SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 23. Januar 2007 [1]

I — Einleitung

1. Über die gemischten Übereinkommen wurde geschrieben, dass sie eine unvermeidbare Komplikation darstellten, da sie dazu beitrügen, eine politische Realität zu gestalten, die dies ebenfalls sei [2]. Die vom Supremo Tribunal de Justiça (Oberstes Gericht Portugals) vorgelegten Vorabentscheidungsfragen legen den Finger genau in diese Wunde, paradoxerweise mit zwei knappen Fragen, die leicht zu lesen und zu verstehen sind, die aber die gesamte emotionale Last der latenten Meinungsverschiedenheiten enthalten, die wegen ihres unausweichlichen Charakters erneut zutage treten.

2. Der Kontext der Vorlage ist wohlbekannt: das TRIPs-Übereinkommen innerhalb der 1994 im Rahmen des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation unterzeichneten Übereinkommen [3]. Obwohl wieder einmal über die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung einer konkreten Vorschrift und über ihre mögliche unmittelbare Wirkung diskutiert wird, ist etwas gegenüber den früheren Fällen neu, denn die Vorlage steht nicht im Zusammenhang mit dem Markenrecht, sondern mit dem Patentrecht.

3. Daher ist eine eingehende Untersuchung der auf dem Gebiet des Markenrechts herausgearbeiteten Ergebnisse geboten, um festzustellen, ob es ausreicht, sie anzupassen, ob sie einer weitergehenden Anpassung bedürfen oder ob gar ihre vollständige Revision erforderlich ist. Auf jeden Fall ist auf die wichtigen praktischen Folgen dieser Rechtsprechung hinzuweisen, die die Art und Weise der Ausübung der gemeinschaft-

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Dashwood, A., „Why continue to have mixed agreements at all?", in Bourgeois, H.-J., Dewost, J.-L., Gaiffe, M.-A., (Hrsg.) *La Communauté européenne et les accords mixtes: quelles perspectives?*, Collège d'Europe, Brügge, 1997, S. 98.

3 — Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPs) im Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO), angenommen in Bezug auf die Gemeinschaft durch den Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. L 336, S. 1; das TRIPs-Übereinkommen ist abgedruckt unter S. 213 ff.).

lichen Außenpolitik verändert hat, die nunmehr die Aushandlung gemischter Übereinkommen gezielt vermeidet [4].

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Das TRIPs-Übereinkommen*

4. Mit dem Ziel, das Recht des geistigen Eigentums wegen seines gelegentlichen Einflusses auf den Welthandel teilweise zu harmonisieren, enthält das TRIPs-Übereinkommen eine Reihe von Bestimmungen, die auf die verschiedenen Arten geistigen Eigentums anwendbar sind. Im Folgenden werden diejenigen angesprochen, die Auswirkungen auf die Patente haben und bei der Lösung dieser Rechtssache von Nutzen sind.

5. So trägt Art. 33 des Übereinkommens, der zu Abschnitt V von Teil II (Normen betreffend die Verfügbarkeit, den Umfang und die Ausübung von Rechten des geistigen Eigentums) gehört, die Überschrift „Schutzdauer" und hat folgenden Wortlaut:

„Die erhältliche Schutzdauer endet nicht vor dem Ablauf einer Frist von 20 Jahren, gerechnet ab dem Anmeldetag."

6. Darüber hinaus bestimmt in Teil VII des Übereinkommens (Institutionelle Regelungen; Schlussbemerkungen) Art. 70 unter der Überschrift „Schutz bestehender Gegenstände des Schutzes":

„(1) Aus diesem Übereinkommen ergeben sich keine Verpflichtungen in Bezug auf Handlungen, die vor dem Zeitpunkt der Anwendung dieses Übereinkommens auf das betreffende Mitglied stattfanden.

(2) Sofern in diesem Übereinkommen nichts anderes vorgesehen ist, ergeben sich daraus Verpflichtungen in Bezug auf sämtliche Gegenstände des Schutzes, die zum Zeitpunkt der Anwendung dieses Übereinkommens auf das betreffende Mitglied vorhanden und zu diesem Zeitpunkt in diesem Mitglied geschützt sind oder die Schutzvoraussetzungen nach Maßgabe dieses Übereinkommens erfüllen oder in der Folge erfüllen werden ...

..."

4 — Rosas, A., „The European Union and mixed agreements", in Dashwood, A., Hillion, C., *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, London, 2000, S. 216 ff.

B — *Das nationale Recht*

7. Die alte Regelung über Patente in Portugal bestand aus dem Dekret Nr. 30.679 vom 24. August 1940, durch das in jenem Jahr das Gesetz über gewerbliches Eigentum angenommen wurde (im Folgenden: Gesetz von 1940). Art. 7 bestimmte, dass diese immateriellen Rechte nach 15 Jahren seit Erteilung des Patents wieder frei verfügbar sind.

8. Mit dem Decreto-lei Nr. 16/95 trat mit Wirkung vom 1. Juni 1995 ein neuer Gesetzestext in Kraft (im Folgenden: Gesetz von 1995), dessen Art. 94 den Schutz eines Patents über einen Zeitraum von 20 Jahren, gerechnet ab dem Anmeldetag, regelt.

9. Zur Regelung des Übergangsrechts sah Art. 3 des Gesetzes von 1995 jedoch Folgendes vor:

„Patente, die vor dem Inkrafttreten dieses Decreto-lei angemeldet wurden, bleiben während des in Art. 7 des Gesetzes [von 1940] vorgesehenen Zeitraums gültig."

10. Art. 3 des Gesetzes von 1995 wurde später durch Art. 2 des seit 12. September 1996 geltenden Decreto-lei Nr. 141/96 vom 23. August 1996 ohne Rückwirkung aufgehoben. Art. 1 dieses nationalen Rechtsakts bestimmt:

„Patente, die vor dem Inkrafttreten des Decreto-lei Nr. 16/95 vom 24. Januar 1995 angemeldet wurden, die am 1. Januar 1996 galten oder nach diesem Datum erteilt wurden, sind durch Art. 94 des Gesetzes (von 1995) geregelt ... ".

11. Durch besagten Art. 94 wurde die Schutzdauer dieser geistigen Eigentumsrechte um fünf Jahre erweitert.

12. Am 5. März 2003 wurde das geltende Gesetz über gewerbliches Eigentum durch das Decreto-lei Nr. 36/2003 angenommen, dessen Art. 99 Folgendes bestimmt:

„Dauer

Die Gültigkeit des Patents endet nicht vor dem Ablauf einer Frist von 20 Jahren, gerechnet ab dem Anmeldetag."

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

13. Die Merck & Co. Inc. (im Folgenden: Merck) ist Inhaberin des mit Beschluss vom 8. April 1981 erteilten Erfindungspatents Nr. 70.542 mit Priorität vom 11. Dezember 1978 mit der Bezeichnung „Verfahren zur Zubereitung von Aminosäurederivaten als Bluthochdruckmittel" zur Entwicklung der chemischen Verbindung „Enalapril" und zur Herstellung von „Maleato de Enalapril". Die betreffende Arzneimittelverbindung wird seit dem 1. Januar 1985 unter der Marke „Renitec" vermarktet.

14. Die Merck Sharp & Dohme L[da] (im Folgenden: MSD) erhielt eine Lizenz für dieses Patent, die sie berechtigte, „Renitec"-Erzeugnisse in Portugal zu verwenden, zu verkaufen oder in sonstiger Weise darüber zu verfügen, sowie die entsprechenden Verteidigungsbefugnisse.

