zweite Frage zu den Ansprüchen, die der Markeninhaber aus der Richtlinie herleiten kann.

24. Der Oberste Gerichtshof hat dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

Ist Artikel 7 Absatz 1 der Ersten Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrichtlinie) dahin auszulegen, daß die Marke ihrem Inhaber das Recht gewährt, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke in einem Staat, der nicht Vertragsstaat ist, in den Verkehr gebracht worden sind?

Kann der Markeninhaber allein aufgrund von Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie begehren, daß der Dritte die Benutzung der Marke für Waren unterläßt, die unter dieser Marke in einem Staat, der nicht Vertragsstaat ist, in den Verkehr gebracht worden sind?

Unter Vertragsstaat ist eine Vertragspartei des EWR-Abkommens zu verstehen, auf der EFTA-Seite also diejenigen Staaten, die Parteien des Abkommens sind (derzeit Island, Liechtenstein und Norwegen), auf der Gemeinschaftsseite die Gemeinschaft und/oder die Mitgliedstaaten der EG [11]. Die Fragen betreffen also Waren, die außerhalb des

9 — SZ 43/219.

10 — 669 BlgNR 18. GP5.

11 — Siehe Artikel 2 Buchstabe c des EWR-Abkommens.

EWR in den Verkehr gebracht wurden. Auf die Rechtslage bei Waren, die innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht und anschließend in die Gemeinschaft eingeführt wurden, braucht nicht eingegangen zu werden. Der Kürze halber werde ich von der Einfuhr von Waren, die außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht wurden, in die Gemeinschaft reden.

25. Schriftliche Erklärungen wurden eingereicht von der Klägerin, der Beklagten, Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Schweden und dem Vereinigten Königreich sowie der Kommission. In der mündlichen Verhandlung haben sich die Klägerin, die Beklagte, Italien und die Kommission geäußert.

Frage 1

26. Die erste Frage des Obersten Gerichtshofes geht dahin, ob die Marke ihrem Inhaber nach Artikel 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie das Recht gewährt, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke in einem Staat, der nicht Vertragsstaat des EWR ist, in den Verkehr gebracht worden sind. In der Frage wird nicht dargelegt, ob der Markeninhaber dem Inverkehrbringen im Drittstaat zugestimmt hat. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich jedoch, daß die Klägerin dem Inverkehrbringen in Bulgarien zugestimmt hat, da sie nach dem Vorlagebeschluß Anweisungen für den dortigen Verkauf gegeben und die Waren dem Erwerber nach Sofia geliefert hat. Die Frage sollte also auf der Grundlage beantwortet werden, daß der Markeninhaber dem Inverkehrbringen seiner Erzeugnisse außerhalb des EWR zugestimmt hat.

27. Im vorliegenden Verfahren ist weiter davon auszugehen, daß die Klägerin dem Weiterverkauf ihrer Erzeugnisse innerhalb des EWR nicht zugestimmt hat, auch wenn das vorlegende Gericht Zweifel daran äußert, ob die Beschränkungen für den Weiterverkauf an den Käufer weitergegeben wurden. Hatte die Klägerin dem Vertrieb innerhalb des EWR zugestimmt, so wäre auf die erste Frage ohne Zweifel zu antworten, daß die Klägerin die Einfuhr ihrer Erzeugnisse nach Österreich nicht verhindern kann.

28. Der Vorlagebeschluß enthält keinen Hinweis darauf, daß die Klägerin „berechtigte Gründe" im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 der Richtlinie haben könnte, sich dem Weiterverkauf ihrer Fassungen in Österreich zu widersetzen.

29. Der Gerichtshof sieht sich somit schlicht vor der Frage, ob die Markenrichtlinie, die sich auf die Erschöpfung der Markenrechte im Anschluß an ein Inverkehrbringen in der Gemeinschaft bezieht, den Mitgliedstaaten vorschreibt, es einem Markeninhaber zu erlauben, die Einfuhr von Waren in die Gemeinschaft zu verbieten, die von ihm oder

mit seiner Zustimmung außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht wurden, und zwar allein aus dem Grunde, daß er dem Inverkehrbringen dieser Waren in der Gemeinschaft nicht zugestimmt hat, ob sie also den Mitgliedstaaten verbietet, das Prinzip der internationalen Erschöpfung einzuführen.

Die Richtlinie

30. Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie regelt die Erschöpfung nur für den Fall, daß die Waren in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind; dort ist nur eine Gemeinschafts-, keine internationale Erschöpfung vorgesehen.

