

## SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

NIILO JÄÄSKINEN

vom 7. Juli 2011<sup>1</sup>

### I — Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des Hof van Cassatie (Belgien) betrifft die Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz<sup>2</sup> in der durch die Verordnung (EG) Nr. 873/2004 des Rates vom 29. April 2004<sup>3</sup> geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 2100/94).

3. Der Gerichtshof hat die Frage zu beantworten, ob sich der Inhaber des gemeinschaftlichen Sortenschutzes nach der Verordnung Nr. 2100/94 auf seine ausschließlichen Rechte berufen kann, um eine Verletzungsklage gegen Dritte zu erheben, oder ob diese Rechte vielmehr als erschöpft anzusehen sind, wenn ein Nutzungsberechtigter Material der Sorte, die Gegenstand des gemeinschaftlichen Schutzes ist, an Dritte verkauft hat, ohne diesen Beschränkungen aufzuerlegen, die nach dem Lizenzvertrag zwischen dem Nutzungsberechtigten und dem Inhaber des gemeinschaftlichen Sortenschutzes hätten auferlegt werden müssen.

2. Der Gerichtshof wird sich in der vorliegenden Rechtssache zu den besonderen Problemen des gemeinschaftlichen Sortenschutzes im allgemeineren Rahmen des geistigen Eigentums, insbesondere im Hinblick auf den Unterschied zwischen den in dieser Verordnung vorgesehenen Schutzregelungen für Vermehrungsgut (im vorliegenden Fall Nicoter-Apfelbäume) einerseits und Erntegut (im vorliegenden Fall Kanzi-Äpfel) andererseits, zu äußern haben.

### II — Rechtlicher Rahmen

#### A — *Das UPOV-Übereinkommen von 1991*

4. Auf internationaler Ebene ist der Sortenschutz Gegenstand eines am 2. Dezember 1961 unterzeichneten und im Jahr 1991 revidierten Übereinkommens (im Folgenden: UPOV-Übereinkommen von 1991). Die Europäische Gemeinschaft ist diesem

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 227, S. 1.

3 — ABl. L 162, S. 38.

Übereinkommen im Jahr 2005 beigetreten<sup>4</sup>. Die Gemeinschaftsregelung orientiert sich stark an den Bestimmungen dieses Übereinkommens.

hervorgebracht oder entdeckt und entwickelt hat bzw. ihrem Rechtsnachfolger; diese Person und ihr Rechtsnachfolger werden im Folgenden ‚Züchter‘ genannt.“

7. Art. 13 Abs. 1 bis 3 dieser Verordnung bestimmt:

B — *Die Verordnung Nr. 2100/94*

5. Der 14. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2100/94 lautet:

„Da die Wirkung des gemeinschaftlichen Sortenschutzes für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft einheitlich sein soll, müssen die Handlungen, die der Zustimmung des Inhabers unterliegen, genau abgegrenzt werden. So wird zwar einerseits der Schutzzumfang gegenüber den meisten einzelstaatlichen Systemen auf bestimmtes Material der Sorte erweitert, um Bewegungen über schutzfreie Gebiete außerhalb der Gemeinschaft zu berücksichtigen; andererseits muss die Einführung des Erschöpfungsgrundsatzes sicherstellen, dass der Schutz nicht ungerechtfertigt ausufert.“

„(1) Der gemeinschaftliche Sortenschutz hat die Wirkung, dass allein der oder die Inhaber des gemeinschaftlichen Sortenschutzes, im Folgenden ‚Inhaber‘ genannt, befugt sind, die in Absatz 2 genannten Handlungen vorzunehmen.

(2) Unbeschadet der Artikel 15 und 16 bedürfen die nachstehend aufgeführten Handlungen in Bezug auf Sortenbestandteile oder Erntegut der geschützten Sorte — beides im Folgenden ‚Material‘ genannt — der Zustimmung des Inhabers:

a) Erzeugung oder Fortpflanzung (Vermehrung),

b) Aufbereitung zum Zweck der Vermehrung,

c) Anbieten zum Verkauf,

d) Verkauf oder sonstiges Inverkehrbringen,

e) Ausfuhr aus der Gemeinschaft,

6. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2100/94 lautet:

„Das Recht auf den gemeinschaftlichen Sortenschutz steht der Person zu, die die Sorte

4 — Vgl. Beschluss 2005/523/EG des Rates vom 30. Mai 2005 zur Genehmigung des Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zum Internationalen Übereinkommen zum Schutz von Pflanzenzüchtungen in der am 19. März 1991 in Genf angenommenen Neufassung (ABl. L 192, S. 63).