15. 1996 brachte die Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos L[da] (im Folgenden: Merck Genéricos) ein Medikament unter der Marke Enalapril Merck zu wesentlich niedrigeren Preisen als denen von Renitec auf den Markt und bewarb es im Rahmen seiner Besuche bei Ärzten mit dem Hinweis, dass es sich um dasselbe Medikament handele.

16. Merck und MSD erhoben Klage gegen Merck Genéricos auf Unterlassung der mittelbaren oder unmittelbaren Benutzung (Einfuhr, Herstellung, Zubereitung, Verarbeitung, Verpackung, Inverkehrbringen und Verkauf) in Portugal oder für die Ausfuhr des Arzneimittels Enalapril Merck, auch unter einer anderen Handelsbezeichnung, das die Wirkstoffe „Enalapril" oder „Maleato de Enalapril" enthält, ohne ihre ausdrückliche und förmliche Erlaubnis. Darüber hinaus verlangten sie eine Entschädigung für die immateriellen und materiellen Schäden in Höhe von 32 500 000 PTE.

17. Zu ihrer Verteidigung wandte Merck Genéricos ein, das Patent Nr. 70.542 sei nach dem 8. April 1996 nach der Übergangsregelung des Art. 3 des Gesetzes von 1995 mit Ablauf der 15 Jahre gemäß Art. 7 des Gesetzes von 1940 wieder frei verfügbar gewesen.

18. MSD stützte ihre Auffassung, das Patent sei nicht vor dem 4. Dezember 1999 abgelaufen, auf Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens.

19. Die Klage wurde in der ersten Instanz abgewiesen.

20. In der zweiten Instanz gab das Tribunal da Relação (Berufungsgericht) Lissabon der Klage der Rechtsmittelführerinnen statt und verurteilte Merck Genéricos zum Ersatz des durch die Verletzung des Patents Nr. 70.542

entstandenen Schadens, denn gemäß Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens, der unmittelbare Wirkung habe, sei es nicht, wie die damalige Rechtsmittelbeklagte behauptete, zum 9. April 1996, sondern fünf Jahre später abgelaufen.

21. Merck Genéricos legte gegen dieses Urteil Kassationsbeschwerde zum Supremo Tribunal de Justiça ein, mit der sie die unmittelbare Wirkung des Art. 33 bestreitet.

22. Das portugiesische Obergericht weist darauf hin, dass Art. 94 des Gesetzes von 1995 zwar die Frist für die Gültigkeit von Patenten auf 20 Jahre verlängert habe, diese Vorschrift jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, so dass das Patent Nr. 70.542 am 8. April 1996 nach den in Art. 7 des Gesetzes von 1940 vorgesehenen 15 Jahren abgelaufen sei. Somit würde die Anwendung von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens, wonach Patente mindestens 20 Jahre gültig sind, zum Obsiegen von MSD führen.

23. Das Supremo Tribunal ist der Ansicht, dass Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens nach den in Portugal für die Auslegung internationaler Übereinkommen geltenden Grundsätzen unmittelbare Wirkung habe und sich Einzelne gegenüber Dritten vor Gericht auf ihn berufen könnten.

24. Da es Zweifel an der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Gemeinschaftsrechtsprechung zum TRIPs-Übereinkommen im Markenbereich sowie in Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung hatte, hat das vorlegende Gericht das Verfahren dennoch ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Art. 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften für die Auslegung von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens zuständig?

2. Falls die erste Frage bejaht wird: Müssen die nationalen Gerichte diese Vorschrift in bei ihnen anhängigen Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag einer der Parteien anwenden?

IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

25. Der Vorlagebeschluss ist am 5. Dezember 2005 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

26. Innerhalb der Frist des Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs haben Merck und MSD gemeinsam sowie Merck Genéricos, die portugiesische Regierung, die französische Regierung und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

27. In der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2006 haben die Vertreter der Parteien des Ausgangsverfahrens, der französischen Regierung, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission mündliche Ausführungen gemacht.

V — Untersuchung der Vorlagefragen

A — *Ausgangspunkt*

28. Mit seiner ersten Frage möchte das Gericht wissen, ob der Gerichtshof für die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens und insbesondere dessen Art. 33 zuständig ist.

29. Einer ständigen Rechtsprechung folgend [5] vertreten Merck und MSD in ihren schriftlichen Erklärungen die Ansicht, dass diese Frage für die Lösung des Ausgangsverfahrens nicht objektiv erforderlich sei, scheinen aber ihre Zulässigkeit nicht anzuzweifeln, da sie nur dafür eintreten, sie nicht zu beantworten.

30. Man könnte diese Sichtweise teilen, aber nur zum Teil, denn es ist zwar nicht unverzichtbar, sich mit der Frage als solcher zu beschäftigen, aber nicht wegen des von den beiden Unternehmen vorgebrachten Arguments, sondern weil der Gerichtshof von Amts wegen seine Zuständigkeit in Rechtssachen betreffend gemischte internationale Übereinkommen zu prüfen hat.

31. Darüber hinaus läge, wie später bei der Untersuchung der Gemeinschaftsrechtsprechung noch festgestellt werden wird, die betreffende Zuständigkeit beim portugiesischen Supremo Tribunal, wenn der Gerichtshof seine eigene Zuständigkeit verneint.

32. Die erste Frage wird daher nicht untersucht, um die Neugier des vorlegenden Gerichts zu stillen, sondern um die eigene Zuständigkeit des Gerichtshofs von Amts wegen festzustellen.

5 — Urteile vom 17. Mai 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Slg. 1994, I-1783, Randnr. 14), vom 5. Oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Slg. 1995, I-2883, Randnr. 45), vom 18. Juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 27), und vom 9. Oktober 1997, Grado und Bashir (C-291/96, Slg. 1997, I-5531, Randnr. 2).

B — *Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens*

33. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Entscheidung über gemischte internationale Verträge, d. h. Verträge, die zwischen den Gemeinschaften und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten betreffen, wurde bereits untersucht; es gibt hierzu eine umfangreiche Rechtsprechung. Da es sich aber um eine schwierige Materie handelt, haben die nachfolgenden Entwicklungen einen langen und gewundenen Weg angelegt, dessen komplexer Verlauf gewisse Berichtigungen erfordert, um seinen verwirrten Benutzern den Verkehr zu erleichtern.

1. Die Antwort nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs

a) Ursprünge

34. Der Weg beginnt mit dem Urteil Haegeman [6], das mit dem Urteil Demirel [7] bestätigt wurde; seither fallen die gemischten Übereinkommen in die Auslegungskompetenz des Gerichtshofs und werden als Handlungen der Organe der Gemeinschaft betrachtet [8]; die gemischten Übereinkommen werden auch aufgrund der Parallelität zu den Befugnissen der Gemeinschaft als Ausdruck des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der begrenzten Einzelzuständigkeit des Art. 5 EG, der auch in Art. 220 EG angedeutet ist, einbezogen [9].

35. Im Urteil Demirel [10] wurde festgestellt, dass diese Abkommen in der Gemeinschaftsrechtsordnung denselben Status wie rein gemeinschaftliche Abkommen haben, da sie Materien betreffen, die in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen [11]. Das Urteil betraf zwar das Assoziierungsabkommen mit der Türkei [12], von dem gesagt wurde, dass es einen integralen Bestandteil der im EG-Vertrag geregelten Materien bilde; dies entwertet aber den allgemeinen Charakter der vorstehenden Feststellung nicht [13].

36. In der Sache selbst ist festzustellen, dass der Gerichtshof mehrmals um die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens ersucht wurde.

6 — Urteil vom 30. April 1974 (181/73, Slg. 1974, 449).