31. Zu Recht steht außer Streit, daß die Richtlinie von den Mitgliedstaaten nicht verlangt, die internationale Erschöpfung vorzusehen; allenfalls erlaubt sie den Mitgliedstaaten das. Hätte die Richtlinie die internationale Erschöpfung vorschreiben wollen, würde Artikel 7 Absatz 1 sich nicht nur auf das Inverkehrbringen in der Gemeinschaft beziehen.

32. Daß die Richtlinie die internationale Erschöpfung nicht vorschreiben wollte, ergibt sich auch aus den Materialien. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission hätte die internationale Erschöpfung vorgeschrieben [12]. Die Kommission änderte ihre Auffassung später; in ihrem geänderten Vorschlag [13] beschränkte sie das Prinzip der Erschöpfung ausdrücklich auf Waren, die „in der Gemeinschaft" in den Verkehr gebracht worden waren.

33. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Richtlinie die internationale Erschöpfung verbietet oder freistellt, spricht der Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 für die erstere Auffassung. Artikel 7 Absatz 1 regelt die Umstände, unter denen Markenrechte erschöpft sind; das legt das Verständnis nahe, daß es sich um eine erschöpfende Regelung handelt. Die Regelung des Artikels 7 Absatz 1, daß die Rechte erschöpft sind, wenn die Waren in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht werden, legt das Verständnis nahe, daß diese Rechte nicht erschöpft sind, wenn die Waren in einem Drittland in den Verkehr gebracht werden. Wenn die Richtlinie die internationale Erschöpfung auch nicht ausdrücklich ausschließt, so ist sie doch in diesem Sinne zu verstehen. Gegenargumente, die es gibt, können sich kaum auf den Wortlaut der Richtlinie stützen.

34. Dieses Ergebnis der grammatischen Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 wird durch die Systematik der Richtlinie gestützt. Artikel 7 Absatz 1 ist eine Ausnahme von den Rechten des Markeninhabers aus Artikel 5

12 — ABl. 1980, C 351, S. 1; wegen der Erläuterungen vgl. KOM(80) 635 endg.

13 — ABl. 1985, C 351, S. 4.

Absatz 1. Im allgemeinen sollten Ausnahmen nicht weit ausgelegt werden. Artikel 7 Absatz 1 kann also nicht weiter ausgelegt werden, als daß dort die Gemeinschaftserschöpfung vorgesehen ist. Vielmehr müßte in die Richtlinie eine weitere, stillschweigende Ausnahme hineingelesen werden, die die Annahme einer internationalen Erschöpfung offen ließe; das widerspricht dem System der Richtlinie.

Sinn und Zweck der Richtlinie

35. Da der Wortlaut der Richtlinie nicht eindeutig ist, sind ihr Sinn und Zweck für die Auslegung entscheidend. Die Hinweise in den Begründungserwägungen zeigen jedoch nicht alle in die gleiche Richtung. Einerseits beabsichtigt die Richtlinie nicht, „die Markenrechte der Mitgliedstaaten vollständig anzugleichen", zielt vielmehr nur auf die Angleichung derjenigen „innerstaatlichen Rechtsvorschriften ..., die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken". Andererseits soll die Richtlinie mit gewissen Ausnahmen sicherstellen, daß die Marken „im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen".

36. Die Vertreter der internationalen Erschöpfung weisen darauf hin, daß die Richtlinie nur eine begrenzte Angleichung unternimmt, und tragen vor, der Bezug auf die Gemeinschaftserschöpfung nach Artikel 7 Absatz 1 sollte nur als Mindeststandard betrachtet werden.

37. Außerdem sei mit Artikel 7 nur beabsichtigt, die seinerzeitige Rechtsprechung des Gerichtshofes über die Erschöpfung von Rechten zu übernehmen, da der Gerichtshof entschieden habe, daß Artikel 7 ebenso zu verstehen sei wie seine Rechtsprechung zu den Artikeln 30 und 36. Vor der Umsetzung der Richtlinie hätten die Mitgliedstaaten selbst entscheiden können, ob sie den Grundsatz der internationalen Erschöpfung einführen wollten oder nicht; mangels ausdrücklicher abweichender Regelung sollte sich daran durch die Richtlinie nichts ändern.