- f) Einfuhr in die Gemeinschaft,
- g) Aufbewahrung zu einem der unter den Buchstaben a) bis f) genannten Zwecke.
- b) eine Ausfuhr von Sortenbestandteilen in ein Drittland beinhalten, in dem Sorten der Pflanzengattung oder -art, zu der die Sorte gehört, nicht geschützt werden; ausgenommen hiervon ist ausgeführtes Material, das zum Endverbrauch bestimmt ist.“

Der Inhaber kann seine Zustimmung von Bedingungen und Einschränkungen abhängig machen.

9. In Art. 27 („Vertragliche Nutzungsrechte“) dieser Verordnung heißt es:

(3) Auf Erntegut findet Absatz 2 nur Anwendung, wenn es dadurch gewonnen wurde, dass Sortenbestandteile der geschützten Sorte ohne Zustimmung verwendet wurden, und wenn der Inhaber nicht hinreichend Gelegenheit hatte, sein Recht im Zusammenhang mit den genannten Sortenbestandteilen geltend zu machen.“

„(1) Der gemeinschaftliche Sortenschutz kann ganz oder teilweise Gegenstand von vertraglich eingeräumten Nutzungsrechten sein. Ein Nutzungsrecht kann ausschließlich oder nicht ausschließlich sein.

8. Art. 16 der Verordnung Nr. 2100/94 („Erschöpfung des gemeinschaftlichen Sortenschutzes“) sieht vor:

(2) Gegen einen Nutzungsberechtigten, der gegen eine Beschränkung seines Nutzungsrechts nach Absatz 1 verstößt, kann der Inhaber das Recht aus dem gemeinschaftlichen Sortenschutz geltend machen.“

„Der gemeinschaftliche Sortenschutz gilt nicht für Handlungen, die ein Material der geschützten Sorte ... betreffen, das vom Inhaber oder mit seiner Zustimmung andernorts in der Gemeinschaft an Dritte abgegeben wurde, oder Material, das von dem genannten Material stammt, außer wenn diese Handlungen

10. Art. 94 („Verletzung“) der Verordnung Nr. 2100/94 bestimmt:

„(1) Wer

- a) eine weitere Vermehrung der betreffenden Sorte beinhalten, es sei denn, eine solche Vermehrung war beabsichtigt, als das Material abgegeben wurde, oder wenn sie

- a) hinsichtlich einer Sorte, für die ein gemeinschaftlicher Sortenschutz erteilt wurde, eine der in Artikel 13 Absatz 2 genannten Handlungen vornimmt, ohne dazu berechtigt zu sein, oder

...

kann vom Inhaber auf Unterlassung der Verletzung oder Zahlung einer angemessenen Vergütung oder auf beides in Anspruch genommen werden.

(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt, ist dem Inhaber darüber hinaus zum Ersatz des weiteren aus der Verletzung entstandenen Schadens verpflichtet. Bei leichter Fahrlässigkeit kann sich dieser Anspruch entsprechend dem Grad der leichten Fahrlässigkeit, jedoch nicht unter die Höhe des Vorteils, der dem Verletzer aus der Verletzung erwachsen ist, vermindern.“

11. Art. 104 („Klagebefugnis bei der Verletzungsklage“) der Verordnung Nr. 2100/94 lautet:

„(1) Die Verletzungsklage wird durch den Inhaber erhoben. Ein Nutzungsberechtigter kann die Verletzungsklage erheben, sofern solche Klagen im Fall eines ausschließlichen Nutzungsrechts nicht ausdrücklich durch eine Vereinbarung mit dem Inhaber oder durch das Amt gemäß den Artikeln 29 bzw. 100 Absatz 2 ausgeschlossen sind.