7 — Urteil vom 30. September 1987 (12/86, Slg. 1987, 3719, Randnr. 7).

8 — Randnrn. 4 bis 6 des Urteils Haegeman.

9 — Wegener, B., „Artikel 220", in Callies, C., Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Verlag Luchterhand, 2. überarbeitete und erweiterte Aufl., Neuwied/Kriftel, 2002, S. 1991, Nr. 17.

10 — Randnr. 9.

11 — Bestätigt u. a. durch das Urteil vom 19. März 2002, Kommission/Irland (C-13/00, Slg. 2002, I-2943, Randnr. 14).

12 — Am 12. September 1963 in Ankara unterzeichnetes Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, das im Namen der Gemeinschaft durch den Beschluss des Rates vom 23. Dezember 1963 (ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685) geschlossen worden ist.

13 — Im Urteil vom 26. Oktober 1982, Kupferberg (104/81, Slg. 1982, 3641, Randnr. 13), angekündigte Rechtsprechung.

Doch darf das Gutachten 1/94 [14] nicht außer Acht gelassen werden, das auf Antrag der Kommission erstattet wurde, um die Reichweite der Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für den Abschluss des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (im Folgenden: WTO) in allen Teilen zu klären. Das Gutachten befasste sich aber nicht mit den Zuständigkeiten des Gerichtshofs.

37. Im Rahmen der Prüfung, ob diese Zuständigkeiten ausschließlicher oder geteilter Natur sind, stützte sich das Gutachten bei der Untersuchung der Vorschriften des abgeleiteten Rechts der Gemeinschaftsorgane, die als Voraussetzung für die Zuständigkeiten der Gemeinschaft von der Beteiligung der Mitgliedstaaten am TRIPs-Übereinkommen berührt sein könnten, auf das Urteil AETR [15]. In dem Gutachten wurde festgestellt, dass die Harmonisierung der durch Anhang C des WTO-Übereinkommens geschützten Rechte des geistigen Eigentums bis dahin unvollständig gewesen sei, und auf das Fehlen geltenden Gemeinschaftsrechts im Bereich der Patente hingewiesen [16], das im Ausgangsverfahren von Interesse ist.

38. Auf diese Weise wurde eine Rechtsprechung in die Wege geleitet, die das Vorliegen einer Rechtsvorschrift der Gemeinschaft als bestimmendes Kriterium für die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung gemischter internationaler Übereinkommen ansieht.

14 — Gemäß Art. 228 Abs. 6 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 300 EG) erstattetes Gutachten vom 15. November 1994 (Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267).

15 — Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat (22/70, Slg. 1971, 263).

16 — Randnr. 103 des Gutachtens 1/94.

b) Urteile zum TRIPs-Übereinkommen

39. Später wurde diese Rechtsprechung im Urteil Hermès [17] bestätigt; Art. 99 der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke [18], die bei der Unterzeichnung der Schlussakte und des WTO-Übereinkommens seit einem Monat in Kraft war [19], diente dazu, aus der durch den einheitlichen gewerblichen Eigentumstitel begründeten Zuständigkeit der Gemeinschaft dessen gerichtlichen Schutz im Rahmen von Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens abzuleiten und die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung der letztgenannten Bestimmung zu bejahen [20].

40. Es wurde kritisiert, dass der Rechtsstreit, der den Ausgangspunkt für die Vorabentscheidungsfrage in der Rechtssache Hermès bildete, eine Benelux-Marke und nicht eine Gemeinschaftsmarke betroffen habe und dass auf jeden Fall Art. 99 der Verordnung Nr. 40/94 auf das innerstaatliche Recht verweise [21], doch bestätigte der Gerichtshof diese Rechtsprechung im Urteil Dior [22], in dessen Randnr. 39 er seine Befugnis zur

17 — Urteil vom 16. Juni 1998 (C-53/96, Slg. 1998, I-3603).

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

19 — Urteil Hermès, Randnr. 25.

20 — Urteil Hermès, Randnrn. 26 bis 29.

21 — So äußerte sich Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache, in der das Urteil vom 13. September 2001, Schieving-Nijstad u. a. (C-89/99, Slg. 2001, I-5851, Nr. 40), erging. Vgl. auch Heliskoski, J., „The jurisdiction of the European Court of Justice to give preliminary rulings on the interpretation of mixed agreements", in *Nordic Journal of International Law*, Bd. 69, Nr. 4/2000, S. 402 ff., ebenso Cebada Romero, A., *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, S. 358.

22 — Urteil vom 14. Dezember 2000, Dior u. a. (C-300/98 und C-392/99, Slg. 2000, I-11307).

Auslegung von Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens über die Marken hinaus auf die übrigen Rechte des geistigen Eigentums ausdehnte.

41. Er stützte sich im Wesentlichen darauf, dass es, da es sich um eine Verfahrensvorschrift handelt, die für alle in ihren Geltungsbereich fallenden Sachverhalte in gleicher Weise gilt und sowohl auf dem innerstaatlichen Recht unterliegende als auch unter das Gemeinschaftsrecht fallende Sachverhalte anwendbar ist, die Verpflichtung zur Zusammenarbeit (des Art. 10 EG) sowohl aus praktischen wie aus rechtlichen Gründen gebietet, dass die Stellen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens einheitlich auslegen [23].

42. So entstand als Folge der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit die Notwendigkeit zu dieser *einheitlichen Auslegung*, einer der zentralen Gedanken, die Generalanwalt Tesauro in den Schlussanträgen in der Rechtssache Hermès vertrat, um die Zuständigkeit des Gerichtshofs hinsichtlich der gemischten Übereinkommen wie des TRIPs zu begründen [24], eine Ansicht, zu der ich später noch Stellung nehmen werde.

43. Anstatt jedoch diese Notwendigkeit in die Kategorie „grundlegendes Erfordernis" zu erheben, wie es der Generalanwalt vorschlug, was es dem Gerichtshof erlauben würde, sich zum alleinigen Garanten der richtigen Auslegung der von der Gemeinschaft unterzeichneten gemischten Übereinkommen zu erklären, beschränkte sich der Gerichtshof darauf, aus diesem Argument auf seine Zuständigkeit für die Prüfung von Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens zu schließen, wie er es bereits im Urteil Hermès getan hatte, ohne diese Prämisse anzusprechen. Aufgrund dessen ist Raum für die Frage nach der Reichweite der Verweisung auf Art. 10 EG im Urteil Dior, wenn der Gerichtshof später denselben Gedankengang wie im Urteil Hermès vollzieht [25] und seine Zuständigkeit für die Auslegung gemischter internationaler Übereinkommen anhand des geltenden europäischen Rechts herleitet.

c) Anpassung

44. Die Rechtsprechung hat diesen Geist im Urteil Kommission/Irland [26] über den Beitritt zur Berner Übereinkunft [27] auf dem Gebiet des geistigen Eigentums im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens bestätigt, das die Anwendung einer identischen Methode zur Eingrenzung der Befugnisse der Gemeinschaft zeigt; auch das Urteil Étang de Berre [28] und das jüngere Urteil MOX-An-

23 — Randnr. 37 des Urteils Dior u. a.

24 — Schlussanträge vom 13. November 1997 (Slg. 1998, I-3606).

25 — Eeckhout, P., *External relations of the European Union — Legal and constitutional foundations*, Oxford University Press, Oxford, 2004, S. 242.

26 — Urteil vom 19. März 2002 (C-13/00, Slg. 2002, I-2943), konkret Randnrn. 15 bis 20.

27 — Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971).