38. Die Gegner der internationalen Erschöpfung berufen sich auf den Wortlaut der dritten Begründungserwägung der Richtlinie [14] und tragen vor, wenn die Richtlinie auch keine volle Angleichung bewirke, so gehöre die Anwendung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung durch einen Mitgliedstaat doch zu den Rechtsvorschriften, „die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken"; daher handele es sich um eine Regelung der Art, wie sie die Richtlinie anzugleichen suche. Zudem sei es Zweck der Richtlinie, sicherzustellen, daß die Marken „im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen". Wenn der von der Richtlinie gewährte Schutz auch kein völlig einheitliches System vorschreibe, da bestimmte Bereiche der Entscheidung der

14 — Zitiert in Nr. 5.

Mitgliedstaaten überlassen blieben, seien diese Bereiche doch sehr beschränkt und die Wahlmöglichkeiten sorgfältig aufgelistet (siehe Nr. 7).

39. Zu Sinn und Zweck der Richtlinie ist zu sagen, daß sie den Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf den Markenschutz umgewandelt habe. Zuvor war es nur um den Einfluß der Artikel 30 bis 36 EG-Vertrag auf das nationale Warenzeichenrecht gegangen. Die Richtlinie gleicht die wesentlichen Voraussetzungen und Folgen des Markenschutzes an. Wenn der Gerichtshof im Binnenzusammenhang der Gemeinschaft Artikel 7 der Richtlinie auch als Kodifizierung seiner früheren Rechtsprechung angesehen hat, ist dies doch nicht der einzige Zweck des Artikels 7. Die Richtlinie regelt den Inhalt von Markenrechten; sie soll mit allen ihren Vorschriften an die Stelle der nationalen Gesetze treten.

40. Geht man davon aus, daß die Richtlinie die wesentlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Markenschutzes niederlegt, so läßt sich kaum vertreten, daß sie es den Mitgliedstaaten freistellt, sich für die internationale Erschöpfung zu entscheiden. Der Umfang des Grundsatzes der Erschöpfung ist schließlich für den Inhalt der Markenrechte von zentraler Bedeutung.

41. Selbst wenn man aber eine engere Auffassung vom Wesen der Richtlinie vertritt, ist klar, daß die internationale Erschöpfung zu den Fragen gehört, „die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken" und deren Regelung die Richtlinie daher anzugleichen sucht. Wenden einige Mitgliedstaaten den Grundsatz der internationalen Erschöpfung an, andere aber nicht, so entstehen Handelshemmnisse innerhalb des Binnenmarktes, die die Richtlinie gerade zu beseitigen sucht.

42. Vor allem aus diesem Grund haben Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und das Vereinigte Königreich sowie die Kommission vorgetragen, die Richtlinie solle dahin verstanden werden, daß sie den Grundsatz der internationalen Erschöpfung ausschließe. Sie tragen im Kern vor, wenn die Mitgliedstaaten frei entscheiden könnten, ob Markeninhaber die Einfuhr aus Drittländern verbieten könnten, dann könnten dieselben Erzeugnisse in einen Mitgliedstaat parallel importiert werden, nicht aber in einen anderen, was mit dem Binnenmarkt unvereinbar wäre. Dem läßt sich offenkundig nicht entgegenhalten, daß Waren, die in einen Mitgliedstaat importiert worden seien, der den Grundsatz der internationalen Erschöpfung anwende, anschließend in der gesamten Gemeinschaft im freien Verkehr wären, da dies darauf hinausliefe, den Grundsatz der internationalen Erschöpfung allen Mitgliedstaaten aufzuerlegen, was, wie gezeigt, der Richtlinie widerspräche. Das Vorbringen der fünf Mitgliedstaaten und der Kommission ist recht überzeugend.

43. Ähnlich hatten sich einige Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich und das Vereinigte Königreich) sowie die Kommission vor dem EFTA-Gericht in der Sache Mag Instrument Inc./California Trading Company Norway, Ulsteen [15] eingelassen. Dort ging es um die Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie, insbesondere die Frage der internationalen Erschöpfung in bezug auf die EFTA-Staaten. Wie erwähnt wurde Artikel 7 Absatz 1 für die Zwecke des EWR-Abkommens auf Waren erstreckt, die in dem EWR in den Verkehr gebracht wurden. Das EFTA-Gericht führte aus,

dieses Vorbringen sei für die EFTA-Staaten zurückzuweisen. Im Gegensatz zum EG-Vertrag schaffe das EWR-Abkommen keine Zollunion. Sinn und Zweck des EG-Vertrags und des EWR-Abkommens seien unterschiedlich (vgl. Gutachten 1/91 des EuGH zum Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des europäischen Wirtschaftsraumes, Slg. 1991, I-6079). Das EWR-Abkommen schaffe namentlich keine Zollunion, sondern eine Freihandelszone.

