

Rechtsprechungsberichte

Anmerkungen zu jüngsten Entscheidungen des EuGH

Von Richter Dr. MANFRED A. DAUSAS, BMJ, Bonn

Der EuGH hat in letzter Zeit zwei beachtenswerte Entscheidungen erlassen, die sich mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts bzw. dem Konflikt zwischen einem gewerblichen Schutzrecht und der Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs befassen. Es handelt sich um die Urteile in den Rechtssachen 106/77 bzw. 102/77.

A. Urteil des EuGH vom 9. März 1978 — RS 106/77 (Staatliche Finanzverwaltung gegen S.p.A. Simmenthal)

I.

Das Urteil, das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des *Pretore in Susa* gemäß Art. 177 EWG-V ergangen ist, befaßt sich mit der unmittelbaren Geltung des vorrangigen Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten. Es betrifft die Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität der nach italienischem Recht bestehenden Vorlagepflicht des Prozeßrichters an den Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale) bezüglich eines mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren nationalen Gesetzes. Die Corte Costituzionale hat diese Vorlagepflicht auf Art. 11 der italienischen Verfassung gestützt, der besagt, daß Italien „... unter der Bedingung der Gleichstellung mit den anderen Staaten den Souveränitätsbeschränkungen zustimmt, die für eine Ordnung notwendig sind, welche den Frieden und die Gerechtigkeit unter den Nationen sichern soll; es fördert und begünstigt die auf dieses Ziel ausgerichteten internationalen Organisationen“.

Dem Vorabentscheidungsersuchen liegt der folgende Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte des Ausgangsrechtsstreits, die Firma S.p.A. Simmenthal mit Sitz in Monza, hatte eine Partie Rindfleisch für die menschliche Ernährung aus Frankreich eingeführt. Die Einfuhr unterlag gemäß den italienischen Gesundheitsgesetzen der Zahlung einer Gebühr für die gesundheitspolizeilich vorgeschriebene Einfuhruntersuchung.

Da die Fa. Simmenthal der Ansicht war, daß die beim Grenzübertritt vorgenommenen gesundheitspolizeilichen Untersuchungen und die für diese Untersuchungen erhobenen Gebühren gemeinschaftsrechtlich verbotene Hindernisse für den freien Warenverkehr darstellten, erhob sie Klage auf Rückzahlung der nach ihrer Ansicht rechtsgrundlos gezahlten Beträge. Die Klage veranlaßte den damit befaßten *Pretore von Susa*, im Wege des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 177 EWG-V den EuGH anzurufen, der mit Urteil vom 15. Dezember 1978 in der Rechtssache 85/78 („Gesundheitskontrollen“) (Siz. 1978, 1871) für Recht erkannte, daß gesundheitspolizeiliche Untersuchungen, die bei der Einfuhr von Tieren oder von Fleisch für die Ernährung an der Grenze vorgenommen werden, Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Art. 30 EWG-V darstellen und daß finanzielle Belastungen, die aus Gründen der gesundheitspolizeilichen Kontrolle von Waren beim Grenzübertritt erhoben werden, grundsätzlich als Abgaben zollgleicher Wirkung anzusehen sind.

Aufgrund dieses Urteils erklärte der *Pretore von Susa* die Erhebung der fraglichen Gebühren mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts für unvereinbar und forderte die italienische Staatliche Finanzverwaltung mit Mahbescheid zur Rückzahlung der zu Unrecht erhobenen Beträge auf. Dagegen legte die Finanzverwaltung Einspruch ein.

Angesichts des Vorbringens der Beteiligten gelangte der *Pretore* im Einspruchsverfahren zu der Auffassung, er stehe vor einem Problem des Widerspruchs zwischen bestimmten Normen des Gemeinschaftsrechts (nach denen gebührenpflichtige gesundheitspolizeiliche Einfuhruntersuchungen unzulässig sind) und einem späteren nationalen Gesetz (nach dem die genannten Maßnahmen zulässig sind). Er wies darauf hin, daß er im Falle eines solchen Konflikts gehalten sei, der Corte Costituzionale die Frage der Verfassungsmäßigkeit des widersprechenden nationalen Gesetzes im Hinblick auf Art. 11 der Verfassung vorzulegen. Andererseits erzeugten nach fester Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH) die unmittelbar geltenden Gemeinschaftsbestimmungen direkte Wirkungen und dürften keinen

Eingriff der staatlichen Organe unterliegen, der ihre volle, uneingeschränkte und einheitliche Geltung in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder hemmen könnte.