(2) Jeder Nutzungsberechtigte kann der vom Inhaber erhobenen Verletzungsklage beitreten, um den Ersatz seines eigenen Schadens geltend zu machen.“

### III — Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

12. Der Sachverhalt, der dem bei dem belgischen Hof van Cassatie anhängigen Ausgangsrechtsstreit zwischen der Gesellschaft Greenstar-Kanzi Europe NV (im Folgenden: GKE) einerseits und den Herren Hustin und Goossens andererseits zugrunde liegt, lässt sich wie folgt zusammenfassen<sup>5</sup>.

#### A — Die Nicolai NV und die Better3fruit NV

13. Zunächst werde ich darlegen, welche Stellung den beiden nicht am Ausgangsrechtsstreit beteiligten Gesellschaften zukommt.

14. Die Nicolai NV (im Folgenden: Nicolai) ist Züchterin einer neuen Apfelbaumsorte, des Nicoter. Allein diese Sorte bringt Äpfel hervor, die unter der Marke Kanzi vertrieben werden, sofern sie gewissen Qualitätsanforderungen genügen<sup>6</sup>. Zur Vermeidung einer

5 — Es ist festzustellen, dass die Sachverhaltsdarstellung eine Reihe von Problemen aufwirft: Die Parteien des Ausgangsrechtsstreits sind sich über mehrere tatsächliche und rechtliche Fragen uneinig, es handelt sich um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, und die Nutzungsberechtigte (Nicolai NV) ist nicht am Ausgangsverfahren beteiligt.

6 — Im Jahr 2009 gab es in Europa 3 156 000 Apfelbäume der Sorte Nicoter, die 25 000 Tonnen Äpfel hervorbrachten. Rund drei Viertel dieser Äpfel erfüllten die Qualitätsanforderungen der Marke Kanzi. Vgl. *European Fruit Magazine* 12/2009, S. 6 (vgl. die Internetseite [www.fruitmagazine.eu](http://www.fruitmagazine.eu)).

Verwässerung der Qualität der Sorte und der Marke wurde ein System eingeführt, das einem selektiven Vertriebsnetz entspricht und ein Pflichtenheft umfasst, das Einschränkungen hinsichtlich der Erzeugung des Baums sowie der Erzeugung, der Aufbewahrung, des Sortierens und des Inverkehrbringens der Früchte beinhaltet.

15. Der von Nicolaï am 27. April 2001 für die Apfelbaumsorte Nicoter gestellte Antrag wurde am 15. Juni 2001 im *Amtsblatt des Gemeinschaftlichen Sortenamtes* veröffentlicht.

16. Der mit diesem Antrag einhergehende Sortenschutz wurde von Nicolaï am 3. September 2002 in die Better3fruit NV (im Folgenden: Better3fruit) eingebracht.

17. Better3fruit ist seitdem Inhaberin des gemeinschaftlichen Sortenschutzes für die Bäume der Sorte Nicoter.

18. Better3fruit ist ebenfalls Inhaberin der Apfelmarke Kanzi.

19. Im Jahr 2003 schlossen Better3fruit und Nicolaï einen Lizenzvertrag<sup>7</sup>, in dem Nicolaï ein ausschließliches Recht zur Züchtung und zum Verkauf von Apfelbäumen der Sorte Nicoter eingeräumt wurde.

20. Nach dem Lizenzvertrag ist es Nicolaï untersagt, „ein Lizenzprodukt zu übertragen oder zu verkaufen, wenn der betreffende Vertragspartner nicht zuvor die in Anhang 6 enthaltene Zuchtlicenz (im Fall eines Züchters) oder die in Anhang 7 enthaltene Vermarktungslizenz (im Fall eines Handelspartners) unterzeichnet hat“.

21. Der Lizenzvertrag von 2003 zwischen Better3fruit und Nicolaï wurde am 20. Januar 2005 aufgelöst.

B — *Der Ausgangsrechtsstreit zwischen GKE und den Herren Hustin und Goossens*

22. Zu einem zwischen den Parteien des Ausgangsrechtsstreits streitigen Zeitpunkt erwarb GKE die durch den Sortenschutz vermittelten ausschließlichen Nutzungsrechte für die Nicoter-Apfelbäume. Damit ging das Nutzungsrecht von Nicolaï auf GKE über<sup>8</sup>.