Diese Unterschiede zwischen der Gemeinschaft und dem EWR wirkten sich auf die Anwendung des Grundsatzes der Erschöpfung von Markenrechten aus. Nach Artikel 8 des EWR-Abkommens gelte der Grundsatz des freien Warenverkehrs, wie er in den Artikeln 11 bis 13 des EWR-Abkommens niedergelegt sei, nur für Ursprungswaren des EWR, während in der Gemeinschaft Waren im freien Verkehr seien, sobald sie in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden seien. Das letztere gelte im Zusammenhang des EWR ganz allgemein nur für Ursprungswaren des EWR. Im vorliegenden Fall gehe es um Waren, die in den Vereinigten Staaten hergestellt und nach Norwegen importiert worden seien. Sie unterlägen daher nicht dem Grundsatz des freien Warenverkehrs innerhalb des EWR [16].

44. Das EFTA-Gericht kam zu dem Ergebnis, es sei Sache der EFTA-Staaten — ihrer Gesetzgeber oder Gerichte —, zu entscheiden, ob sie den Grundsatz der internationalen Erschöpfung für Waren mit Ursprung außerhalb des EWR einführen oder aufrechterhalten wollten. Die Frage von Ursprungswaren des EWR erörterte das EFTA-Gericht nicht.

Artikel 100a EG-Vertrag

45. Schweden trägt in der vorliegenden Rechtssache im Gegensatz zu den anderen Mitgliedstaaten vor, die Richtlinie überlasse

15 — Rechtssache E-2/97, Gutachten vom 3. Dezember 1997.

16 — Randnrn. 25 und 26 des Gutachtens.

die Frage der internationalen Erschöpfung der Regelung durch nationales Recht. Eine Richtlinie, die nur auf Artikel 100a EG-Vertrag gestützt sei, könne die Frage der internationalen Erschöpfung nicht regeln. Diese betreffe die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern; nach dem Gutachten 1/94 zum WTO-Abkommen [17] stehe zudem die auswärtige Zuständigkeit in Fragen gewerblicher Schutzrechte nicht ausschließlich der Gemeinschaft zu.

46. Zwischen handelspolitischen Maßnahmen einerseits und Vorschriften über die Wirkungen von Markenrechten innerhalb der Gemeinschaft andererseits muß jedoch unterschieden werden. Sicherlich wirkt sich der Ausschluß der internationalen Erschöpfung auf den Außenhandel aus; fraglich ist aber, ob er diesen Handel tatsächlich regelt. Entgegen dem Vortrag Schwedens würde die Richtlinie, wenn ihr das Verbot der internationalen Erschöpfung entnommen würde, nicht „die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und dritten Staaten regeln". Sie regelt vielmehr die Rechte von Markeninhabern in der Gemeinschaft. Sie regelt die Voraussetzungen, unter denen ein Markeninhaber gegen das Inverkehrbringen bestimmter Waren vorgehen kann, die aus Drittländern eingeführt worden sein mögen, aber nicht müssen. Zudem läßt sich gar nicht vermeiden, daß Binnenmarktmaßnahmen Einfuhren aus Drittländern berühren. Maßnahmen zur Angleichung technischer Normen werden Waren aus Drittländern berühren, können aber auf Artikel 100a EG-Vertrag gestützt werden.

47. Die Frage nach dem Gutachten 1/94 und der Außenzuständigkeit der Gemeinschaft würde sich nur stellen, wenn Verhandlungen mit Drittländern über die internationale Erschöpfung geführt werden sollten. Handelspolitische Erwägungen und die Sorge, daß es an der Gegenseitigkeit fehlen könnte, gehörten sicherlich zu den Gründen, aus denen die Bestimmung über die internationale Erschöpfung im ursprünglichen Vorschlag der Kommission nicht aufrechterhalten wurde. Solche gesetzgeberische Erwägungen beschränken den Anwendungsbereich einer auf Artikel 100a gestützten Maßnahme jedoch nicht. Sie führen insbesondere nicht zu dem Schluß, daß eine auf Artikel 100a gestützte Maßnahme nicht dahin ausgelegt werden könnte, daß sie die internationale Erschöpfung regelt. Auf der Grundlage von Artikel 100a kann die Gemeinschaft die Rechte von Markeninhabern innerhalb der Gemeinschaft für mit ihrer Marke versehene Waren unabhängig davon regeln, ob diese innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden.