Schwierigkeiten entständen daraus, daß das Gericht das die Geltung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigende Gesetz nicht unmittelbar für unanwendbar erklären könne, sondern in jedem Fall die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit der Corte Costituzionale vorlegen müsse. Die Vorlagepflicht habe nämlich zur Folge, daß bis zur Entscheidung der Corte die volle Geltung des Gemeinschaftsrechts verhindert werde. Zudem sei es wegen der „*ex tunc*“-Wirkung dieser Entscheidung weder möglich, die Verletzung der internationalen Verpflichtungen des Staates rückwirkend wiedergutzumachen, noch den vollen Schutz der aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen und durch dieses geregelten subjektiven Rechte des Einzelnen zu gewährleisten.

Der *Pretore von Susa* hat demzufolge das Verfahren ausgesetzt und den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 177 EWG-V die folgenden Fragen vorgelegt:

„a) Wenn nach Artikel 189 EWG-Vertrag und der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften die unmittelbar geltenden Gemeinschaftsbestimmungen ungeschädigt jedweder nationalen Vorschrift oder Praxis der Mitgliedstaaten in deren Rechtsordnungen volle, uneingeschränkte und einheitliche Wirksamkeit, auch zum Schutze der subjektiven Rechte der Einzelnen, entfalten müssen, ergibt sich dann daraus, daß die Tragweite dieser Bestimmungen so zu verstehen ist, daß etwaige spätere nationale Vorschriften, die ihnen entgegenstehen, unmittelbar nicht mehr anzuwenden sind, ohne daß ihre Beseitigung durch den nationalen Gesetzgeber selbst (Aufhebung) oder durch ein anderes Verfassungsorgan (Feststellung der Verfassungswidrigkeit) abgewartet werden müßte, insbesondere wenn man bei dieser zweiten Fallgestaltung bedenkt, daß bis zu der genannten Feststellung, da das nationale Recht voll wirksam bleibt, die Geltung der Gemeinschaftsbestimmungen beeinträchtigt ist und daher weder deren volle, uneingeschränkte und einheitliche Wirksamkeit gewährleistet ist noch die Rechte der Einzelnen geschützt sind?“

b) Im Zusammenhang mit der vorhergehenden Frage: Muß dann, wenn es nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, daß der Schutz der aus „unmittelbar geltenden“ Gemeinschaftsbestimmungen erwachsenen subjektiven Rechte bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben wird, zu dem etwaige entgegenstehende nationale Maßnahmen durch die zuständigen nationalen Stellen effektiv beseitigt werden, diese Beseitigung auf jeden Fall uneingeschränkt rückwirkende Kraft haben, so daß alle nachteiligen Folgen für die subjektiven Rechte vermieden werden?“

Der Gerichtshof (EuGH) hat hierzu u. a. ausgeführt: „Unmittelbare Geltung [einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung] bedeutet ... daß die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen. Diese Bestimmungen sind somit unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten für alle diejenigen, die sie betreffen, einerlei, ob es sich um die Mitgliedstaaten oder um solche Einzelpersonen handelt, die an Rechtsverhältnissen beteiligt sind, welche dem Gemeinschaftsrecht unterliegen. Diese Wirkung erstreckt sich auch auf jedes Gericht, das, angehen im Rahmen seiner Zuständigkeit, als Organ eines Mitgliedstaates die Aufgabe hat, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen verleiht.“

Darüber hinaus haben nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten nicht nur zur Folge, daß allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch — da diese Bestimmungen und Rechtsakte vorrangiger Bestandteil der im

Gebiet eines jeden Mitgliedstaates bestehenden Rechtsordnung sind —, daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.

... Aus alledem folgt, daß jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet läßt. Sonach wäre jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis mit den in der Natur des Gemeinschaftsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts führen würde, daß dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung alles Erforderliche zu tun, um diejenigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden. Dies wäre dann der Fall, wenn bei einem Widerspruch zwischen einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung und einem späteren staatlichen Gesetz die Lösung dieses Normenkonflikts einem über ein eigenes Beurteilungsermessens verfügenden anderen Organ als dem Gericht, das für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu sorgen hat, vorbehalten wäre, selbst wenn das Hindernis, das sich so der vollen Wirksamkeit dieses Rechts in den Weg stellt, nur vorübergehender Art wäre.

Demnach ist auf die erste Frage zu antworten, daß das staatliche Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede — auch spätere — entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet läßt, ohne daß es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müßte.