23. Am 24. Dezember 2004 verkaufte Nicolaï 7 000 Apfelbäume der Sorte Nicoter an Herrn Hustin. Im Rahmen dieses Rechtsgeschäfts ging Herr Hustin keinerlei Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Vorschriften in Bezug

7 — Der Lizenzvertrag ist nicht datiert.

8 — Das Dokument, auf dem die Rechte von GKE beruhen, ist nicht zu den Akten der Rechtssache gegeben worden. Es scheint sich um einen Lizenzvertrag zwischen GKE und der EFC BVBA, einer Gesellschaft, die ihrerseits einen Lizenzvertrag mit Better3fruit, der Inhaberin des gemeinschaftlichen Sortenschutzes, geschlossen hatte, zu handeln.

auf die Züchtung der Kanzi-Äpfel und den Verkauf der Ernte ein.

die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

24. Am 4. Dezember 2007 wurde festgestellt, dass Herr Goossens Äpfel, die die Bezeichnung Kanzi trugen, zum Kauf anbot. Wie sich herausstellte, waren ihm diese Äpfel von Herrn Hustin geliefert worden.

25. GKE erhob daraufhin Klage gegen die Herren Hustin und Goossens. Am 29. Januar 2008 stellte der Präsident der Rechtbank van Koophandel te Antwerpen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Verletzung des Sortenschutzes von GKE durch Herrn Hustin und Herrn Goossens fest. Herr Goossens habe darüber hinaus den der Marke Kanzi zuerkannten Markenrechtsschutz verletzt.

26. Mit Urteil vom 24. April 2008 änderte der Hof van Beroep te Antwerpen diese Entscheidung ab. Dieses Gericht stellte fest, dass weder eine Verletzung des Sortenschutzes von GKE noch eine Verletzung ihrer Markenrechte durch die Herren Hustin und Goossens vorliege, da die in den Lizenzvertrag aufgenommenen Einschränkungen den Herren Hustin und Goossens nicht entgegengehalten werden könnten.

27. Gegen dieses Urteil des Hof van Beroep te Antwerpen legte GKE Kassationsbeschwerde ein. Der Hof van Cassatie, der Zweifel hinsichtlich der Tragweite der Erschöpfungsregelung des Art. 16 der Verordnung Nr. 2100/94 hat, hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof

1. Ist Art. 94 der Verordnung Nr. 2100/94 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 bis 3 sowie den Art. 16, 27 und 104 dieser Verordnung dahin auszulegen, dass der Inhaber oder der Nutzungsberechtigte eine Verletzungsklage gegen denjenigen erheben kann, der Handlungen in Bezug auf Material vornimmt, das von einem Lizenznehmer an ihn verkauft oder abgegeben wurde, wenn die Beschränkungen, die im Lizenzvertrag zwischen dem Lizenznehmer und dem Inhaber des gemeinschaftlichen Sortenschutzes für den Fall des Verkaufs dieses Materials ausbedungen wurden, nicht eingehalten wurden?

2. Wenn ja, ist es für die Prüfung dieses Verstoßes von Bedeutung, ob derjenige, der die zuvor erwähnte Handlung vornimmt, die in dem betreffenden Lizenzvertrag auferlegten Einschränkungen kannte oder so behandelt wird, als hätte er sie gekannt?

28. In seinem Vorabentsuchungsersuchen hat der Hof van Cassatie auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Erschöpfung der Rechte des Inhabers einer Marke Bezug genommen und insbesondere die Frage aufgeworfen, ob die Erschöpfung der Rechte aus dem gemeinschaftlichen Sortenschutz

aufgrund der besonderen Merkmale des Sortenschutzes strenger auszulegen ist.

29. GKE, die Herren Hustin und Goossens, die spanische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Kein Beteiligter hat die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

30. Im Hinblick auf den Ausgangsrechtsstreit ist vorab festzustellen, dass die Vorlageentscheidung offenlässt, ob Better3fruit gegen Nicolai, die es versäumt hat, die Lizenzbedingungen gegenüber Herrn Hustin durchzusetzen, Klage erhoben hat<sup>9</sup>. Es besteht offensichtlich keine Vertragsbeziehung zwischen GKE und Herrn Hustin.