Die Ursprungsfunktion der Marken

48. Schweden stützt sich weiter auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Funktion von Marken. Ihre Funktion sei es

17 — Gutachten vom 15. November 1994 (Slg. 1994, I-5267).

in erster Linie, dem Verbraucher zu garantieren, daß er den Ursprung von Waren feststellen könne. Nicht Funktion der Marke sei es, ihrem Inhaber zu erlauben, die Märkte aufzuspalten und Preisunterschiede auszunutzen. Der Grundsatz der internationalen Erschöpfung brächte den Verbrauchern erhebliche Vorteile und förderte den Preiswettbewerb.

49. Dieses Vorbringen ist sehr attraktiv. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Funktion von Marken wurde jedoch im Zusammenhang der Gemeinschaft, nicht des Weltmarktes entwickelt. In der Rechtssache EMI/CBS entschied der Gerichtshof sogar, seine Rechtsprechung zu den Artikeln 30 bis 36 lasse sich auf Einfuhren aus Drittländern nicht übertragen [18]. Die Beschränkung des Schutzes von Markenrechten durch Beschreibung ihrer wesentlichen Funktion war erforderlich, um Beschränkungen des Handels zwischen Mitgliedstaaten zu verhindern.

50. Solche zwingenden Erwägungen finden auf Einfuhren aus Drittländern keine Anwendung. Ganz im Gegenteil würde es gerade zu Handelsschranken zwischen Mitgliedstaaten führen, wenn diese sich für die internationale Erschöpfung entscheiden könnten.

18 — Urteil vom 15. Juni 1976 in der Rechtssache 51/75 (EMI Records/CBS United Kingdom, Slg. 1976, 811).

51. Ein starkes Argument kann noch auf die Sorge um den internationalen freien Warenverkehr gestützt werden. In der Lehre wird das Verbot der internationalen Erschöpfung teilweise als protektionistisch und deshalb schädlich betrachtet [19]. Jedoch können handelspolitische Erwägungen komplexer sein, als diese Lehre in Rechnung stellt. Auf Sorgen wegen eines möglichen Fehlens der Gegenseitigkeit, wenn die Gemeinschaft einseitig die internationale Erschöpfung vorschriebe, habe ich bereits angespielt. Letztlich ist es jedoch nicht Aufgabe des Gerichtshofes, solche politischen Erwägungen zu bewerten.

52. Auch der Preiswettbewerb und die Vorteile für die Verbraucher müssen der Gefahr für die Integrität des Binnenmarktes gegenübergestellt werden. Diese Integrität wäre erheblich gefährdet, wenn ein Mitgliedstaat die internationale Erschöpfung vorschriebe, ein anderer aber nicht. Nur Verbraucher im ersten Staat kämen in den Genuß niedrigerer Preise für Einfuhren aus Drittländern. Der Preiswettbewerb innerhalb des Binnenmarktes würde verzerrt.

53. Die Entscheidung des Gerichtshofes über die internationale Erschöpfung wird zudem die mögliche Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags nicht beschränken. Sie wird nicht die Möglichkeit

19 — Für die internationale Erschöpfung sprechen sich (mehr oder weniger weitgehend) u. a. aus Friedrich-Karl Beier, IIC 1990, S. 131; Jesper Rasmussen, EIPR 1995, S. 174; Nicholas Shea, EIPR 1995, S. 463; D. W. F. Verkade, „Extra-communautaire parallelimport en rechten van intellectuele eigendom", SEW 1997, S. 304.

ausschließen, daß Artikel 85 und 86 EG-Vertrag auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder das einseitige Verhalten eines beherrschenden Unternehmens Anwendung finden, bei denen es um die Aufteilung der Märkte geht [20].

54. Schließlich ist nicht zu vergessen, daß einige Mitgliedstaaten und einige Drittländer die internationale Erschöpfung nicht praktizieren und daß dies nicht als Verstoß gegen das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) angesehen wurde. Durch das WTO-Abkommen hat sich insoweit nichts geändert. Anhang 1C — Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPs) [21] — sieht in Artikel 6 vor, daß für die Zwecke der Streitbeilegung im Rahmen dieses Übereinkommens dieses (vorbehaltlich bestimmter Bestimmungen) nicht dazu verwendet werden dürfe, die Frage der Erschöpfung von Rechten des geistigen Eigentums zu behandeln [22].

