SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 15. MAI 1974 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Einleitung

In der vorliegenden Rechtssache stellt sich unter neuen Begleitumständen ein Problem, mit dem Sie sich bereits im Laufe der vergangenen Jahre auseinanderzusetzen hatten.

Es geht um das Verhältnis zwischen den Rechten zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums einerseits und den Vorschriften des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Wettbewerbs und des freien Warenverkehrs andererseits.

Zwar unterscheiden sich die gewerblichen Schutzrechte inhaltlich, je nachdem, ob es sich um Erfinderpatente, den Schutz von know-how oder aber von Warenzeichen handelt, doch weisen alle Regelungen einen gemeinsamen Zug auf: sie vermitteln dem Inhaber ein Ausschließlichkeitsrecht, das sich von Natur aus auf die Wettbewerbsbedingungen auswirkt.

Der so gewährte Schutz beschränkt sich auf das staatliche Hoheitsgebiet, ist also geeignet, den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt zu behindern.

Das Kernproblem liegt somit in dem Aufeinanderprallen von gewerblichem Schutzrecht, einem nationalen Recht mit territorial beschränkter Geltung, und Gemeinschaftsrecht, dessen Wirksamkeit auf der einheitlichen Anwendung in sämtlichen Mitgliedstaaten beruht und das im Konfliktsfalle dem nationalen Recht vorgeht.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen dem Bestand des Gemeinsamen Marktes und den gewerblichen Schutzrechten haben Sie übrigens in Ihren Urteilen vom 29. Februar 1968 (24/67, Parke-Davis — Slg. 1968, 86) und vom 18. Februar 1971 (40/70, Sirena — Slg. 1971, 69) ausdrücklich mit der Feststéllung bestätigt, solange die einzelstaatlichen Vorschriften für den Schutz des gewerblichen Eigentums in der Gemeinschaft noch nicht vereinheitlicht seien, könnten sich aus der Begrenzung des Schutzbereichs des gewerblichen Eigentums auf den Einzelstaat Hindernisse für den freien Verkehr von patentierten Erzeugnissen bzw. Markenartikeln und für den freien Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes ergeben.

Dieses Spannungsverhältnis bildet auch heute den Ausgangspunkt für das Vorabentscheidungsersuchen, mit dem sich das Tribunal d'arrondissement Luxemburg, Kammer für Handelssachen, anläßlich eines Rechtsstreits an Sie wendet, in dem es um eine allgemein bekannte Marke deutschen Ursprungs geht, die am Ende des Zweiten Weltkrieges sequestriert und anschließend im Wege der Enteignung entzogen wurde. Zu jener Zeit allerdings war diese Marke nicht mehr für das deutsche Unternehmen eingetragen, da dieses sie zuvor für Belgien und das Großherzogtum Luxemburg auf eine 1927 in Brüssel gegründete Tochtergesellschaft übertragen hatte.

I — Sachverhalt

Die Parteien des Ausgangsverfahrens haben Ihnen in der mündlichen Verhandlung versichert, daß zwischen ihnen im rein Tatsächlichen keine Meinungsverschiedenheiten bestehen. Ihr Streit betrifft die rechtlichen Folgerungen, die aus dem gegebenen Sachverhalt zu ziehen sind.

Deshalb will ich kurz ins Gedächtnis zurückrufen, unter welchen Umständen sich das Gericht in Luxemburg veranlaßt

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

gesehen hat, Ihnen zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Die Hag AG aus Bremen, die zu Beginn des Jahrhunderts als erste Firma Patente für ein Verfahren zur Herstellung koffeinfreien Kaffees erwarb, meldete für sich in zahlreichen Ländern Warenzeichen an, die die Wortzusammensetzung „Kaffee Hag", verbunden mit der bildlichen Darstellung eines Herzens oder eines Rettungsringes enthielten.

Diese Zeichen wurden in Belgien und im Großherzogtum bereits 1908 eingetragen. Seit 1925 waren sie gemäß dem Madrider Marken-Abkommen auch auf internationaler Ebene in Bern hinterlegt.

Den Vertrieb von Kaffee Hag auf dem belgischen und dem luxemburgischen Markt besorgte zunächst ein Generalvertreter des deutschen Unternehmens, seit 1927 dagegen eine in Brüssel gegründete Unternehmenstochter, die Café Hag SA, die in vollem Umfang von der Muttergesellschaft kontrolliert wurde.

Diese Tochtergesellschaft wurde nach und nach mit eigenen Produktionsmitteln ausgestattet und war schon bald in der Lage, allein die Nachfrage in Belgien und Luxemburg zu decken.

Im Jahre 1934 übertrug die Firma Hag AG ihre Warenzeichen für diese Länder zusammen mit ihren Verfahren zur Herstellung koffeinfreien Kaffees auf ihre belgische Tochtergesellschaft.