28 — Urteil vom 7. Oktober 2004, Kommission/Frankreich (C-239/03, Slg. 2004, I-9325).

lage [29] liegen im Kielwasser des Urteils Hermès, wenn in ihnen die Befugnisse des Gerichtshofs an das Vorliegen von Rechtsakten der Gemeinschaft geknüpft werden.

45. Das Urteil Étang de Berre trug jedoch eine kleine Nuance bei mit der Feststellung, dass das Fehlen einer Gemeinschaftsregelung eines konkreten Sachverhalts innerhalb eines weitgehend dem europäischen Recht unterliegenden Bereichs nicht der Annahme entgegensteht, dass dieser ebenfalls von der Zuständigkeit der Gemeinschaft erfasst wird [30]. Im Urteil MOX-Anlage wird ausdrücklich auf das Vorgenannte Bezug genommen [31] und damit die bedeutende Ausnahme wiederholt, die in den Syllogismus zur Ableitung der Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs integriert wurde.

46. Hält man daher bei der Prüfung, ob der Gerichtshof für die Auslegung gemischter Übereinkommen und insbesondere des TRIPs-Übereinkommens im Bereich der Patente zuständig ist, an der geltenden Rechtsprechung fest, muss man die in diesem Bereich der gewerblichen Schutzrechte möglicherweise anzuwendende Gemeinschaftsgesetzgebung ermitteln, ohne dabei die zitierte „Flexibilisierungsklausel" des Urteils Étang de Berre aus dem Auge zu verlieren.

d) Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt

47. Damit würde die Liste von Maßnahmen der Gemeinschaft, die die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen angeführt hat, relevant: Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel [32], Verordnung (EG) Nr. 2100/94 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz [33], Verordnung (EG) Nr. 1610/96 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel [34], Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen [35], Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Zwangslizenzen für Patente an der Herstellung von Arzneimitteln, die für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit bestimmt sind [36], Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent [37] und Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Übertragung der Zuständigkeit in Gemeinschaftspatentsachen auf den Gerichtshof [38] sowie Vorschlag für

29 — Urteil vom 30. Mai 2006, Kommission/Irland (C-459/03, Slg. 2006, I-4635).

30 — Urteil Étang de Berre, Randnrn. 29 und 30. Es ging um Einleitungen von Süßwasser und Schlämmen in die Meeresumwelt, zu denen noch keine Gemeinschaftsvorschriften erlassen worden waren, wenngleich sie durch eine umfangreiche harmonisierte Umweltschutzgesetzgebung geregelt waren.

31 — Ebd., Randnr. 95.

32 — Verordnung des Rates vom 18. Juni 1992 (ABl. L 182, S. 1).

33 — Verordnung des Rates vom 27. Juli 1994 (ABl. L 227, S. 1).

34 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 1996 (ABl. L 198, S. 30).

35 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 (ABl. L 213, S. 13).

36 — KOM(2004) 737 endg. und SEK(2004) 1348.

37 — KOM(2000) 412 endg. (ABl. C 337 E, S. 278).

38 — KOM(2003) 827 endg.

einen Beschluss des Rates zur Errichtung des Gemeinschaftspatentgerichts und betreffend das Rechtsmittel vor dem Gericht erster Instanz [39].

48. Im Unterschied zum Markenrecht, einem Bereich, in dem sowohl die Richtlinie 89/104/EWG [40] als auch die Verordnung Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke erlassen wurden, ist die europäische Patentgesetzgebung weit davon entfernt, eine so klare Antwort zu einer möglichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens geben zu können. Einige der in der vorstehenden Nummer genannten Rechtsakte, wie der gemeinschaftliche Sortenschutz, lassen sich den Patenten nicht einmal gleichstellen, wie die Kommission selbst einräumt. Andere wiederum sind in der Vorbereitungsphase ins Stocken geraten und nicht erlassen worden.

49. Es fehlt an einer Harmonisierungsregelung, und die Schaffung eines Gemeinschaftspatents ist im Rat auf unüberwindbare Widerstände gestoßen. Hier hilft die durch das Urteil Étang de Berre modifizierte Hermès-Rechtsprechung nicht weiter, die geltende Vorschriften verlangt, auch wenn sofort Zweifel hinsichtlich der Maßstäbe zur Feststellung des Niveaus an gesetzgeberischer Tätigkeit entstehen, das erforderlich ist, um von einer Zuständigkeit der Gemeinschaft und damit des Gerichtshofs ausgehen zu können.

50. Nicht in Frage gestellt wird in diesem Vorabentscheidungsverfahren die Ausübung der Zuständigkeiten der Kommission, sowohl derjenigen aus Art. 95 EG, auch in Bezug auf die verschiedenen Arten von immateriellen Eigentumstiteln im Hinblick auf den Binnenmarkt, wie derjenigen, die ihr über Art. 308 EG zugewiesen werden, um z. B. das Gemeinschaftspatent zu schaffen, ein Projekt, das keinen Erfolg hatte. In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, wie verwickelt und komplex es für die Kommission ist, von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen.

51. So wurde mit dem Übereinkommen von München über die Erteilung europäischer Patente von 1973 (im Folgenden: Europäisches Patentübereinkommen), dem die Mitgliedstaaten nach und nach beigetreten sind, ein paneuropäisches Instrument geschaffen, das neben den innerstaatlichen existiert. Mit dem Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent wurde eine Symbiose zwischen dem System der Gemeinschaft und den zwischenstaatlichen Systemen angestrebt; dieses Ziel erfordert den Erlass der Verordnung über das Gemeinschaftspatent, die gebührende Beachtung des Europäischen Patentübereinkommens und der Satzung des Europäischen Patentamts sowie die zukünftige Koordinierung der jeweiligen Entwicklung der Verordnung und des Übereinkommens. Zudem erlaubt es das Europäische Patentübereinkommen dem Patentamt nicht, diese Befugnisse auszuüben, so dass seine Änderung erforderlich ist [41].

39 — KOM(2003) 828 endg.

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

41 — Punkt 2.3 des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent, zuvor zitiert.

52. Es fällt schwer, festzustellen, ob es unter diesen Umständen ungerecht wäre, die Gemeinschaft zu bestrafen, weil sie ihre Verfahren nicht erfolgreich zum Abschluss gebracht hat, vor allem in einem Verfahren, für das Einstimmigkeit erforderlich ist [42]. Vielleicht hat der Autor Recht, der über die gemischten Übereinkommen schrieb, dass die Zuständigkeit zur Geisel ihrer Komplexität wird, wenn sie zum Kriterium für die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit erhoben wird [43]. Angesichts der allmählichen Ausweitung der geteilten Zuständigkeiten in den zahlreichen und unterschiedlichen Bereichen, die „vergemeinschaftet" werden, kündigt sich eine Lawine von Fragen an den Gerichtshof an, damit er zu seiner eigenen Zuständigkeit Stellung nimmt, ohne dass er jedes Mal der Untersuchung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts ausweichen kann.

53. Insgesamt könnte bei wörtlicher Anwendung der erwähnten Rechtsprechung festgestellt werden, dass es wegen des Fehlens von Gemeinschaftsvorschriften an einer Zuständigkeit des Gerichtshofs fehlt; man könnte sie aber auch, wie es die Kommission andeutet, sehr wohl als gegeben ansehen, wenn man das geistige Eigentum als einheitlichen Bereich betrachtet, der aus den Marken, den Mustern und den sonstigen Arten von Rechten besteht, die im TRIPs-Übereinkommen geregelt sind, und in dem es Mängel im Hinblick auf die gesetzgeberische Tätigkeit der Gemeinschaft gibt, wie die Schutzdauer, die für Erfindungspatente gewährt wird, was nach dem Urteil Étang de Berre der Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung aber nicht entgegensteht.