Die Gemeinschaftsmarke

55. Hinweise zur Auslegung der Richtlinie lassen sich auch der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke [23] entnehmen. Diese Verordnung sieht eine einheitliche Gemeinschaftsmarke für die gesamte Gemeinschaft vor; sie wurde gleichzeitig mit der Richtlinie entworfen und enthält eine nahezu identische Bestimmung über die Erschöpfung.

56. Nach Artikel 1 Absatz 2 ist „die Gemeinschaftsmarke ... einheitlich". Weiter heißt es dort:

„Sie hat einheitliche Wirkung für die gesamte Gemeinschaft: Sie kann nur für dieses gesamte Gebiet eingetragen oder übertragen werden oder Gegenstand eines Verzichts oder einer Entscheidung über den Verfall der Rechte des Inhabers oder die Nichtigkeit sein, und ihre Benutzung kann nur für die gesamte Gemeinschaft untersagt werden. Dieser Grundsatz gilt, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist."

57. Artikel 13 — Erschöpfung des Rechts aus der Gemeinschaftsmarke — lautet wie folgt:

„(1) Die Gemeinschaftsmarke 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.

20 — Zur möglichen Anwendung des Artikels 85 siehe z. B. Urteil EMI/CBS (zitiert in Fußnote 18), und jüngst Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache C-306/96, Javico International, vom 6. November 1997.

21 — ABl. 1994, L 336, S. 213.

22 — Zu Artikel 50 TRIPs — Einstweilige Maßnahmen — siehe Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro vom 13. November 1997 in der Rechtssache C-53/96, Hermès International/FHT Marketing Choice BV.

23 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1).

(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."

58. Mit Ausnahme der Bezugnahme auf die „Gemeinschaftsmarke" ist Artikel 13 der Verordnung somit wortgleich mit Artikel 7 der Richtlinie.

59. Wie im Fall der Richtlinie hatte der ursprüngliche Vorschlag der Kommission für die Verordnung die internationale Erschöpfung vorgesehen; auch dieser Vorschlag wurde jedoch geändert; die Verordnung sieht eine Erschöpfung nur für Waren vor, die „in der Gemeinschaft" in den Verkehr gebracht worden sind. Auch die Verordnung läßt sich daher nicht dahin verstehen, daß sie die internationale Erschöpfung vorschreibt. Auch hier muß entschieden werden, ob sie die internationale Erschöpfung verbietet oder die Frage den Mitgliedstaaten überläßt.

60. Bei der Verordnung läßt sich jedoch kaum vertreten, daß den Mitgliedstaaten ein Entscheidungsspielraum zukommt. Während die Richtlinie, wie dargelegt, nationales Recht nur teilweise angleicht, regelt die Verordnung Voraussetzungen und Wirkungen der Gemeinschaftsmarke abschließend. Zudem heißt es in Artikel 14 Absatz 1: „Die Wirkung der Gemeinschaftsmarke bestimmt sich ausschließlich nach dieser Verordnung"; nur die Verletzung einer Gemeinschaftsmarke unterliegt gemäß Titel X der Verordnung nationalem Recht; dieser Titel betrifft nur Zuständigkeit und Verfahren für Klagen, die Gemeinschaftsmarken betreffen.

61. Daher läßt sich nicht vertreten, daß die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, sich für die internationale Erschöpfung zu entscheiden. Damit stellt sich die Frage, ob die Erschöpfungsvorschriften der Verordnung und der Richtlinie ungeachtet ihrer gemeinsamen Entstehungsgeschichte und ihres gleichen Wortlauts unterschiedlich ausgelegt werden können. Natürlich gibt es bekannte Beispiele dafür, daß gleiche Bestimmungen in unterschiedlichem Zusammenhang unterschiedlich ausgelegt wurden. Das gilt namentlich im Zusammenhang des EG-Vertrags einerseits, eines Freihandelsabkommens andererseits, wie z. B in der Rechtssache Polydor/Harlequin Record Shops [24]. Das erwähnte Gutachten des EFTA-Gerichts [25] bietet ein weiteres Beispiel für die Gründe, aus denen in einem anderen Zusammenhang eben die Bestimmung, um die es hier geht, anders verstanden wurde. In der vorliegenden Rechtssache ist der Zusammenhang jedoch sowohl für die Verordnung wie für die Richtlinie der Binnenmarkt der Gemeinschaft. Auch wenn sich sagen ließe, daß die Ziele der beiden Rechtshandlungen unterschiedlich sind, da die Richtlinie nur auf eine beschränkte Angleichung ziele, so

24 — Urteil vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 270/80 (Slg. 1982, 329).