Im Jahr darauf wurden auf internationaler Ebene entsprechend der Ausführungsordnung zum Madrider Abkommen die verfahrensrechtlichen Folgerungen aus der Übertragung gezogen: die internationale Marke Hag Bremen wurde für Belgien und Luxemburg gelöscht; in diesen Staaten wurden neue nationale Marken auf den Namen Café Hag SA angemeldet.

Was immer die eigentlichen Motive für diese Transaktion gewesen sein mögen — Aufteilung der Märkte zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, Abhilfe für die auf wachsenden Protektionismus zurückzuführenden Schwierigkeiten oder Vorsorge für die seinerzeit im Wirtschaftsbereich absehbaren Risiken eines drohenden Konflikts in Europa — steht jedenfalls fest, daß die auf dem belgisch-luxemburgischen Markt seitdem angebotene Ware allein von der Firma Café Hag in Brüssel hergestellt und unter deren Warenzeichen vertrieben wurde.

An dieser Lage änderte sich bis zum Ende des Krieges nichts.

Nach der Befreiung Belgiens wurde die Aktiengesellschaft Café Hag von der belgischen Verwaltung als Feindvermögen sequestriert. In Ausführung der Schlußakte der Pariser Konferenz über Reparationen vom 14. Januar 1946, deren Artikel 6 die Signatarmächte, darunter Belgien, verpflichtete, deutsche Vermögensgegenstände und vermögenswerte Rechte zu verwerten, veräußerte die Sequestrationsbehörde die Gesellschaftsaktien an die belgische Familie Van Oevelen, die auf diese Weise Inhaberin des Unternehmens wie auch der auf dessen Namen eingetragenen Warenzeichen wurde.

Diese Marken, die unter der Neuregelung des für Benelux einheitlichen Gesetzes mit bestätigender Wirkung erneut angemeldet worden waren, wurden losgelöst vom Betrieb der Firma Hag auf die Firma Van Zuylen Frères (Kaffee-Erzeugnisse Chat Noir) übertragen. Diese Abtretung wurde am 25. April 1972 dem Benelux-Büro für Markenschutz mitgeteilt.

Die Hag AG aus Bremen erwarb nach dem Kriege ihrerseits eigene Rechte an den Marken „Café Hag" für Belgien und das Großherzogtum, ihre Anmeldung erfolgte aber eindeutig später als für die Zeichen, die Van Zuylen Frères heute für sich in Anspruch nimmt. Sie versuchte ferner, sich ihre Position auf dem belgisch-luxemburgischen Markt dadurch zurückzuerobern, daß sie ihre Waren unter dem von ihr angemeldeten Warenzeichen „Decofa" in den Verkehr brachte, doch scheint dieser Versuch mißlungen zu sein.

Daher entschloß sie sich im Mai 1972, unter Einschaltung eines luxemburgischen Vertragshändlers in Luxemburg Hag-Kaffee-Extrakt unter ihrem Namen zu vertreiben. Diese Direkteinfuhren ver-

anlaßten die Firma Van Zuylen, eine erste Klage wegen Verletzung ihrer Zeichenrechte zu erheben.

Ohne Van Zuylen deren Rechte aus dem Warenzeichen „Hag" in Belgien und Luxemburg streitig zu machen, stellte sich die deutsche Gesellschaft auf den Standpunkt, diese Rechte könnten ihr nicht entgegengehalten werden, denn auf Grund der nach 1945 erfolgten Eintragungen auf internationaler und auf Benelux-Ebene habe sie gleichrangige Rechte erworben.

Als Antwort auf diese Rechtsbehauptung erhob Van Zuylen am 4. April 1973 eine zweite Klage mit dem Antrag festzustellen, daß die von der Hag AG bewirkten Zeicheneintragungen in Belgien und Luxemburg unwirksam sind.

Demgegenüber machte die Beklagte vor dem luxemburgischen Richter geltend, Van Zuylen besitze keinen Rechtstitel, denn es handle sich um abgeleitete Rechte aus einer Übertragungsvereinbarung, die wegen Verstoßes gegen Artikel 85 des Vertrages von Rom nichtig sei. Bei diesem Stand des Verfahrens beantragten die Parteien beim Gericht in Luxemburg einverständlich, dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung eine erste Frage vorzulegen, die inhaltlich allerdings über den engen Bereich des Wettbewerbsrechts hinausgreift, da mit ihr nicht allein die Auslegung des Artikels 85, sondern auch der Artikel 5, 30 ff. und insbesondere auch des Artikels 36 des Vertrages, die den freien Warenverkehr betreffen, angesprochen wird.

Im Vorlageurteil werden Sie um Entscheidung darüber ersucht, ob diese oder jene der genannten Bestimmungen sich dahin auswirken, daß sie dem jetzigen Inhaber eines Warenzeichens in einem Mitgliedstaat A der Gemeinschaft — vorliegend Van Zuylen im Großherzogtum — gestatten, sich in diesem Staat unter Berufung auf sein Zeichenrecht der Einfuhr von Waren unter dem gleichen Zeichen aus einem Mitgliedstaat B durch den Inhaber des Zeichens in diesem anderen Land — d. h. die Hag AG in Deutschland — zu widersetzen.