2. Alternativvorschlag

54. Angesichts der Schwierigkeiten der zitierten Rechtsprechung, in die sich der Gerichtshof selbst verstrickt hat, ziehe ich es vor, eine These zu vertreten, die es erlaubt, die so fest verankerte Position zu überwinden und einen Erneuerungsversuch im Sinne des Gemeinschaftsinteresses zu unternehmen, indem die umfassende Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens auf folgende Gründe gestützt wird.

55. Erstens verdient die Einbettung der WTO-Übereinkommen in den Kontext des Völkerrechts, in dem Verträge in dem Willen ratifiziert werden, sie redlich zu erfüllen, eine größere Aufmerksamkeit als die, die ihr bislang zuteil wurde. Ebenso ist die Mutation des GATT hervorzuheben, dessen „vertraglicher" Charakter abgeschwächt wurde, damit es sich im Wege der vollständigen Ausrichtung an den Standards der internationalen Verträge nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (im Folgenden: Wiener Übereinkommen) zu einen praktisch „verfassungsmäßigen" Rahmen für den Welthandel wandelt [44]. Es wäre daher angebracht, den Standpunkt der Urteile Haegeman und Demirel in Bezug auf die gemischten Übereinkommen aufrechtzuerhalten und sie als

42 — Das Projekt für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent wurde auf der Grundlage von Art. 308 EG vorgestellt, der Einstimmigkeit im Rat erfordert. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission auf Fragen nach den Gründen für das Scheitern des Projekts im Rat die Sprachenregelung als wesentliches Hindernis für seine Annahme genannt.

43 — Eeckhout, P., *a. a. O.*, S. 237.

44 — In Kraft seit dem 27. Januar 1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27 [1969], 1155 U.N.T.S. 331). Pescatore, P., „Opinion 1/94 on ‚conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?", in *Common Market Law Review*, Bd. 36, 1999, S. 400.

Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung zu betrachten.

56. Zweitens ergibt sich aus den von der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten gemeinsam geschlossenen Übereinkommen das gemeinsame Ziel, das sie verfolgen und das sie gegenüber Drittländern bindet, die Parteien dieser Abkommen sind. Der Loyalitätsgrundsatz des Art. 10 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht nur zur Zusammenarbeit bei der Aushandlung und dem Abschluss solcher Übereinkommen, sondern auch bei deren Durchführung [45]; dies steht in Übereinstimmung mit der Pflicht, die Zielsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht nur im Bereich der Gesetzgebung, sondern auch in der Verwaltung und in der Rechtsprechung zu erreichen [46].

57. Drittens besteht die beste Art und Weise, internationale Verpflichtungen gegenüber Dritten zu übernehmen und die notwendige Einheitlichkeit bei der Auslegung der gemischten Übereinkommen zu gewährleisten, darin, ihre einheitliche Auslegung sicherzustellen; eine Vorstellung, die sich mit der möglichen Verknüpfung zwischen den Bestimmungen des Übereinkommens festigt, wie Generalanwalt Tesauro vorausschickte [47]; insoweit wäre der Gerichtshof als einziges Organ in der Lage, eine solche Tätigkeit auszuüben, immer mit der unschätzbaren Hilfe der nationalen Gerichte über das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 EG. Diese Sensibilität gegenüber der Harmonie bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts wurde im Gutachten 1/91 offenkundig, das das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum betraf und in dem die These unterstützt wurde, dass die Zuständigkeit für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Sicherung seiner Kohärenz nicht zersplittert werden sollte [48].

58. Viertens würde der Umstand, dass sich der Gerichtshof für die Auslegung der gemischten Abkommen und insbesondere das TRIPs zuständig hält, nicht die Übertragung der nationalen Gesetzgebungskompetenzen auf die Gemeinschaft bedeuten, auch nicht derjenigen, die an die Mitgliedstaaten zurückfallen, weil die Gemeinschaftsorgane von ihnen keinen Gebrauch machen. Im Gegenteil, die Mitgliedstaaten könnten sich leichter mit dem Postulat des Art. 10 EG zufriedengeben und von diesen Prärogativen Gebrauch machen, wenn sie über eine für alle einheitliche und bindende Auslegung verfügten, auch in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft noch nicht tätig geworden ist.

59. An fünfter und letzter Stelle überrascht die von der bisherigen Rechtsprechung zu den gemischten Verträgen geschaffene Situation, denn dem Gerichtshof die Befugnis zur Prüfung eines derartigen von der Gemeinschaft ratifizierten Übereinkommens so lange zu versagen, bis bestimmte Materien

45 — Gutachten 1/94, Randnr. 108.

46 — Kahl, W., „Artikel 10", in Callies, C., Ruffert, M., *a. a. O.*, S. 451 ff.

47 — Nrn. 20 und 21 seiner Schlussanträge in der Rechtssache Hermès.

48 — Gutachten auf der Grundlage von Art. 228 Abs. 1 EWG-Vertrag vom 14. Dezember 1991 (Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Randnrn. 43 bis 45).

gesetzlich geregelt werden, erscheint genauso unlogisch, wie einem nationalen Gericht die Auslegung eines Rahmengesetzes so lange zu untersagen, wie die Behörden die auf sie übertragene Rechtssetzungsfunktion nicht ausgeübt haben.

60. So sollte sich der Gerichtshof der Mängel seiner Rechtsprechung bewusst werden und versuchen, die anhaltende Ungewissheit hinsichtlich seiner Befugnis zur Untersuchung der gemischten Übereinkommen zu beseitigen, indem er es wagt, den eingeschlagenen Weg zu ändern und sich seiner Verantwortung zu stellen, um seine Rechtsprechung neu auszurichten und sie den Grundsätzen des internationalen Rechts anzupassen und um sie mit der Rechtssicherheit zu versehen, deren die Organe auf innergemeinschaftlicher Ebene bedürfen. Im Urteil Dior hat er bereits einen Schritt in diese Richtung unternommen und Art. 10 EG in seine Argumentation einbezogen, aber er irrte, als er ihm nicht die Reichweite zuerkannte, für die ich eintrete.

61. Im Licht der vorstehenden Ausführungen wage ich es, dem Gerichtshof vorzuschlagen, seine Zuständigkeit für die Auslegung des TRIPs-Übereinkommens und damit für dessen Art. 33 zu bejahen.

C — Zur unmittelbaren Wirkung von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens

62. Wenn in der Partitur der Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Außenbeziehungen der Gemeinschaft die Auslegung der gemischten Übereinkommen zum Ritornell geworden ist, so stellt die unmittelbare Wirkung den unauflöslich damit verbundenen Solopart dar, so dass das eine nie ohne das andere in Erscheinung tritt. Der Vergleich ist nicht willkürlich, denn wie im Folgenden festgestellt werden wird, offenbaren die Argumente der Gemeinschaftsrechtsprechung große methodologische Übereinstimmungen.

63. Die Formulierung der Frage des Supremo Tribunal de Justiça ist mehrdeutig und scheint sowohl auf die unmittelbare Wirkung als auch auf die Möglichkeit für den Einzelnen, sich in Rechtsstreitigkeiten vor nationalen Gerichten auf die WTO-Übereinkommen zu berufen, anzuspielen, doch legen der Vorlagebeschluss und die in diesem Vorabentscheidungsverfahren eingereichten Erklärungen den Schwerpunkt auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens.

64. Deshalb sollte mit den Präzedenzfällen der Rechtsprechung des Gerichtshofs begonnen werden, um daraus die zutreffende Antwort abzuleiten und diese dabei nach Maßgabe bestimmter Überlegungen anzupassen.