Die zweite Frage geht im wesentlichen dahin, ob dann, wenn es zulässig ist, daß der Schutz der durch die Gemeinschaftsbestimmungen verliehenen Rechte bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben wird, zu dem etwaige entgegenstehende nationale Maßnahmen durch die zuständigen nationalen Stellen effektiv beseitigt werden, diese Beseitigung auf jeden Fall uneingeschränkt rückwirkende Kraft haben muß, so daß alle nachteiligen Folgen für die erwählten Rechte vermieden werden.

Aus der Antwort auf die erste Frage ergibt sich, daß das staatliche Gericht gehalten ist, den Schutz der durch die Bestimmungen der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte zu gewährleisten, ohne daß es die effektive Beseitigung etwaiger nationaler Maßnahmen, welche die unmittelbare und sofortige Geltung der Gemeinschaftsnormen behindern, durch die hierzu ermächtigten nationalen Organe beantragen oder abwarten müßte.

Die zweite Frage erweist sich somit als gegenstandslos.

Aus den angeführten Entscheidungsgründen hat der EuGH für Recht erkannt (Urteilstenor):

„Das staatliche Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, ist gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede — auch spätere — entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet läßt, ohne daß es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müßte.“

II.

Das Urteil verdient die besondere Beachtung des Europarechters, wenngleich es keine unmittelbaren Auswirkungen auf

die deutsche Rechtsprechung hat (ein Vorlageverfahren zum BVerfG ist für den Kollisionstatbestand des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vorgesehen). Es stellt eine wesentliche Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seiner unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten dar, da es zum ersten Mal verfahrensrechtliche Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Vorrangprinzips stellt.

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht ist ein in der Rechtsprechung des EuGH seit längerem gefestigter Grundsatz¹. Er steht in engem Zusammenhang mit dem Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, da ihm nur wirksam Geltung verliehen werden kann, wenn sichergestellt ist, daß das vorrangige Gemeinschaftsrecht auch unmittelbar von den nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichten angewandt wird.

Der EuGH hat in der Vergangenheit die Typen gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, denen unmittelbare Durchgriffswirkung zukommt, stufenweise herausgearbeitet:

Ausgangspunkt seiner einschlägigen Rechtsprechung war die Bejahung des Durchgriffscharakters der Bestimmung des Art. 12 EWG-V, der den Mitgliedstaaten die Einführung neuer und die Erhöhung bestehender Einfuhr- oder Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung untersagt („stand-still“-Verpflichtung)².

In einer zweiten Stufe hat der EuGH die Durchgriffsqualität von Normen des primären Gemeinschaftsrechts auch auf gemeinschaftsrechtliche Handlungsverpflichtungen ausgedehnt (Auslegung des Art. 95 Abs. 3 EWG-V, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, spätestens mit Beginn der zweiten Stufe der Übergangszeit gewisse protektionistische Maßnahmen zu beseitigen)³.

Schließlich hat er in einer dritten Stufe anerkannt, daß — entgegen dem Wortlaut des Art. 189 EWG-V — auch Richtlinien und an die Mitgliedstaaten gerichtete Entscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen Regeln enthalten können, die unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und Einzelpersonen entfalten⁴.

Mit dem zitierten jüngsten Urteil, das erstmals auf die verfahrensrechtliche Seite des Durchgriffsgebotes abstellt, hat der EuGH eine weitere, vierte Stufe seiner einschlägigen Rechtsprechung beschritten und zugleich dem Fortschritt der Rechtsintegration einen neuen Markstein gesetzt.

Der bisher im Schrifttum vertretenen Auffassung, die es ausschließlich als eine Frage des innerstaatlichen Rechts ansah, ob und in welchem Umfang der nationale Prozeßrichter gehalten ist, von einer eigenen Vorrangentscheidung abzusehen und in einem Zwischenverfahren eine Entscheidung des nationalen Verfassungsgerichts einzuholen⁵, hat er eine Absage erteilt. Die Entscheidung ist rechtspolitisch als ein weiterer Schritt in Richtung auf eine wirksame Ausgestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Vorrangprinzips zu begrüßen. Sie ist jedoch dogmatisch nicht unbedenklich, da die Bestimmung des Gerichts, das die gemeinschaftsrechtliche Vorrangentscheidung zu treffen hat, und die Regelung des Verfahrens, in dem sie zu treffen ist, zum Gerichtsverfahrens- und -organisationsrecht der Mitgliedstaaten gehören, auf das der Gemeinschaft nach dem institutionellen Gesamtgefüge der Gründungsverträge der unmittelbare Zugriff verweigert ist.