Um die tatsächlichen Gegebenheiten, an die die Frage anknüpft, näher zu umreißen, legt der luxemburgische Richter im einzelnen dar:

— daß das fragliche Warenzeichen vom Erstinhaber im Mitgliedstaat B aufgrund von *Vereinbarungen* aus der Zeit vor Inkrafttreten des Vertrages auf eine von ihm im Mitgliedstaat A errichtete Tochtergesellschaft übertragen worden ist;

— daß diese Tochtergesellschaft 1944 im Staat A sequestriert und anschließend mitsamt Warenzeichen einem Dritten — hier: Van Oevelen — überlassen worden ist;

— daß dieser Dritte seinerseits das Zeichen auf den gegenwärtigen Inhaber im Staat A — die Firma Van Zuylen Frères — übertragen hat;

— daß zwischen dem Inhaber des abgeleiteten und dem Inhaber des originären Zeichens in den Staaten A und B keinerlei rechtliche, finanzielle, technische oder wirtschaftliche Verbindung besteht.

Die zweite Frage, die Ihnen zur Vorabentscheidung vorgelegt wird, erklärt sich aus einem Antrag auf Zulassung als Nebenintervenient, den ein deutscher Kaufmann, der unmittelbar von der Hag AG in Bremen gekauften Hag-Bohnenkaffee nach Luxemburg eingeführt hatte, unter der Firma Joachim Kunde beim Gericht in Luxemburg zur Wahrung seines Rechts auf weitere Einfuhren gestellt hatte.

Ohne sich zur Zulässigkeit dieser Intervention zu äußern, ersucht das vorlegende Gericht Sie um die Beantwortung der weiteren Frage, ob es einen Unterschied ausmacht, wenn der Verkauf der Ware im Mitgliedstaat A nicht durch den Inhaber des originären Zeichens, sondern durch einen Importeur geschieht, der die Ware im Mitgliedstaat B vom originären Zeicheninhaber ordnungsgemäß erworben hat.

Unter Hinweis auf das Einvernehmen der Parteien über den Wortlaut des Vorabentscheidungsersuchens beschränkt sich

das Tribunal d'Arrondissement somit auf Fragen, die die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen und ganz unmittelbar an Lösungen anknüpfen, wie sie sich in Ihren Urteilen vom 18. Februar 1971 (Sirena, a.a.O.) und vom 8. Juni 1971 (Deutsche Grammophon — Slg. 1971, 487) vorgezeichnet finden.

Obgleich die Kommission geglaubt hat, dieses Problem anschneiden zu müssen, halte ich es für unnötig zu untersuchen, ob eine Regelung „de lege ferenda" es gegebenenfalls ermöglichen würde, den Konflikt zwischen Van Zuylen und der Hag AG zu lösen. Insbesondere erscheint es mir müßig, Überlegungen anzustellen, ob die Bestimmungen in Artikel 12 Absätze 1 und 2 des Vorentwurfes eines Übereinkommens über das europäische Markenrecht vorliegend einschlägig wären.

Die Kommission räumt ohnehin ein, daß die gegenwärtig vorliegende Fassung dieses Artikels zur Lösung des Problems der nach dem Kriege enteigneten Marken nichts beiträgt.

Wie dem auch immer sei, es handelt sich lediglich um einen von einer Sachverständigengruppe ausgearbeiteten Vorentwurf, aus dem sich keine schlüssigen Anhaltspunkte für die Auslegung des Vertrages gewinnen lassen.

Um diese Auslegung aber werden Sie ersucht; ihr will ich mich daher nach einem Blick auf die Wettbewerbsvorschriften des Artikels 85 und die den freien Warenverkehr beherrschenden Grundsätze zuwenden.

II — Anwendung des Artikels 85 des Vertrages

Artikel 85 des Vertrages besagt nichts über das Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregelung zu den nationalen Rechtsvorschriften über Warenzeichen.

Indessen hatten Sie in den Rechtssachen Grundig-Consten (EuGH 13. 7. 1966 — Slg. 1966, 322) und Sirena (EuGH 18. 2. 1971, a.a.O.) Gelegenheit, sich zur Vereinbarkeit von Markenrechten mit den vertraglichen Wettbewerbsbestimmungen zu äußern.

Die Frage, die es zu klären gilt, lautet, ob für den Fall, daß eine nationale Rechtsvorschrift dem Inhaber eines Warenzeichens das Recht zubilligt, die Einfuhr mit dem gleichen Zeichen versehener Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu unterbinden, das Gemeinschaftsrecht auf den Umfang dieses Rechts einzuwirken vermag.