1. Die Antwort nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs

a) Von Hermès bis Van Parys

65. Nach dem Urteil Demirel ist eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens unmittelbar anwendbar, wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf Zweck und Wesen des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen [49].

66. Wenngleich im Urteil Hermès zu diesem Aspekt keine Stellung genommen wurde, zeigte sich Generalanwalt Tesauro geneigt, die unmittelbare Wirkung der WTO-Übereinkommen anzuerkennen; dabei stützte er sich darauf, dass die Vorbehalte des Gerichtshofs hinsichtlich des GATT durch dessen Nachfolgeabkommen überwunden wurden [50]. Er betonte jedoch, dass sich der Einzelne „bei den Bestimmungen, die dafür in Frage kommen", auf das TRIPs-Übereinkommen berufen könnte, was das in der vorstehenden Nummer zitierte Urteil Demirel in Erinnerung ruft, denn „was zählt ... ist die Frage, ob die betreffende Bestimmung sich als solche zur Anwendung eignet, was jedes Mal dann der Fall ist, wenn *es keines weiteren Aktes bedarf, damit sie die ihr eigenen Wirkungen entfalten kann*" [51].

67. Der Gerichtshof brachte seine Auffassung in der Rechtssache Portugal/Rat zum Ausdruck [52], deren Sachverhalt mit dem TRIPs-Übereinkommen keinen Zusammenhang aufwies, denn es wurde unter Berufung auf die Nichtigkeit des Beschlusses über ihren Abschluss die Gültigkeit zweier mit Indien bzw. Pakistan geschlossener Übereinkommen über den Marktzugang für Textilwaren [53] mit der Begründung in Zweifel gezogen, sie verstießen gegen Bestimmungen und Grundsätze der WTO.

68. Das Urteil war Ausgangspunkt für ein umfangreiches und mehrheitlich kritisches Schrifttum [54]; um diese Schlussanträge nicht auszuweiten, stelle ich es knapp dar. Wenngleich anerkannt wird, dass die WTO-Übereinkünfte bemerkenswerte Unterschiede gegenüber dem GATT 1947 aufweisen, insbesondere aufgrund der Stärkung der Schutzregelung und des Streitbeilegungsmechanismus [55], unterstrich der Gerichtshof

49 — Urteil Demirel, Randnr. 14.

50 — Schlussanträge in der Rechtssache Hermès, Nr. 30, zweiter Absatz.

51 — Ebd., Nr. 37, Hervorhebung nur hier.

52 — Urteil vom 23. November 1999 (C-149/96, Slg. 1999, I-8395, Randnrn. 42 bis 47).

53 — Beschluss 96/386/EG des Rates vom 26. Februar 1996 über den Abschluss von Vereinbarungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Islamischen Republik Pakistan sowie zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Indien über den Marktzugang für Textilwaren (ABl. L 153, S. 47).

54 — Treffend zusammengefasst in Cebada Romero, A., *a. a. O.*, S. 467 ff.

55 — Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Anhang 2 der WTO-Übereinkommen).

die Verhandlungsrolle der Staaten, um daraus den Schluss zu ziehen, dass durch die Bejahung der unmittelbaren Wirkung dieses Übereinkommens den Legislativ- und Exekutivorganen der Mitglieder die ihnen in Art. 22 der Vereinbarung eingeräumte Befugnis genommen würde, auf dem Verhandlungsweg Lösungen zu erreichen, selbst wenn diese nur als vorübergehende zulässig sind [56].

69. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass der Zweck der WTO-Übereinkünfte ergibt, dass in ihnen nicht festgelegt ist, mit welchen rechtlichen Maßnahmen die Mitglieder diese Übereinkünfte nach Treu und Glauben in ihre interne Rechtsordnung umzusetzen haben [57], woraus er den Schluss zieht, dass die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht an den Bestimmungen dieser Übereinkünfte gemessen werden kann [58].

70. Er nahm jedoch Bezug auf zwei Fälle, in denen den Bestimmungen des GATT unmittelbare Wirkung zugesprochen wurde: wenn die Gemeinschaft beabsichtigt, eine im Rahmen der WTO übernommene Verpflichtung zu erfüllen (Rechtssache Fediol) [59], oder wenn ein Gemeinschaftsakt ausdrücklich auf die WTO-Übereinkommen Bezug nimmt (Rechtssache Nakajima) [60]; in diesen Fällen, die, wie sich aus dem Urteil Van Parys [61] ergibt, die einzigen Ausnahmen von der allgemeinen Regel bilden, ist es Aufgabe des Gerichtshofs, die Gültigkeit des europäischen Aktes im Verhältnis zu den Bestimmungen der WTO zu beurteilen.

71. Im letztgenannten Urteil nimmt die Ablehnung der unmittelbaren Wirkung absolute Züge an, denn der Gerichtshof hat die Möglichkeit verneint, sich vor einem Gericht eines Mitgliedstaats auf die Unvereinbarkeit einer Gemeinschaftsvorschrift mit dem WTO-Übereinkommen zu berufen, selbst wenn das Streitbeilegungsgremium [62] eine solche Unvereinbarkeit bejaht hat [63]. Es könnte der in Art. 26 des Wiener Übereinkommens verankerte Grundsatz *pacta sunt servanda* verletzt worden sein [64], da die Entscheidungen einer Einrichtung, deren Zuständigkeit die Gemeinschaft mit der Unterzeichnung der WTO-Übereinkommen akzeptiert hat, missachtet werden, aber das Urteil Van Parys überrascht auch deshalb, weil der Gerichtshof sich immer darum bemüht hat, dass seine Urteile auf allen nationalen Verwaltungs-, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsebenen beachtet werden.

Die Folgen des Urteils Dior

72. Im Unterschied zum Urteil Hermès ging der Gerichtshof im Urteil Dior den Fragen

56 — Urteil Portugal/Rat, Randnrn. 36 bis 40.

57 — Ebd., Randnr. 41.

58 — Ebd., Randnr. 47.

59 — Urteil vom 22. Juni 1989, Fediol/Kommission (70/87, Slg. 1989, 1781, Randnrn. 19 bis 22).

60 — Urteil vom 7. Mai 1991, Nakajima/Rat (C-69/89, Slg. 1991, I-2069, Randnr. 31).

61 — Urteil vom 1. März 2005 (C-377/02, Slg. 2005, I-1465, Randnrn. 39 und 40).

62 — Vorgesehen in Art. 2 Abs. 1 der genannten Vereinbarungen.

63 — Urteil Van Parys, Randnr. 54.

64 — Laget-Annamayer, A., „Le Statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire: en attendant la consécration de l'invocabilité", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 42 (2), April/Juni 2006, S. 281 ff.

der niederländischen Gerichte zur unmittelbaren Wirkung des TRIPs-Übereinkommens nicht aus dem Weg. Er löste sie aber nicht in dem von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache Hermès vorgeschlagenen Sinn, sondern beharrte auf der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft.

73. Unter Berufung auf Randnr. 14 des Urteils Demirel und nachdem er daran erinnert hatte, dass sich Einzelne vor den nationalen Gerichten nicht auf die WTO-Bestimmungen berufen können (Urteil Portugal/Rat), unterschied er zwischen den Bereichen, in denen eine europäische Regelung existiert, und denen, in denen die Gemeinschaft ihre Befugnisse noch nicht ausgeübt hat [65]. Im Hinblick auf die Erstgenannten wiederholte er die Verpflichtung zur Auslegung des TRIPs-Übereinkommens im Licht seines Wortlauts und seines Zwecks [66], hinsichtlich der Zweitgenannten kam er zu dem Ergebnis, dass das Gemeinschaftsrecht, da sie ihm nicht unterliegen, „es ... nicht [gebietet], ... es aber auch nicht [ausschließt], dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats dem Einzelnen das Recht zuerkennt, sich unmittelbar auf die Bestimmung [das TRIPs-Übereinkommen] zu berufen".