¹ Grundlegend für diese Rechtsprechung sind vor allem die Urteile vom 5. 3. 1963 — RS 28/62 (Van Gend & Loos) —, RprGH IX, 3 und vom 15. 7. 1964 — RS 6/64 (Costa / ENEL) —, RprGH X, 1231.

² Urteil vom 5. 3. 1963 — RS 28/62 (Van Gend & Loos) —, a.a.O.

³ Urteil vom 16. 6. 1966 — RS 87/65 (Lüttike) —, RprGH XII, 257.

⁴ Es handelt sich um die sog. „Leber-Pfennig-Entscheidungen“ von 1970, RprGH XVI, 825; RprGH XVI, 861; RprGH XVI, 881; RprGH XVI, 1223.

⁵ Ippen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 290.

**B. Urteil des EuGH vom 23. Mai 1978 — RS 102/77
(Hoffmann-La Roche gegen Centrafarm)**

I.

Das Urteil, das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des *LG Freiburg* gemäß Art. 177 EWG-V ergangen ist, betrifft die Auswirkungen der EWG-rechtlichen Bestimmungen über den freien Warenverkehr und das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf die Ausübung der dem Inhaber eines Warenzeichens nach nationalem Recht zustehenden Befugnisse.

Dem Vorabentscheidungsersuchen liegt der folgende Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, das Arzneimittelunternehmen Hoffmann-La Roche, eine Tochtergesellschaft der weltweiten Roche-SAPAC-Gruppe, vertritt in der Bundesrepublik das Psychopharmakon Valium unter der Bezeichnung „Valium Roche“. Für Einzelabnehmer bestimmte Packungseinheiten enthalten 20 oder 50 Tabletten, Anstaltspackungen in Fünferpack 100 oder 250 Tabletten. „Valium“ und „Roche“ sind als international registrierte Marken für die Klägerin geschützt.

Die gleiche Arzneimittelspezialität wird von einer britischen Tochtergesellschaft der Klägerin Gruppe in Großbritannien in Pakungen zu 100 und 500 Tabletten zu erheblich niedrigeren Preisen als in der Bundesrepublik auf den Markt gebracht. Die Beklagte, die deutsche Vertriebsgesellschaft der niederländischen Arzneimittelfirma Centrafarm B. V., die sich u. a. mit dem grenzüberschreitenden Handel mit Pharmazeutika befaßt, kaufte die auf den britischen Markt gebrachten Originalpackungen in Großbritannien auf, füllte sie in den Niederlanden in Gebinde zu je 1000 Tabletten um und versah die neuen Pakungen mit den geschützten Bezeichnungen „Valium“ und „Roche“, um sie so in der Bundesrepublik in den Verkehr zu bringen.

In diesem Vorgehen sah die Klägerin eine Verletzung ihrer Zeichenrechte und klagte auf Unterlassung. Das mit dem Rechtsstreit befaßte *LG* war der Auffassung, daß das gerügte Vorgehen der Beklagten einen Verstoß gegen die Vorschriften des deutschen Warenzeichenrechts darstelle, daß die Entscheidung über die Klage jedoch davon abhängt, ob der Berufung der Klägerin auf ihr Warenzeichenrecht Vorschriften des Gemeinschaftsrechts entgegenstünden. Es beschloß, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof gemäß Art. 177 EWG-V die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Ist der Inhaber eines zu seinen Gunsten sowohl in dem Mitgliedstaat A als auch in dem Mitgliedstaat B geschützten Warenzeichenrechts gemäß Artikel 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf dieses Recht zu verhindern, daß ein Parallelimporteur von dem Zeicheninhaber oder mit dessen Ermächtigung in dem Mitgliedstaat A der Gemeinschaft rechtmäßig mit seinem Warenzeichen versehene und unter diesem Warenzeichen abgepackt in den Verkehr gebrachte Arzneimittel aufkauft, mit einer neuen Verpackung versehen, auf dieser das Warenzeichen des Zeicheninhabers anbringt und die so gekennzeichnete Ware in den Mitgliedstaat B einführt?“