Diese Frage haben Sie bejaht, wobei Sie sich von einem im Wettbewerbsbereich geltenden Grundsatz haben leiten lassen, der besagt, daß die durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates dem Inhaber von Warenzeichen eingeräumten Rechte zwar in ihrem Bestand nicht durch die Artikel 85 ff. berührt werden, daß ihre *Ausübung* aber durchaus diesen Verbotsbestimmungen unterfallen kann. Hierbei haben Sie sich übrigens Erwägungen zu eigen gemacht, wie sie die Kommission in der Verordnung Nr. 67/67 zum Ausdruck brachte, als sie, ohne das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und den gewerblichen Schutzrechten präjudizieren zu wollen, die Absicht bekundete, sie werde es nicht zulassen, daß gewerbliche Schutzrechte mißbraucht würden, um einen absoluten Gebietsschutz herbeizuführen.

Nun ist nicht zweifelhaft, daß sich die Ausübung des Warenzeichenrechts für eine Aufteilung oder eine Abriegelung der nationalen Märkte, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, geradezu anbietet. Auf diese Weise kann sie letztlich die Hauptziele des Gemeinsamen Marktes — die Schaffung eines einheitlichen Marktes ebenso wie auch den freien Warenverkehr — vereiteln.

Bei Artikel 85 darf indessen nicht übersehen werden, daß diese Bestimmung, um ins Spiel gebracht zu werden, eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder doch wenigstens aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen voraussetzt.

Diese erste Voraussetzung war in der Rechtssache Grundig-Consten zweifellos

erfüllt. Denn parallel zu einem Alleinvertriebsvertrag hatten die Firma Grundig und Consten eine Zusatzvereinbarung getroffen, in der die deutsche Firma ihrem Vertriebspartner die Erlaubnis erteilte, in Frankreich auf seinen Namen das Warenzeichen „Gint" anzumelden. Somit erwarb der letztere zwar die Rechte aus diesem Zeichen, doch geschah das aufgrund einer „Vereinbarung", deren offensichtlicher Zweck es war, den absoluten Gebietsschutz, den Consten genoß, noch zu verstärken.

Hiermit war das für die Anwendung des Artikels 85 geforderte Merkmal der Abstimmung nachgewiesen.

In der Rechtssache Sirena sind Sie einen Schritt weiter gegangen.

Denn nach der Feststellung, daß das Warenzeichenrecht als Rechtsinstitut an sich die Tatbestandsmerkmale der Vereinbarung oder Abstimmung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 nicht zu erfüllen vermag, haben Sie ausgeführt, daß „seine Ausübung immer dann unter die Verbotsvorschriften des Vertrags fallen [kann], wenn sich herausstellt, daß sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist".

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Ausübung des Zeichenrechts unter Artikel 85 fällt, wenn sie den eigentlichen Gegenstand einer derartigen Vereinbarung ausmacht. Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn in einem Lizenzvertrag der Inhaber des Warenzeichens dem Lizenznehmer Beschränkungen wie etwa Preisbindungen oder Produktionsquoten auferlegt, die durch den Schutzumfang des Rechts nicht mehr gedeckt werden.

Gleiches gilt, wenn bei mehrfacher Lizenzvergabe der Lizenzgeber seinen Lizenznehmern die Verpflichtung abverlangt, nicht zu exportieren, damit jedem von ihnen der absolute Gebietsschutz erhalten bleibt.

Dagegen ist es — von besonders gelagerten Fällen abgesehen — bei schlichter Abtretung des Warenzeichenrechts schwieriger, eine Vereinbarung festzustellen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.

Denn es liegt in der Natur einer derartigen Abtretung, daß das Recht in vollem Umfange übergeht und der Zessionar mit allen Befugnissen in die Rechtsstellung einrückt, die der Zedent innehatte.

Dies ist zweifelsohne der Grund, weshalb Sie sich im Urteil Sirena zu folgender Feststellung veranlaßt sahen: „Artikel 85 ist ... auf den Fall, daß die Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten stammender, das gleiche Warenzeichen tragender Erzeugnisse unter Berufung auf das Zeichenrecht verhindert wird, anwendbar, wenn die Zeicheninhaber dieses Zeichen oder das Recht zu seiner Benutzung durch Vereinbarungen untereinander oder mit Dritten erworben haben".

Demnach kommt es nicht darauf an, ob eine Vereinbarung eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt; es genügt, daß sie dies bewirkt, daß sie diese Folge nach sich zieht, daß sie eine Rechtslage schafft, die geeignet ist, Paralleleinfuhren zu behindern.

Wird hiermit aber nicht der Wortlaut des Artikels 85 im Grunde überdehnt und diese Bestimmung gar zu extensiv ausgelegt?

Es scheint, als hätten gewisse tatsächliche Gegebenheiten, auf die Generalanwalt Dutheillet de Lamothe in seinen Schlußanträgen zu Recht hingewiesen hatte, Sie bewogen, in der Rechtssache Sirena so weit zu gehen.

Wie sich bei einer Durchsicht der Akte ergab, ließ das Vertragsverhältnis, auf das sich das italienische Unternehmen berief, in Verbindung mit Parallelverträgen, die die amerikanische Gesellschaft Mark Allen als ursprüngliche Markeninhaberin mit französischen, belgischen, holländischen und deutschen Firmen geschlossen hatte, das Bestehen nach Artikel 85 unzulässiger Vereinbarungen oder zumindest aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen erkennen.