25 — Zitiert in Fußnote 15.

stützt die Verordnung doch zumindest zusätzlich die Auffassung, daß die Richtlinie die internationale Erschöpfung ausschließt.

62. Aufgrund des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie, der Materialien, der gleichlautenden Bestimmung in der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke und der unerwünschten Wirkungen, die es hätte, würde die Fragen den Mitgliedstaaten zur Entscheidung überlassen, komme ich somit zu dem Ergebnis, daß Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten verbietet, den Grundsatz der internationalen Erschöpfung einzuführen.

63. Auf die erste Frage ist somit zu antworten, daß der Markeninhaber nach Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie einem Dritten verbieten kann, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke außerhalb des Gebietes des EWR in den Verkehr gebracht worden sind. Den Mitgliedstaaten ist es somit untersagt, den Grundsatz der internationalen Erschöpfung einzuführen.

Frage 2

64. Die zweite Frage des Obersten Gerichtshofes geht dahin, ob Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie für sich allein Grundlage einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung eines Unterlassungsanspruchs eines Markeninhabers sein kann, der den Verkauf von Waren verboten sehen will, die sich ohne seine Zustimmung in der Gemeinschaft im freien Verkehr befinden. Nach dem Vorlagebeschluß und einem späteren Schreiben des vorlegenden Gerichts stellt sich diese Frage aus den folgenden Gründen.

65. Das österreichische Markenrecht sieht keinen Unterlassungsanspruch gegen einen Markeneingriff vor. Wegen eines Markeneingriffs kann jedoch Unterlassung nach § 9 UWG begehrt werden. Nach § 9 Absatz 1 UWG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Unternehmens in einer Weise benützt, die geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient. Der besonderen Bezeichnung stehen registrierte Marken gleich (§ 9 Absatz 3 UWG). Nach österreichischem Recht kann Unterlassung nach § 9 UWG jedoch nicht zur Verhinderung von Parallelimporten begehrt werden, da nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes keine Verwechslungsgefahr im Sinne dieser Bestimmung besteht, wenn es sich um Originalwaren des Markeninhabers handelt.

66. Zwei andere österreichische Rechtsgrundlagen, auf deren Grundlage eine Unterlassung begehrt werden könnte, sind wohl nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Dabei handelt es sich um § 1 UWG und um § 43 ABGB. Nach § 1 UWG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Sittenwidrig in diesem Sinne kann auch ein Gesetzesverstoß sein. Der Gesetzesverstoß muß jedoch subjektiv vorwerfbar und geeignet sein, dem gesetzwidrig Handelnden einen Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. § 43 ABGB räumt einen Unterlassungsanspruch ein, wenn jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt wird.

67. Da diese Bestimmungen nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes keine Grundlage für einen Unterlassungsanspruch im vorliegenden Fall darstellen, sieht sich das vorlegende Gericht außerstande, dem Verfügungsantrag der Klägerin zu entsprechen, wenn dieser sich nicht aus dem Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 der Markenrichtlinie ergeben sollte. Könne Artikel 7 Absatz 1 in dieser Weise ausgelegt werden, so könne das vorlegende Gericht dem Antrag auf der Grundlage des § 10a MSchG entsprechen, da diese beiden Bestimmungen praktisch wortgleich seien. Die Frage sei nicht, ob Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie Direktwirkung habe, da diese Bestimmung nahezu wortgleich in österreichisches Recht umgesetzt worden sei. Vielmehr gehe es um die richtige Auslegung dieser Bestimmung. Obwohl Artikel 5 der Richtlinie, nicht Artikel 7, dem Markeninhaber materielle Rechte verleiht, zieht der Oberste Gerichtshof wohl nur die Auslegung der letzteren Bestimmung in Betracht, da Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a nicht in österreichisches Recht umgesetzt wurde.