74. Nach dieser Rechtsprechung erhält damit die — gemeinschaftliche wie nationale — Zuständigkeit für die Anwendung der konkreten Vorschrift und die Entscheidung, wem die Feststellung obliegt, ob die Möglichkeit besteht, sich auf sie zu berufen, erneut einen Sinn. Bei der Übertragung dieses Gedankens auf den vorliegenden Sachverhalt ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof für diese Feststellung zuständig ist, wenn Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens zu den Gemeinschaftsangelegenheiten gehört; ist er im Bereich der nationalen Befugnisse angesiedelt, sind es die Gerichte der Mitgliedstaaten [67].

75. Wie schon bei der ersten Frage überzeugt mich diese Vorgehensweise des Gerichtshofs, die sich an den jeweiligen Kompetenzen der Gemeinschaft und der sie bildenden Länder orientiert, nicht, denn sie zwingt erneut dazu, zu untersuchen, ob die Union von ihren Zuständigkeiten in ausreichender Weise Gebrauch gemacht hat; es treten wieder die fehlende Vorhersehbarkeit für die Organe und der exzessive Protagonismus des Gerichtshofs in Erscheinung, der die Streitfrage mit der Zuständigkeitsverteilung löst. Vor allem aber wird die Einheitlichkeit und Kohärenz der Auslegung des Gemeinschaftsrechts gefährdet, einschließlich der internationalen Verträge, an denen die Mitgliedstaaten gemeinsam mit der Gemeinschaft beteiligt sind, was für eine andere Methodologie spricht.

2. Alternativer Vorschlag

76. Der Leitfaden meines Konzepts ist einfacher. Er skizziert die Notwendigkeit, die internationalen Verpflichtungen der Union

65 — Urteil Dior, Randnrn. 47 und 48.

66 — Nach dem Urteil Hermès, Randnr. 28.

67 — Ebenso Urteil Schieving-Nijstad u. a., Randnrn. 51 bis 55.

nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der das Handeln der Staaten, aber auch das der internationalen Organisationen und die Auslegung der von ihnen unterzeichneten Übereinkommen immer leiten muss [68], gemäß den Art. 26 und 31 des Wiener Übereinkommens zu respektieren.

77. Ich glaube, dass ich mich nicht im Irrtum befinde, wenn ich in dieselbe Philosophie das Urteil Demirel einreihe, in dem in der mehrfach zitierten Randnr. 14 die unmittelbare Anwendbarkeit der von der Gemeinschaft geschlossenen Abkommen einerseits vom Wortlaut und dem Wesen des Übereinkommens und andererseits davon, dass es eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, abhängig gemacht wird. Eher als die dargestellte Rechtsprechung sollten diese beiden Kriterien zur Leitschnur bei der Untersuchung der unmittelbaren Wirkung werden.

78. Doch solange die im Urteil Portugal/Rat niedergelegte Auffassung fortbesteht, die zum letzten Mal im Urteil Van Parys bestätigt wurde, ist keine andere Option für die Abkehr von dem dualen System ersichtlich, in das der Gerichtshof auf einer unsicheren rechtlichen Grundlage die Rezeption des Völkerrechts und der WTO-Übereinkommen in der Gemeinschaft verwandelt hat, um seinen Pflichten zu entgehen [69].

Folglich kann eine derartige Vorschrift nie in der Union ihre unmittelbare Wirkung entfalten, mit Ausnahme der in den Urteilen Fediol und Nakajima genannten Fälle.

79. Da die Urteile des Gerichtshofs eher die politische als die juristische Sphäre berühren [70], erübrigt es sich, sich in die Diskussion zu vertiefen und darauf zu vertrauen, dass die Kritik im Schrifttum den Widerstand, den Standpunkt von Generalanwalt Saggio zu übernehmen, überwindet, für den eine Vertragsbestimmung grundsätzlich wegen ihres klaren, eindeutigen und unbedingten Inhalts ein Kriterium für die Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsakten darstellt, wobei der Einzelne sich auf sie vor nationalen Gerichten nur berufen kann, wenn dies aus dem Kontext des Übereinkommens insgesamt hervorgeht [71].

80. Es bleibt mir nur, in dieser scheinbar durch ständige Rechtsprechung gelösten Kontroverse zwei weitere Gedanken zu skizzieren.

81. Wenn, erstens, der wahre Grund für den Gerichtshof, die unmittelbare Wirkung der WTO-Übereinkommen zu verneinen, auf seine Absicht zurückgeht, nicht in die

68 — Dupuy, P. M., *Droit international public*, Dalloz, 4. Aufl., Paris, 1998, S. 284.

69 — Pescatore, P., „Free World Trade and the European Union", in Pérez van Kappel, A., Heusel, W., (Hrsg.) *Free World Trade and the European Union — The reconciliation of Interest and the Review of the Understanding on Dispute Settlement in the Framework of the World trade Organisation*, Academy of European Law, Bd. 28, Trier, 2000, S. 12.

70 — Laget-Annamayer, A., *a. a. O.*, S. 287; auch Cebada Romero, A., *a. a. O.*, S. 490.

71 — Schlussanträge in der Rechtssache Portugal/Kommission, Nr. 18.

Zuständigkeiten der politischen Organe der Gemeinschaft einzugreifen, damit sie innerhalb des Verhandlungsspielraums, den ihnen die Vereinbarung zur Beilegung von Streitigkeiten einräumt, handeln können [72], wäre er nur hinsichtlich derjenigen Bereiche stichhaltig, in denen wirklich die Möglichkeit für einen Vergleich besteht.

82. Auch wenn das TRIPs-Übereinkommen zu den Materien gehört, auf die die Vereinbarung anwendbar ist, ist das Wesen der Regelung, die es harmonisieren soll — der Rechte des geistigen und gewerblichen Eigentums — schwer vereinbar mit dem Streitbeilegungsmechanismus, denn diese Rechte gehören dem Einzelnen und nicht dem Staat [73].

83. Das Wesen dieses Anhangs zum WTO-Übereinkommen unterscheidet sich erheblich von dem des Allgemeinen Übereinkommens, zu dem der Gerichtshof seine Feststellungen im Urteil Portugal/Rat erarbeitete; einige Mindestschutzstandards, wie die Dauer von Patenten, lassen sich nur schwer den Normen gleichstellen, die z. B. die Herabsetzung oder die Abschaffung der Zölle fordern, um den Marktzugang von Produkten zu erleichtern. Ich bezweifle, dass diese unterschiedlichen Arten von Regeln dieselbe Flexibilität aufweisen, um zu einem Kompromiss gelangen zu können. Es sollte daher der Vorschrift, die ausgelegt wird, bei der Feststellung, ob durch Verhandlungen gegen sie verstoßen werden kann, größere Aufmerksamkeit zuteil werden.

84. Zweitens scheint der Ansatz des Gerichtshofs dem Streitbeilegungssystem der WTO übergroße Bedeutung beizumessen, denn er stellt die Möglichkeit, auf die aufgrund des WTO-Übereinkommens übernommenen Aufgaben zu verzichten, vor seine Verbindlichkeit als multilateraler internationaler Vertrag.