Sie haben es nicht versäumt, dazu folgendes auszuführen: „Bewirkt die gleichzeitige Übertragung nationaler, das gleiche Erzeugnis schützender Warenzeichen auf mehrere Benutzer die Wiederaufrich-

tung unüberwindlicher Schranken zwischen den Mitgliedstaaten, so kann eine solche Praxis den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen und den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt stören".

Der dem gegenwärtigen Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt gestattet es, wie mir scheint, nicht oder zumindest nicht auf der Grundlage des Artikels 85, zu demselben Ergebnis zu gelangen.

Nicht daß die Tatsache der 1934/35 zwischen der Hag AG Bremen und der Firma Café Hag Belgien getroffenen Abtretungsvereinbarung vernünftigerweise in Zweifel gezogen werden könnte. Obwohl die Geschäftsbücher des deutschen Unternehmens im Laufe des Krieges vernichtet wurden und die Vertragsurkunde nicht hat vorgelegt werden können, sind sich die Parteien des Ausgangsverfahrens einig darüber, daß eine derartige Vereinbarung tatsächlich getroffen worden ist.

Auch der von den Prozeßbevollmächtigten der Van Zuylen vertretenen Auffassung, ein voll abgewickelter Abtretungsvertrag, der seine Wirkungen in der Vergangenheit verbraucht habe, könne nicht unter Artikel 85 fallen, vermag ich nicht beizutreten.

Dieses Argument wurde bereits im Urteil Sirena ausdrücklich verworfen; die durch eine Abtretungsvereinbarung vor Inkrafttreten des Vertrages geschaffene Rechtslage bleibt unverändert, und es genügt, wie die Beklagte des Ausgangsverfahrens bemerkt, daß Van Zuylen sich noch heute auf diese Abtretung beruft, um zuzugeben, daß diese weiterhin Rechtsfolgen zu erzeugen geeignet ist.

Aus anderen Erwägungen indessen halte ich Artikel 85 für nicht einschlägig.

Wie der luxemburgische Richter — von den Parteien des Ausgangsverfahrens unwidersprochen — darlegt, übertrug Hag Bremen das Warenzeichen auf eine Tochtergesellschaft, über die sie eine vollständige Kontrolle ausübte. In dieser Abtretung läßt sich daher nicht eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen, voneinander unabhängigen Unternehmen, sondern lediglich eine rein interne Abmachung innerhalb ein und derselben Wirtschaftseinheit sehen. Zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer Tochter, die über keinerlei eigenständige Entscheidungsbefugnisse verfügt, besteht kein Wettbewerb, der durch den Abschluß einer Vereinbarung beschränkt werden könnte. Insoweit schließe ich mich der Auffassung an, die Sie in Ihren Urteilen vom 25. November 1971 (Béguelin, 22/71 — Slg. 1971, 959) und vom 13. Juli 1972 (Farbstoffsachen — Slg. 1972, 619 ff.) vertreten haben: „Kann die Tochtergesellschaft ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich, autonom bestimmen, so sind die Verbotsvorschriften des Artikels 85 Absatz 1 zwischen ihr und der Muttergesellschaft, mit der sie dann eine wirtschaftliche Einheit bildet, unanwendbar".

Ist dieser Lösungsweg nicht mehr gangbar, wenn — wie Hag Bremen und die Kommission hervorheben — das Mutter- und Tochtergesellschaft einigende Band gerissen ist, sei es auch durch eine zwangsweise Übertragung der als Feindvermögen angesehenen Aktien der Tochtergesellschaft auf einen Dritten?

Wenn ich dieses Argument richtig verstanden habe, soll also die Abtretungsvereinbarung von 1934/35, die als solche nicht geeignet war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, weil sie zwischen zwei finanziell miteinander verbundenen Unternehmen getroffen worden war, seit Inkrafttreten des Vertrages von Rom wettbewerbswidrige Wirkungen erzeugen, da jene Verbindung nicht mehr besteht.

Demnach ist durch den Abtretungsvertrag objektiv eine Rechtslage geschaffen worden, die heute dem Verbot des Artikels 85 zuwiderläuft.

Diesem Gedankengang vermag ich nicht zu folgen, weil das für diese Vertragsbestimmung konstituierende Tatbestandsmerkmal der Abstimmung nicht gegeben und auch nicht nachträglich von der Firma Hag Bremen und der gegenwärtigen Warenzeicheninhaberin in Belgien und Luxemburg ausgefüllt worden ist. Die wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Artikels 85 fehlt; deshalb

braucht nicht mehr — wie Van Zuylen dies tut — auf den Gesichtspunkt abgestellt zu werden, daß die durch die belgische Sequestrationsbehörde erfolgte Veräußerung sämtlicher Aktien der Firma Café Hag an die Familie Van Oevelen einen Hoheitsakt darstellte.