„2. Ist der Inhaber des Warenzeichens auch dann hierzu befugt oder verstößt er damit gegen Bestimmungen des EWG-Vertrages — insbesondere dessen Artikel 36 —, wenn er hinsichtlich des betreffenden Arzneimittels im Mitgliedstaat B eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wenn sich das Verbot des Imports ungefüllter, mit dem Warenzeichen des Inhabers versehener Ware rein tatsächlich marktbehindernd auswirkt, weil in den Ländern A und B unterschiedliche Packungsgrößen üblich sind und weil sich der Import der Ware in anderer Form tatsächlich noch nicht auf dem Markt nennenswert durchgesetzt hat, und wenn das Verbot sich tatsächlich dahin auswirkt, daß zwischen den Mitgliedstaaten ein beträchtliches — möglicherweise unangemessenes — Preisgefälle aufrechterhalten wird, ohne daß dem Zeicheninhaber nachgewiesen werden kann, er benutze das Verbot allein oder überwiegend zu dem Zweck, an diesem Preisgefälle festzuhalten?“

Der *EuGH* hat zu der ersten der beiden Vorlagefragen ausgeführt, daß aufgrund der Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr, insbesondere des Art. 30 EWG-V,

mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten seien, daß jedoch nach Art. 36 EWG-V diesen Bestimmungen Einfuhrverbote oder Beschränkungen nicht entgegenstünden, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt seien. Aus dem Wortlaut, insbesondere des zweiten Satzes von Art. 36 EWG-V, und der Stellung dieses Artikels ergebe sich indessen, daß der Vertrag zwar den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaates eingeräumten gewerblichen Schutzrechte nicht berühre, daß jedoch die Ausübung dieser Rechte sehr wohl, je nach den Umständen, durch die Verbotsnormen des Vertrages beschränkt werden könne. Art. 36 EWG-V erlaube als Ausnahmevorschrift von einem der grundlegenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes Beschränkungen des freien Warenverkehrs nur insoweit, als sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt seien, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachten.

Was unter dem spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts zu verstehen ist, führt der *Gerichtshof* in den weiteren Urteilsgründen aus:

„Der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts läßt sich namentlich dahin kennzeichnen, daß der Inhaber durch das ausschließliche Recht, ein Erzeugnis in den Verkehr zu bringen und dabei das Warenzeichen zu benutzen, Schutz vor Konkurrenten erlangt, die unter Mißbrauch der aufgrund des Warenzeichens erworbenen Stellung und Kreditwürdigkeit widerrechtlich mit diesem Zeichen versehene Erzeugnisse veräußern. Für die Beantwortung der Frage, ob dieses ausschließliche Recht die Befugnis umfaßt, sich der Anbringung des Warenzeichens durch einen Dritten nach Umpacken des Erzeugnisses zu widersetzen, ist die Hauptfunktion des Warenzeichens zu berücksichtigen, die darin besteht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, dieses Erzeugnis ohne Verwechslungsgefahr von Erzeugnissen anderer Herkunft zu unterscheiden. Diese Herkunftsgarantie schließt ein, daß der Verbraucher oder Endabnehmer sicher sein darf, daß an einem ihm angebotenen gekennzeichneten Erzeugnis nicht auf einer früheren Vermarktungsstufe durch einen Dritten ohne Zustimmung des Warenzeicheninhabers ein Eingriff vorgenommen wurde, der den Originalzustand des Erzeugnisses berührt hat. Das dem Zeicheninhaber eingeräumte Recht, sich jeder Benutzung des Warenzeichens zu widersetzen, welche die so verstandene Herkunftsgarantie verfälschen könnte, gehört somit zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts.“

Der *EuGH* folgert daraus, daß es nach Art. 36 Satz 1 EWG-V gerechtfertigt sei, dem Zeicheninhaber das Recht einzuräumen, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß der Importeur eines Markenerzeugnisses nach dem Umpacken der Ware das Warenzeichen ohne Zustimmung des Zeicheninhabers auf der neuen Umhüllung anbringt.

Er prüft sodann, ob die Ausübung dieses Rechts eine „verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ im Sinne des Art. 36 Satz 2 EWG-V darstellen könnte. Eine derartige Beschränkung könnte sich unter anderem daraus ergeben, daß der Inhaber des Warenzeichens das gleiche Erzeugnis in verschiedenen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Verpackung auf den Markt bringt und sich dabei auf die aus dem Warenzeichen fließenden Rechte beruft, um das Umpacken durch einen Dritten zu verhindern, selbst wenn dieses unter solchen Bedingungen vorgenommen wird, daß die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware und deren Originalzustand dadurch nicht beeinträchtigt werden können. Es gehe also um die Frage, ob das Umpacken eines Markenerzeugnisses — wie Centrafarm es im vorliegenden Fall vorgenommen hat — geeignet sei, den Originalzustand des Erzeugnisses zu beeinträchtigen.