#### IV — Analyse

##### A — Zur ersten Vorlagefrage

##### 1. Vorbemerkungen

31. Mit seiner ersten Frage ersucht das vorliegende Gericht um genauere Hinweise zur

Tragweite der Erschöpfung des Sortenschutzes im Fall von Vertragsschlüssen über Material, das ein Nutzungsberechtigter unter Verstoß gegen die im Lizenzvertrag zwischen ihm und dem Inhaber des Sortenschutzes ausbedungenen Einschränkungen an einen Dritten verkauft oder abgibt.

32. Die Verordnung Nr. 2100/94 hat nur vereinzelt Anlass zu Vorabentscheidungsersuchen gegeben<sup>10</sup>. Insbesondere die Tragweite der Rechte des Inhabers und die Erschöpfung des gemeinschaftlichen Sortenschutzes sind neue Fragen für den Gerichtshof.

33. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Verordnung Nr. 2100/94 unterschiedliche Schutzniveaus vorsieht.

34. Erstens gibt es einen „Primärschutz“, der nach Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 für Sortenbestandteile gilt. Erntegut wiederum ist Gegenstand eines „Sekundärschutzes“, der, obwohl er ebenfalls in Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung erwähnt wird, durch Abs. 3 dieser Vorschrift stark

9 — Nach der im Lizenzvertrag enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung wären die Gerichte von Löwen (Belgien) für eine solche Klage zuständig.

10 — Vgl. Urteile vom 10. April 2003, Schulin (C-305/00, Slg. 2003, I-3525), vom 11. März 2004, Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft (C-182/01, Slg. 2004, I-2263), vom 14. Oktober 2004, Brangewitz (C-336/02, Slg. 2004, I-9801), und vom 8. Juni 2006, Saatgut-Treuhandverwaltung (C-7/05 bis C-9/05, Slg. 2006, I-5045).

eingeschränkt wird<sup>11</sup>. Auch wenn daher sowohl Sortenbestandteile als auch Erntegut unter den Begriff „Material“<sup>12</sup> im Sinne von Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung fallen, unterscheidet sich der für diese beiden Kategorien vorgesehene Schutz gleichwohl.

im UPOV-Übereinkommen von 1991 noch deutlicher zum Ausdruck<sup>14</sup>.

35. Die Verordnung Nr. 2100/94 sieht für Sortenbestandteile (im vorliegenden Fall Apfelbäume) einen umfassenderen Schutz als für Ernteerzeugnisse (hier Äpfel)<sup>13</sup> vor. So bedarf das Inverkehrbringen von Apfelbäumen als Sortenbestandteilen gemäß Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung der Zustimmung des Inhabers, für Äpfel als Erntegut ist eine solche Zustimmung jedoch nur in den in Art. 13 Abs. 3 der Verordnung vorgesehenen Fällen erforderlich. Diese wesentliche Unterscheidung im Bereich des Sortenschutzes kommt

36. Hinsichtlich der Situation von Herrn Goossens, der Kanzi-Äpfel, also Erntegut, verkauft hat, ist festzustellen, dass der Verkauf oder jedes sonstige Inverkehrbringen nur dann der Zustimmung des Inhabers des Sortenschutzes bedarf, wenn das Erntegut dadurch gewonnen wurde, dass Sortenbestandteile der geschützten Sorte ohne Zustimmung verwendet wurden, und wenn der Inhaber nicht hinreichend Gelegenheit hatte, sein Recht im Zusammenhang mit den genannten Sortenbestandteilen geltend zu machen.

## 2. Zum Grundsatz der Erschöpfung der Rechte des geistigen Eigentums

11 — Art. 13 Abs. 4 der Verordnung Nr. 2100/94 sieht ferner die Möglichkeit vor, für unmittelbar aus Material der geschützten Sorte gewonnene Erzeugnisse auf der Ebene der Durchführungsvorschriften zu dieser Verordnung einen „Tertiärschutz“ einzuführen. Eine entsprechende Vorschrift ist nach meiner Kenntnis nicht erlassen worden; jedenfalls ist diese Frage für die vorliegende Rechtssache nicht relevant. Konkret würde dieser Tertiärschutz etwa für Saft gelten, der aus Äpfeln (Sekundärschutz) gewonnen wurde, die von Apfelbäumen einer geschützten Sorte (Primärschutz) stammen.