Es ist durchaus ein Irrtum anzunehmen, allein die Bestimmungen der Wettbewerbsordnung ließen sich als taugliches Mittel heranziehen, um Behinderungen, die dem freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt aus nationalen Warenzeichenrechten erwachsen, einen Riegel vorzuschieben.

Diese Bestimmungen kommen nur im Falle einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 85 sowie, „mutatis mutandis", im Falle mißbräuchlicher Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 in Betracht.

Dies folgt übrigens auch aus Ihrem Urteil vom 29. Februar 1968 (Parke-Davis, 24/67 — Slg. 1968, 86), in dem Sie anerkannt haben, daß die Benutzung eines Patentes von Artikel 85 nicht erfaßt wird, *solange es an einer Vereinbarung* im Sinne dieser Vorschrift fehlt.

Gerade wenn der im Urteil Sirena verwandten Formel, daß ein absolutes Recht „Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache" sein *kann,* zu voller Geltung verholfen wird, ist für den umgekehrten Fall offensichtlich, daß Artikel 85 sich jedenfalls dann nicht gegen die Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts ins Feld führen läßt, wenn dieses Recht eben nicht Gegenstand, Mittel oder Folge einer nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarung ist.

III — Anwendung der Artikel 5, 30 und 36 des Vertrages

Damit sind die Grenzen abgesteckt, jenseits derer es unmöglich wird, sich bei der Auflösung des zwischen dem Gemeinschaftsrecht und den nationalen gewerblichen Schutzrechten bestehenden Spannungsverhältnisses auf die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu stützen.

Wie die Entwicklung Ihrer Rechtsprechung zeigt, ist der Ansatzpunkt vielmehr in den Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt zu suchen.

Die Artikel 30 und 36 des Vertrages stellen nach meiner Ansicht eine geeignete Rechtsgrundlage dar und erlauben es, ohne Rückgriff auf den Begriff der Kartellabsprache den Konflikt zwischen dem Grundsatz der Markteinheit und den durch nationale Gesetze eingeräumten absoluten Rechten zu lösen.

Zu dieser Frage haben Sie in Ihrem Urteil vom 8. Juni 1971 (Deutsche Grammophon, 78/80 — Slg. 1971, 487) eindeutig Stellung genommen und ausgeführt, falls die Ausübung des Urheberrechts, also eines durchaus verwandten Schutzrechts, „die zum Tatbestand des Artikels 85 EWG-Vertrag gehörenden Merkmale der Vereinbarung oder Abstimmung nicht erfüllt, erfordert die Beantwortung der Frage die weitere Prüfung, ob die Ausübung des fraglichen Schutzrechts nicht gegen andere Vertragsvorschriften, insbesondere diejenigen über den freien Warenverkehr, verstößt".

Offenbar in Anknüpfung an diese Entscheidung hat der luxemburgische Richter in die Ihnen zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen auch die Artikel 5, 30 ff. und insbesondere 36 des Vertrages einbezogen. Artikel 5, dessen Erwähnung sich aus dem Umstand erklärt, daß diese Grundsatzbestimmung bereits in der Rechtssache Deutsche Grammophon angeführt wurde, begründet, wie Sie es ausgesprochen haben, die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

Namentlich aus dieser Bestimmung haben Sie in Ihrem Urteil vom 15. Juli 1964 (Costa/Enel, 6/64 — Slg. 1964, 1253) den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Rechten hergeleitet.

Heißt dies, daß die Verpflichtung zu „loyaler und umfassender Zusammenarbeit", die die Mitgliedstaaten bindet und daher sämtlichen Staatsorganen unter Einschluß der nationalen Gerichte auferlegt ist, für sich allein ausreicht, um die Ausübung nationaler Rechte zum Schutze des gewerblichen Eigentums zu beschränken?

Sicherlich nicht, doch hat sie Wert als ein Grundsatz, der indessen in jedem Einzelfall einer inhaltlichen Konkretisierung durch Spezialvorschriften des Vertrages bedarf.

In dem hier interessierenden Bereich sind es die Artikel 30 und 36, die es gestatten, den in Artikel 5 aufgestellten Grundsatz mit einem positiven und konkreten Inhalt zu füllen.

Artikel 30 verbietet bekanntlich mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie „alle Maßnahmen gleicher Wirkung".