Die Antwort auf diese Frage muß nach Auffassung des *EuGH* je nach den Umständen, insbesondere nach der Art des Erzeugnisses und dem beim Umpacken angewandten Verfahren, verschieden ausfallen.

Der *Gerichtshof* hat aus den genannten Erwägungen die erste Vorlagefrage wie folgt beantwortet (Urteilstenor):

„1. a) Es ist im Sinne von Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag gerechtfertigt, wenn sich der Inhaber eines in zwei Mitgliedstaaten gleichzeitig geschützten Warenzeichenrechts dagegen zur Wehr setzt, daß ein in einem dieser Staaten rechtmäßig mit dem Warenzeichen versehenes Erzeugnis nach dem Umfüllen in eine neue Packung, auf der das Warenzeichen durch einen Dritten angebracht wurde, in dem anderen Mitgliedstaat auf den Markt gebracht wird.

b) Diese Abwehr stellt jedoch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 36 Satz 2 des Vertrages dar.

— wenn erwiesen ist, daß die Geldmischung des Warenzeichenrechts durch den Inhaber unter Berücksichtigung des von ihm angewandten Vermarktungssystems zur künstlichen Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten beitragen würde,

— wenn dargetan ist, daß das Umpacken den Originalzustand des Erzeugnisses nicht beeinträchtigen kann,

— wenn der Inhaber des Warenzeichens vorher von dem Feilhalten des umgepackten Erzeugnisses unterrichtet wird und — wenn auf der neuen Packung angegeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde.“

Hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage hat sich der *Gerichtshof* mit dem Hinweis begnügt, daß die Ausübung des Warenzeichenrechts, soweit sie nach Art. 36 EWG-V rechtmäßig sei, nicht bereits deshalb gegen Art. 86 EWG-V verstöße, weil sie durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erfolge, sofern das Warenzeichenrecht nicht als Mittel zur mißbräuchlichen Ausnutzung einer solchen Stellung eingesetzt werde. Er hat die zweite Frage wie folgt beantwortet:

„2. Soweit die Ausübung des Warenzeichenrechts nach Artikel 36 des Vertrages rechtmäßig ist, verstößt sie nicht bereits deshalb gegen Artikel 86 des Vertrages, weil sie durch ein Unternehmen erfolgt, das eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wenn das Warenzeichenrecht nicht als Mittel zur mißbräuchlichen Ausnutzung einer solchen Stellung eingesetzt wurde.“

II.

Zu dem Urteil ist anzumerken:

Es setzt keine grundlegend neuen Maßstäbe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, differenziert jedoch maßgeblich die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* zu dem Spannungsverhältnis zwischen dem warenzeichenrechtlichen Ausschlußrecht und dem Grundsatz des freien Warenverkehrs. Der *Gerichtshof* ist einen Mittelweg gegangen, um Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels auch bei Fehlen der kartellrechtlichen Voraussetzungen der Art. 85 ff. EWG-V zu wehren, ohne damit in die Substanz des gewerblichen Schutzrechts einzugreifen.

Der *EuGH* hat bereits aus verschiedenem früherem Anlaß herausgestellt, daß der EWG-Vertrag zwar nicht den Bestand der durch die nationale Gesetzgebung eines Mitgliedstaates eingeräumten gewerblichen Schutzrechte berührt, daß jedoch die Ausübung dieser Rechte sehr wohl nach den Umständen durch die Verbotsnormen des Vertrages beschränkt werden kann, da Art. 36 EWG-V Beschränkungen des freien Warenverkehrs nur gestattet, soweit sie zur Wahrung der Rechte berechtigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen¹.

In der Rechtssache 16/74 (Centrafarm *J.* Winthrop) hat er anerkannt, daß es mit den Bestimmungen des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr innerhalb des gemeinsamen Marktes unvereinbar sei, wenn der Inhaber eines Warenzeichens von der ihm durch die Rechtsvorschriften eines Mitglied-

staates eingeräumten Befugnis Gebrauch mache, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb eines Erzeugnisses zu unterbinden, das in einem anderen Mitgliedstaat unter dem betreffenden Warenzeichen von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden sei².