12 — Ich weise darauf hin, dass die Begriffe „Sortenbestandteile“ und „Material“ in der Verordnung Nr. 2100/94 nicht kohärent verwendet werden. Vgl. Würtenberger, G., u. a., *European Community Plant Variety Protection*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 119 bis 120.

13 — Mir scheint, dass Äpfel mit Kernen als „Erntegut“ und nicht als „Sortenbestandteile“ anzusehen sind, da die Kerne nicht unmittelbar zur Erzeugung ganzer Pflanzen mit den gleichen Merkmalen wie die geschützten Pflanzen verwendet werden können. Vgl. Würtenberger, G., u. a., a. a. O., S. 118.

37. Auch wenn sein genauer Inhalt in den verschiedenen Teilbereichen des Rechts des geistigen Eigentums variiert, ist der Erschöpfungsgrundsatz eine Grundregel des europäischen Rechts des geistigen Eigentums. Aus diesem Grundsatz folgt, dass sich geschützte Erzeugnisse im freien Verkehr befinden,

14 — Art. 14 („Inhalt des Züchterrechts“) des UPOV-Übereinkommens von 1991 führt Handlungen in Bezug auf Vermehrungsmaterial (Abs. 1), Handlungen in Bezug auf Erntegut (Abs. 2), Handlungen in Bezug auf bestimmte Erzeugnisse (Abs. 3) und mögliche zusätzliche Handlungen (Abs. 4) gesondert auf.

wenn der Rechtsinhaber bei ihrem erstmaligen Inverkehrbringen Gelegenheit hatte, aus dem wirtschaftlichen Wert seines ausschließlichen Rechts an diesen Waren einen Nutzen zu ziehen<sup>15</sup>.

Marken, doch ist diese Problematik auch in anderen Zusammenhängen aufgegriffen worden<sup>17</sup>.

38. Im Unionsrecht ist dieser Grundsatz ursprünglich vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zum freien Warenverkehr und zu den Wettbewerbsregeln aufgestellt worden, doch enthalten die Gesetzgebungsakte der Union zu den verschiedenen Rechten des geistigen Eigentums in der Regel eine Vorschrift, in der dieser Grundsatz niedergelegt ist<sup>16</sup>. Die Rechtsprechung zur Erschöpfung bezieht sich zwar im Wesentlichen auf

39. Die Gesetzgebungsakte der Union, in denen die Erschöpfung eines Rechts des geistigen Eigentums verankert ist, sehen vor, dass das fragliche Recht erschöpft ist, wenn die Gegenstände, an denen es besteht, vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung an einem beliebigen Ort im Hoheitsgebiet der Europäischen Union in den Handel gebracht worden sind. Zudem legen die betreffenden Vorschriften gewöhnlich die Fälle fest, in denen keine Erschöpfung eintritt.

40. Diese Gesetzgebungsakte enthalten darüber hinaus häufig eine Vorschrift über vertragliche Nutzungsrechte. So sieht Art. 27 der Verordnung Nr. 2100/94 die Möglichkeit der Gewährung eines Nutzungsrechts am gemeinschaftlichen Sortenschutz vor. Außerdem ermächtigen sie den Inhaber zur Geltendmachung seiner Eigentumsrechte gegenüber einem Lizenznehmer, der gegen eine im Lizenzvertrag ausbedungene Bedingung oder Einschränkung verstößt<sup>18</sup>.

15 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. November 2001, Zino Davidoff und Levi Strauss (C-414/99 bis C-416/99, Slg. 2001, I-8691, Randnr. 33), vom 8. April 2003, Van Doren + Q (C-244/00, Slg. 2003, I-3051, Randnr. 26), und vom 30. November 2004, Peak Holding (C-16/03, Slg. 2004, I-11313, Randnr. 40).