Artikel 36 nimmt in seinem ersten Satz von diesem Verbot Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung aus, die u. a. zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Allerdings stellt er im zweiten Satz klar, daß die Ausnahme „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" darstellen darf. Eine Zusammenschau dieser beiden Sätze erlaubt die Folgerung:

1. daß die nationalen Gesetze über gewerbliches und kommerzielles Eigentum zwar in Kraft bleiben, daß die aus ihnen fließenden Rechte jedoch in einem noch näher zu bestimmenden Maße durch die Errichtung des Gemeinsamen Marktes beeinflußt und berührt werden; demgegenüber liefe die Auffassung, sie blieben völlig unberührt, darauf hinaus, Artikel 36 in diesem Punkte jeglicher Wirksamkeit zu berauben;
2. daß die Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot des Artikels 30 jedenfalls allein denjenigen Einfuhrbeschränkungen zugute kommt, die wegen des mit ihnen bezweckten Schutzes des gewerblichen Eigentums gerechtfertigt sind, nicht dagegen allen sonstigen Beschränkungen, die mit der Ausübung dieser Rechte verbunden sind;
3. daß es auf jeden Fall verboten ist, von diesen Rechten einen Gebrauch zu machen, der eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zur Folge hat.

Die Frage lautet somit, wieweit Artikel 36, ohne den Bestand eines gewerblichen Schutzrechtes als solchen anzutasten, dessen Ausübung berührt.

Auf diese im Urteil Deutsche Grammophon wieder aufgegriffene Unterscheidung haben Sie bei der Auslegung des Artikels 36 abgestellt, wobei Sie ausgeführt haben: „Artikel 36 läßt zwar Verbote oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, erlaubt aber solche Beschränkungen der Freiheit des Handels *nur,* soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen".

Zwar betrifft das Urteil, auf das ich mich beziehe, das Ausschließlichkeitsrecht, welches die deutschen Rechtsvorschriften einem Hersteller von Tonträgern einräumen und welches Sie als ein dem Urheberrecht verwandtes Recht qualifziert haben, jedoch sind die grundsätzlichen Erwägungen, die Sie zur Auslegung des Artikels 36 angestellt haben, zweifelsohne von allgemeiner Tragweite.

Wird, so ist Ihre Schlußfolgerung, ein derartiges Recht „benützt, um in einem Mitgliedstaat den Vertrieb von Waren, die vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats in Verkehr gebracht worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Inland erfolgt ist, so verstößt ein solches *die Isolierung der nationalen Märkte aufrecht erhaltendes* Verbot gegen das

wesentliche Ziel des Vertrages, den Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt".

Der ausschlaggebende Grund liegt darin, daß die Ausübung des von der Deutschen Grammophon für sich in Anspruch genommenen Rechts zu einer solchen durch den Vertrag verbotenen Aufteilung der Märkte geführt hätte. Hindernisse, die der Einfuhr von Originalerzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten in den Weg gelegt werden, rechtfertigen sich mit anderen Worten aus der Sicht des Vertrages nicht aus dem Bestand des durch nationales Gesetz vermittelten Schutzrechts, vielmehr stellen sie eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dar, die nach Artikel 36 Satz 2 verboten ist.

Zum anderen gestattet die Urteilsfassung die Annahme, daß Ihre Auslegung nicht allein auf ein dem Urheberrecht vergleichbares Recht gemünzt ist, sondern auch für andere Schutzrechte mit Ausschließlichkeitswirkung gilt, zumal Sie mit Bedacht bekräftigt haben, das wesentliche Ziel des Vertrages „wäre nicht zu erreichen, wenn Privatpersonen *aufgrund der verschiedenen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten* die Möglichkeit hätten, den Markt aufzuteilen".

Die im Urteil Deutsche Grammophon herausgearbeiteten Auslegungsgrundsätze scheinen mir daher ohne weiteres auf den Bereich der Warenzeichen übertragbar zu sein.

Da außer Streit steht, daß Van Zuylen mit den beim Gericht in Luxemburg erhobenen Klagen den Zweck verfolgt, unter Berufung auf ihr Ausschließlichkeitsrecht aus dem Warenzeichen die Einfuhr eines mit dem gleichen Zeichen versehenen Erzeugnissen durch Hag Bremen zu unterbinden, gilt es, die genannten Grundsätze anzuwenden und zu prüfen, ob sich eine dahingehende Befugnis der Klägerin des Ausgangsverfahrens aus dem Bestand des in Belgien und in Luxemburg eingetragenen Warenzeichens als solchem ergibt oder ob nicht im Gegenteil in der geforderten Unterlassung eine Ausübung des Zeichenrechts unter Bedingungen liegt, die mit Artikel 36 unvereinbar sind.

Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts, auf seinen eigentlichen Kern zurückgeführt, besteht darin, auf den Ursprung, die Herkunft des Erzeugnisses hinzudeuten und auf diese Weise dem Inhaber einen Schutz der wirtschaftlichen Stellung zu ermöglichen, die er sich durch seinen finanziellen Einsatz, sein Fachwissen und sein kaufmännisches Geschick erworben hat.

Rechtlich wird dieser Schutz dadurch gewährleistet, daß der Inhaber seine Waren in den Verkehr zu bringen, vor allem aber auch den Vertrieb widerrechtlich mit seiner Marke gekennzeichneter Erzeugnisse zu untersagen berechtigt ist.

Das Warenzeichenrecht gibt dem Inhaber sonach die Befugnis, jegliche mißbräuchliche Benutzung durch Dritte zu unterbinden.