Die Entscheidung hat die schon in der Rechtssache 78/70 (Deutsche Grammophon *J.* Metro) vorgezeichnete liberalistische Grundtendenz des *EuGH* im Konflikt zwischen dem nationalen Schutzrecht und der Freiheit des grenzüberschreitenden Warenverkehrs bestätigt. Im letzteren Falle, in dem es um das dem Urheberrecht verwandte Schutzrecht des Herstellers von Tonträgern gegangen war, hatte der *Gerichtshof* einen Verstoß gegen die Normen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt festgestellt, wenn ein Hersteller von Tonträgern das ihm nach der Gesetzgebung eines Mitgliedstaates zustehende ausschließliche Recht, die geschützten Gegenstände in den Verkehr zu bringen, ausübt, um in diesem Mitgliedstaat den Vertrieb von Erzeugnissen, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat verkauft worden sind, allein deshalb zu verbieten, weil dieses Inverkehrbringen nicht im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats erfolgt ist³.

In beiden Fällen hat er damit das — mangels Harmonisierung der entsprechenden Sachbereiche auf Gemeinschaftsebene — fortbestehende Territorialitätsprinzip der gewerblichen Schutzrechte entscheidend eingeschränkt.

Er hat jedoch bereits in einem vielbesprochenen späteren Urteil — RS 119/75 (Terrapin *J.* Terranova) — diesen einschränkenden Grundsatz relativiert und dem Markenrecht wieder zu stärkerer Geltung verholfen. In dieser Rechtssache hat er differenzierende Maßstäbe angelegt. Obwohl er die Grundsätze der beiden vorgenannten Entscheidungen (RS 78/70 und RS 16/74) bestätigte, stellte er die „Hauptfunktion des Warenzeichens“, die Garantie der Identität des Warenursprungs für den Verbraucher, stärker in den Vordergrund und befand, daß es mit den Vorschriften des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr vereinbar sei, wenn ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen sich aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften dieses Staates geschützten Firmen- und Warenzeichenrechts der Einfuhr von Waren eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens widersetzt, die nach den Rechtsvorschriften dieses Staates mit einer Bezeichnung versehen worden sind, welche zu Verwechslungen mit dem Warenzeichen und der Firma des ersten Unternehmens Anlaß gibt, vorausgesetzt, daß zwischen den betreffenden Unternehmen weder eine wettbewerbsbeschränkende Absprache irgendwelcher Art noch irgendeine rechtliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit besteht und daß ihre jeweiligen Rechte unabhängig voneinander begründet worden sind⁴.

Mit der vorliegenden Entscheidung (RS 102/77) hat der *Gerichtshof* erstmals detaillierte Kriterien für das Vorliegen eines Mißbrauchs eines gewerblichen Schutzrechts aufgestellt. Er rechnet zwar das warenzeichenrechtliche Verbot des Umpackens von Originalerzeugnissen zum Kernbestand des Warenzeichenrechts im Sinne des Art. 36 Satz 1 EWG-V, grenzt dieses Verbot jedoch im Rahmen des Art. 36 Satz 2 EWG-V („Mittel zur willkürlichen Diskriminierung“, „verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“) entscheidend ein.

An das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des Art. 36 Satz

¹ Urteil vom 8. 6. 1971 — RS 78/70 (Deutsche Grammophon *J.* Metro) —, *ReprGH* XVII, 487; Urteil vom 31. 10. 1974 — RS 16/74 (Centrafarm *J.* Winthrop) —, *ReprGH* XX, 1183; Urteil vom 22. 6. 1976 — RS 119/75 (Terrapin *J.* Terranova) —, *ReprGH* XXII, 1039.

² AsO, 1195 f., 1199 (Centrafarm hatte ein Arzneimittel der Winthrop-Gruppe, für das diese in den Niederlanden Inhaber des Warenzeichens „Negram“ ist, aus Großbritannien, wo es von der Winthrop-Gruppe unter der gleichen Marke vertrieben wurde, in die Niederlande eingeführt und dort unter der geschützten Marke vertrieben).

³ AsO, 502 (Metro hatte in der Bundesrepublik Schallplatten der Deutschen Grammophon vertrieben, die die Metro in einem anderen EG-Mitgliedstaat aufgekauft hatte, nachdem sie von der Deutschen Grammophon dort in den Verkehr gebracht worden waren).