68. Unabhängig von der Frage, ob die einzelnen Bestimmungen einer Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wurden, und unabhängig von der möglichen Direktwirkung dieser Bestimmungen — die im Falle unterbliebener Umsetzung nur gegen den Staat und öffentliche Stellen angezogen werden kann — sind die nationalen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung verpflichtet, das gesamte nationale Recht in Betracht zu ziehen, um soweit irgendmöglich sicherzustellen, daß das von der Richtlinie vorgeschriebene Ergebnis erreicht wird [26]. Diese Pflicht erfaßt nicht nur nationales Recht, das spezifisch zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurde, sondern auch anderes nationales Recht, selbst wenn es vor der Richtlinie erlassen wurde. Zu eben der Bestimmung, um die es im vorliegenden Fall geht, führte der Gerichtshof aus:

„... muß jedoch ein nationales Gericht, soweit es nationales Recht — gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt — bei dessen Anwendung auszulegen hat, seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und am Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit

26 — Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135).

der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 Absatz 3 EG-Vertrag nachzukommen" [27].

69. Daher ist das nationale Markenrecht unabhängig davon, ob es zur Umsetzung aller Bestimmungen der Richtlinie geändert wurde, in Einklang mit dieser auszulegen. Ist eine solche Auslegung möglich, so sind die nationalen Gerichte verpflichtet, Marken so zu schützen, als ob alle Bestimmungen der Richtlinie spezifisch und ausdrücklich in nationales Recht umgesetzt worden wären.

70. Obwohl also im vorliegenden Fall Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie, der dem Markeninhaber ausschließliche Rechte gewährt, anscheinend nicht in österreichisches Recht umgesetzt wurde, sind die Gerichte gleichwohl, soweit irgendmöglich, verpflichtet, österreichisches Recht im Licht des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe a auszulegen. Nach Artikel 5 Absatz 1 gestattet es das Markenrecht dem Inhaber, „Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung" die Marke zu benutzen. Der Wortlaut des Artikels 5 Absatz 1 sieht somit einen Anspruch des Markeninhabers auf eine gerichtliche Entscheidung vor, die die Benutzung verbietet. Wo nationales Recht eine solche Entscheidung kennt, muß sie im Falle eines Markeneingriffs im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 der Richtlinie unabhängig davon erlassen werden, ob sie sich im Markenrecht oder in einem anderen Bereich wie dem Recht des unlauteren Wettbewerbs findet.

71. Zudem gibt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, nach dem nationale Gerichte für die Vollstreckung von Gemeinschaftsrechten wirksame Mittel bereitstellen müssen. Zwei Grundsätze sind namentlich zu nennen: daß das nationale Recht über Rechtsbehelfe für die Ausübung von Gemeinschaftsrechten nicht weniger günstig sein darf als jenes für nationale Rechte; und daß die Ausübung von Gemeinschaftsrechten nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf [28]. Es ist durchaus möglich, daß die Verweigerung des Rechtsbehelfs, um den es im vorliegenden Fall geht, nämlich einer einstweiligen Verfügung, unter den Umständen des vorliegenden Falles gegen beide Erfordernisse verstieße.

72. Zu einstweiligen Verfügungen hat der Gerichtshof entschieden, daß nationale Gerichte vorläufigen Rechtsschutz für Gemeinschaftsrechte unter Umständen auch dann gewähren müssen, wenn sie dies nach

27 — Urteil vom 11. Juli 1996 in den Rechtssachen C-232/94 (MPA Pharma, Slg. 1996, I-3671, Randnr. 12).

28 — Siehe z. B. Urteil vom 14. Dezember 1995 in den Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (Van Schijndel und van Veen, Slg. 1995, I-4705).

nationalem Recht nicht könnten [29]. Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wäre gefährdet, wenn nationales Recht ein nationales Gericht daran hindern könnte, vorläufigen Rechtsschutz bis zur Endentscheidung des nationalen Gerichts zu gewähren [30]. Das gleiche muß auch für ein Urteil auf Unterlassung gelten: Auch diesen Rechtsbehelf muß das nationale Recht gewähren, wo es erforderlich ist, um den wirksamen Schutz gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte zu sichern.

Antrag

73. Deshalb sollten die Fragen des Obersten Gerichtshofes wie folgt beantwortet werden:

1. Nach Artikel 7 Absatz 1 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken gewährt die Marke ihrem Inhaber das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

2. Auch wenn von den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie nur Artikel 7 Absatz 1 spezifisch in nationales Recht umgesetzt wurde, hat der Inhaber der Marke Anspruch auf eine Verfügung, die Dritten verbietet, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

29 — Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame u. a., Slg. 1990, I-2433).

30 — Randnr. 21.