Das Territorialitätsprinzip als eine Folge dessen, daß es sich bei den Rechtsvorschriften über Warenzeichen um nationales Recht handelt — das Vorhandensein eines für Benelux einheitlichen Gesetzes ändert in dieser Beziehung nichts an der Problemstellung —, ist Ihrer Rechtsprechung zufolge nicht dem Bestand des Schutzrechts zuzurechnen. Dies hat bereits Generalanwalt Karl Roemer in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache Deutsche Grammophon mit Bezug auf das Herstellern von Tonträgern eingeräumte Ausschließlichkeitsrecht dargelegt.

Gerade dieser Gebietsschutz aber, den die innerstaatlichen Rechtsvorschriften bewirken, ist unvereinbar mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Warenverkehrs.

Nach allem kann sich in dem vor dem luxemburgischen Richter anhängigen Rechtsstreit die Firma Van Zuylen als Zessionarin des Warenzeichens „Café Hag" für Belgien und Luxemburg in dem Gebiet, in dem sie ihr Recht ausübt, berechtigterweise gegen den Vertrieb koffeinfreien Kaffees zur Wehr setzen, der mit ihrem Warenzeichen versehen

und von Unbefugten in den Verkehr gebracht worden ist. Dagegen kann sie nicht die Einfuhr von Erzeugnissen unterbinden, die das gleiche Warenzeichen tragen und von dem deutschen Unternehmen, dem ursprünglichen Inhaber dieses Zeichens, herrühren.

Allerdings ist erforderlich, daß die Herkunft des Erzeugnisses eindeutig bezeichnet wird; dies jedoch tut die Firma Hag, denn auf ihren Verpackungen findet sich die Angabe, daß der Kaffee, den sie im Großherzogtum verkauft, in der Bundesrepublik Deutschland hergestellt wird.

Van Zuylen ihrerseits ist verpflichtet, die belgische Herkunft des unter der Marke „Hag" verkauften Kaffees mitzuteilen.

Schließlich ist nach meiner Auffassung ganz entschieden der Einwand zu verwerfen, dem deutschen Unternehmen sei es allemal unbenommen, seine Erzeugnisse in Luxemburg unter einem anderen als dem Warenzeichen „Hag" zu verkaufen. Darum hat sich das Unternehmen zunächst ja tatsächlich bemüht, indem es Kaffee unter der Marke „Decofa" einführte. Es versteht sich von selbst, daß derartige Einfuhren weder im Hinblick auf das nationale Warenzeichenrecht noch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht irgendwelche Probleme aufgeworfen haben oder überhaupt aufwerfen können.

Um sich jedoch in Belgien und in Luxemburg unter dieser neuen, den Verbrauchern unbekannten Marke eine Marktposition aufzubauen, anstatt sich die Marke „Hag" zunutze zu machen, unter der sie in der Öffentlichkeit allgemein bekannt ist, müßte die deutsche Firma — wie leicht einzusehen ist — gleichsam bei „Null" anfangen und finanziell wie kaufmännisch erhebliche Mittel einsetzen, damit sich das Bild dieses neuen Zeichens einprägt.

Letztlich schlage ich Ihnen somit vor, die Ihnen gestellten Fragen allein anhand der Artikel 30 und 36 über den freien Warenverkehr in der Gemeinschaft und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit des Gemeinsamen Marktes zu beantworten.

Falls Sie meinem Vorschlag folgen, versteht sich im übrigen von selbst, daß die Antwort auf die zweite Frage — ein deutscher Händler kauft Kaffee direkt bei der Firma Hag in Bremen und führt ihn dann nach Luxemburg ein — nicht anders ausfallen kann als der Lösungsvorschlag zur ersten Vorlagefrage.

Nach allem beantrage ich, für Recht zu erkennen:

— daß die dem Zessionar eines Warenzeichenrechts eingeräumte Befugnis, in dem Gebiet des Mitgliedstaates A, in dem das ihm zustehende Warenzeichen eingetragen ist, die Direkteinfuhr von Erzeugnissen zu unterbinden, die von dem ursprünglichen Inhaber dieses Zeichenrechts, einem Unternehmen im Mitgliedstaat B, mit dem gleichen Warenzeichen versehen wurden, nicht unter die Bestandsgarantie des gewerblichen und kommerziellen Schutzrechts im Sinne von Artikel 36 des Vertrages fällt;

— daß die Wahrnehmung dieser Befugnis eine Ausübung des Warenzeichenrechts darstellt, die mit den tragenden Grundsätzen des Vertrages, wie sich aus den Bestimmungen über den freien Warenverkehr ergeben, nicht vereinbar ist;

— daß gleiches gilt, wenn bei der Einfuhr der besagten Erzeugnisse nach dem Mitgliedstaat A ein im Mitgliedstaat B ansässiger Kaufmann eingeschaltet wird, der die Erzeugnisse von dem in diesem Staat kennzeichnungsberechtigten Unternehmen erworben hat.