⁴ AsO, 1063 f. (die britische Fa. Terrapin hatte in der Bundesrepublik mit der Bezeichnung „Terrapin“ versehene Fertighäuser in den Verkehr gebracht, während die Fa. Terranova in der Bundesrepublik für Baumaterialien Inhaberin des eingetragenen — mit „Terrapin“ nach Auffassung des vorliegenden Gerichts verwechslungsfähigen — Warenzeichens „Terranova“ ist).

2 EWG-V stellt der *Gerichtshof* strenge Sachanforderungen. So liegt ein Mißbrauch nicht etwa schon dann vor, wenn der Warenzeicheninhaber die Benutzung seines Warenzeichens für die umgepackte Ware untersagt, obwohl durch das Umpacken die gleichbleibende Qualität der Ware nicht beeinträchtigt wird. Erforderlich ist vielmehr die künstliche Abschottung des freien Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten, zu der die Ausübung des Warenzeichenrechts beitragen muß. Zugleich hat der *EuGH* eine klare Regelung der materiellen Beweislast getroffen: der fehlende Nachweis eines Mißbrauchs geht zu Lasten desjenigen, der sich auf den Mißbrauchstatbestand beruft. Hohe Beweisforderungen an das Vorliegen des Mißbrauchstatbestandes ergeben sich aus der Formulierung, daß der Beitrag der Warenzeichenrechtsausübung zur künstlichen Marktabschottung „erwiesen“ sein muß, während die Nicht-Beeinträchtigung des Originalzustandes beim Umpacken des Erzeugnisses nur „dargetan“ werden muß.

Die Erfordernisse einer unveränderten Qualität des Erzeugnisses und eines Hinweises auf das Umpacken auf der Verpackung selbst dienen dem Schutz der Verbraucher, während durch die Unterrichtungspflicht den Interessen des Warenzeicheninhabers entsprochen werden soll.

Der *Gerichtshof* hat sich mit dieser Argumentation weitgehend die Stellungnahme der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung zu eigen gemacht. Die Auffassung der EG-Kommission, daß ein Umpacken bei gleichbleibender Produktqualität grundsätzlich warenzeichenrechtlich unbedenklich sei, hat er nicht geteilt.

Das Urteil läßt indessen gerade dort entscheidende Fragen offen, wo es das maßgebliche Mißbrauchskriterium sieht, nämlich im Tatbestand der „künstlichen Abschottung der Märkte“. Dieser unbestimmte Begriff der Wirtschaftsterminologie wird weder im Urteilstenor noch in den Urteilsgründen umschrieben,

sondern der alleinigen Auslegung durch den nationalen Richter überlassen.

Hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage hat das Urteil die bereits gefestigte Rechtsprechung des *Gerichtshofs*⁵ erneut bestätigt, daß die Ausübung eines Warenzeichenrechts nicht schon allein deshalb als Mißbrauch im Sinne des Art. 86 EWG-V beurteilt werden kann, weil sie durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erfolgt. Ein etwaiger Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung des Zeicheninhabers kann daher nur dann zu einem Verbot der Ausübung zeichenrechtlicher Befugnisse führen, wenn der Mißbrauchstatbestand gerade durch die Art und Weise der Zeichenrechtsausübung begründet oder zumindest gefördert wird. Der Tatbestand des Art. 86 EWG-V (mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung) setzt gewisse mißbräuchliche Verhaltensweisen voraus, mit deren Hilfe die erlangte faktische oder rechtliche Machtposition zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgenutzt wird. Ein derartiger Beherrschungsgrad kann in der Regel nicht allein mit Hilfe des Warenzeichens erzielt werden. Vielmehr bedarf es in der Regel des Einsatzes anderer, über den Zeichenwerb und die Zeichenbenutzung hinausgehender sachlicher oder rechtlicher Mittel⁶. Die ratio decidendi dieser Rechtsprechung liegt auf der Hand: Würde allein die Tatsache, daß der Inhaber eines Warenzeichens eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat, genügen, um ihn an der Ausübung des „spezifischen Gegenstandes“ seines Zeichenrechts zu hindern, so würde man den Inhabern bekannter Marken einen geringeren Markenschutz zubilligen als den Inhabern kleiner und unbekannter Marken.

⁵ Urteil vom 29. 2. 1968 — RS 24/67 (Parke, Davis and Co.) —, RsprGH XIV, 85; Urteil vom 18. 2. 1971 — RS 40/70 (Sirena) —, RsprGH XVII, 69.

⁶ Vgl. Urteil vom 21. 2. 1973 — RS 6/72 (Continental Can) —, RsprGH XIX, 215.