85. Gewiss sieht dieses Übereinkommen keinen Rechtsbehelf wie das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG und noch weniger Zwangsmaßnahmen wie nach Art. 228 EG vor, aber dieser Mangel erlaubt es nicht, die Begriffe der überstaatlichen Vereinbarung zu verkehren und der Streitbeilegungsmethode den Rang einer legalen und alternativen Ausflucht gegenüber dem Imperativ der redlichen Einhaltung des Völkerrechts einzuräumen. Ihm kann kein derartiges Übergewicht eingeräumt werden, indem ihm sein Ausnahmecharakter genommen wird. Darüber hinaus hat eine vergleichsweise Lösung immer vorläufigen Charakter [74] und muss auf die Einhaltung der Vereinbarung gerichtet sein [75], was für diejenigen spricht, die die Einzigartigkeit des Streitbeilegungsmechanismus betonen.

72 — Eeckhout, P., *a. a. O.*, S. 306.

73 — Vierter Absatz der Präambel des TRIPs-Übereinkommens.

74 — Art. 22 Abs. 1 der Vereinbarung über Streitbeilegung.

75 — Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 7 der Vereinbarung, der bestimmt: „Eine für die Streitparteien beiderseits akzeptable und *mit den unter die Vereinbarung fallenden Übereinkommen übereinstimmende* Lösung ist eindeutig vorzuziehen" (Hervorhebung nur hier).

86. Nach Art. IX des WTO-Übereinkommens sind zwar die Ministerkonferenz und der Allgemeine Rat ausschließlich befugt, dieses Übereinkommen und die Multilateralen Handelsübereinkommen auszulegen, doch hat dies mit einer Dreiviertelmehrheit der Mitglieder zu erfolgen. Wegen der hohen Zahl der Vertragsparteien ist es schwer, eine solche Mehrheit zu erreichen, weshalb ich mich der Ansicht nicht anschließe, wonach diese Zuständigkeit aus Art. IX den justiziellen Charakter des Streitbeilegungsmechanismus abschwäche [76], denn bis heute ist noch nie von ihr Gebrauch gemacht worden [77].

87. Die vorstehenden Überlegungen erlauben es, die erste Klippe hinsichtlich des Wesens und des Kontexts des zu untersuchenden Übereinkommens zu umschiffen. Deshalb fehlt nur noch die Auslegung von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens, um zu seiner unmittelbaren Wirkung Stellung nehmen zu können.

88. Da ich jedoch ahne, dass der im Licht der Rechtsprechung unter Punkt 1 des Abschnitts V C dieser Schlussanträge formulierte Vorschlag für das vorlegende Gericht kein Interesse hat, da es in Wirklichkeit nach Auslegungsregelungen sucht, die ihm bei der Feststellung der unmittelbaren Wirkung der streitigen Bestimmung behilflich sind, sollte er unter einem dritten Punkt untersucht werden, der aus methodologischer Sicht als den beiden anderen gemeinsam zu betrachten ist. Dies verlangt die Logik, denn beide Wege treffen an dem Punkt zusammen, an dem die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift ihre ausführliche Prüfung nach sich zieht.

3. Untersuchung von Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens

89. In mehreren der in diesem Vorabentscheidungsverfahren eingereichten schriftlichen Erklärungen wurde auf der Grundlage einer zu oberflächlichen Lektüre der Wortlaut der streitigen Vorschrift als klar bezeichnet.

90. Ich teile diese Ansicht nicht. Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens umfasst zwei Prämissen: Die eine ist die Mindestdauer des Patentschutzes, die er auf 20 Jahre festlegt, die andere die Höchstdauer, die er dem freien Willen des nationalen Gesetzgebers überlässt.

91. Der Wortlaut ist nicht eindeutig und hat zu einer irrigen Auslegung geführt. Das zutreffende Verständnis der Vorschrift begreift sie als Anweisung an die Signatarstaaten: Sie sollen ihre Patentregelungen der ersten Prämisse anpassen und eine Schutzdauer für diese Rechte des gewerblichen Eigentums von mindestens 20 Jahren ab

76 — Timmermans, C. W. A., „L'Urugay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne", in *Revue du Marché Unique Européen*, Nr. 4/1994, S. 178.

77 — Nach mündlichen Auskünften der Abteilung für Rechtsangelegenheiten der WTO.

Antragstellung vorsehen. Die zweite Prämisse der Vorschrift räumt ihnen bei der Bestimmung der Höchstdauer ein Ermessen ein.

92. Für die erste Prämisse könnte man für Fälle wie diesen eine „asymmetrische" unmittelbare Wirkung vorsehen, wenn die Verletzung darin besteht, dass der Schutz dieser immateriellen Rechte unterhalb der beschriebenen zeitlichen Grenze aufrechterhalten wurde, nachdem der vom TRIPs-Übereinkommen gestattete Übergangszeitraum abgelaufen war. Es scheint unbestreitbar, dass die Verpflichtung der Staaten die Voraussetzung für seine unmittelbare Anwendbarkeit erfüllt. Auf diese Weise wären die von der Untätigkeit des Gesetzgebers Betroffenen berechtigt, sich gegenüber dem rechtswidrig handelnden Staat auf die streitige Vorschrift zu berufen. Diese Folge wäre so von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur vertikalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien umfasst.

93. Wegen des Fehlens einer Höchstgrenze bestehen im Hinblick auf die Anerkennung einer horizontalen unmittelbaren Wirkung größere Zweifel. Das Ende der Schutzfrist für diese Sondereigentumsrechte betrifft nicht nur ihren Inhaber, sondern insbesondere Dritte und die Allgemeinheit, die in diesem Bereich das allgemeine Interesse repräsentieren. Für die Wettbewerber, aber auch im Sinne einer angemessenen Verwaltung der für diese Rechte vorgesehenen Register, muss Klarheit darüber bestehen, wann der Schutz des Patents in der nationalen Rechtsordnung endet.

94. Übt der Gesetzgeber diese Befugnis nicht aus, ist es unmöglich, anhand des reinen Wortlauts von Art. 33 den genauen Zeitpunkt festzustellen, an dem die Geltung des gesetzlich eingeräumten Monopols endet. Insbesondere würde die Entscheidung, dass es ausreiche, auf die Mindestoption der 20 Jahre zurückzugreifen, bedeuten, sich eine Kompetenz des Gesetzgebers anzumaßen, und könnte Dritten nicht entgegengehalten werden.

95. Folglich hat Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens keine unmittelbare Wirkung, da es in die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers fällt, die genaue Dauer des Patentschutzes in seiner eigenen Rechtsordnung festzulegen.

96. Zum Abschluss ist hinzuzufügen, dass Art. 70 des TRIPs-Übereinkommens über den „Schutz bestehender Gegenstände des Schutzes", der im Rahmen der Befürwortung einer unmittelbaren Wirkung des Art. 33 angeführt wurde, darauf gerichtet ist, den bei Inkrafttreten des TRIPs-Übereinkommens bestehenden Rechten einen Schutz zu garantieren, der dem entspricht, der den Rechten gewährt wird, die aufgrund der von den Vertragsstaaten erlassenen Vorschriften zur Umsetzung des Übereinkommens eingeräumt werden. Es geht daher um die Ausdehnung des neuen Schutzes auf die alten Patente, so dass kein Zusammenhang mit der unmittelbaren Wirkung seiner Vorschriften besteht.

VI — Ergebnis

97. Aus all diesen Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des portugiesischen Supremo Tribunal de Justiça folgendermaßen zu antworten:

Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens hat keine unmittelbare Wirkung, da er eine weitere gesetzgeberische Tätigkeit des nationalen Gesetzgebers zur Festlegung der genauen Dauer des Patentschutzes erfordert, so dass sich Einzelne vor den nationalen Gerichten nicht auf ihn berufen können.