16 — Vgl. Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (ABl. L 24, S. 36), Art. 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 40, S. 1), aufgehoben durch die Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 299, S. 25) (vgl. Art. 7 dieser Richtlinie), Art. 13 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 11, S. 1), aufgehoben durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1) (vgl. Art. 13 dieser Verordnung), Art. 15 der Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (ABl. L 289, S. 28), Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10) und Art. 21 der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (ABl. 2002, L 3, S. 1).

17 — Vgl. etwa Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juli 1985, Pharmon (19/84, Slg. 1985, 2281, Randnrn. 16 und 26), zur Erschöpfung des Patentrechts bei Erteilung von Zwangslizenzen an einem Parallepatent; Urteil des Gerichts vom 16. Dezember 1999, Micro Leader/Kommission (T-198/98, Slg. 1999, II-3989, Randnr. 34), zur Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 122, S. 42); Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2006, Laserdisken (C-479/04, Slg. 2006, I-8089, Randnr. 27), zur Richtlinie 2001/29.

18 — Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95 und Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009.

41. Der gemeinschaftliche Sortenschutz scheint in mancherlei Hinsicht eine Nähe zum Patentschutz aufzuweisen. Angesichts der auf diesem Gebiet fehlenden Rechtsprechung und der Angaben in der Vorlageentscheidung ist jedoch von einem Vergleich mit dem Markenrecht auszugehen.

42. Im Markenrecht ist die Frage der Erschöpfung insbesondere im Urteil *Peak Holding*<sup>19</sup> analysiert worden. In jener Rechtssache hat die Große Kammer des Gerichtshofs die Auswirkungen der Nichtbeachtung eines Verbots des Wiederverkaufs analysiert, das in einem zwischen dem Markeninhaber und einem im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ansässigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossenen Kaufvertrag über mit einer Marke versehene Waren geregelt war. Nach Auffassung des Gerichtshofs betrifft ein solches Wiederverkaufsverbot allein das Verhältnis zwischen den Parteien dieses Vertrags. Daher schließt die entsprechende Bestimmung ein Inverkehrbringen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 nicht aus und hindert demzufolge die Erschöpfung des ausschließlichen Rechts des Inhabers im Fall des unerlaubten Wiederverkaufs im EWR nicht.

43. Ein später ergangenes Urteil scheint diesem Ansatz nicht zu folgen. Im Urteil *Copad* hat die Erste Kammer des Gerichtshofs nämlich die Auswirkungen der Nichtbeachtung einer Bestimmung eines Lizenzvertrags über Luxuswaren analysiert. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass ein Lizenznehmer, der mit

der Marke versehene Waren unter Missachtung einer Bestimmung des Lizenzvertrags in den Verkehr bringt, ohne die Zustimmung des Inhabers der Marke handelt, wenn nachgewiesen ist, dass diese Bestimmung einer der in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 genannten Bestimmungen entspricht<sup>20</sup>.

44. In der vorliegenden Rechtssache haben mehrere Beteiligte aus dem Urteil *Copad* abgeleitet, dass zwischen der Auslegung der Wirkungen der in Art. 27 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 genannten Lizenzverträge und der in Art. 16 dieser Verordnung vorgesehenen Erschöpfung ein Zusammenhang bestehe. Art. 27 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 enthält indessen im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 keine abschließende Aufzählung der Lizenzvertragsbestimmungen, deren Nichtbeachtung durch den Lizenznehmer dem Inhaber die Geltendmachung seiner Rechte aus dem Sortenschutz erlaubte.

45. GKE scheint den Schluss zu ziehen, dass Erschöpfung nicht eintreten könne, wenn der Lizenznehmer gegen eine beliebige im Lizenzvertrag ausbedungene Bedingung oder Einschränkung verstoßen habe, weil in einem solchen Fall die Zustimmung des Inhabers des Schutzes zur Abgabe von Material der geschützten Sorte an Dritte fehle. Die

19 — Randnr. 56.

20 — Urteil vom 23. April 2009, *Copad* (C-59/08, Slg. 2009, I-3421, Randnr. 51).

Kommission wiederum ist der Auffassung, dass allein ein Verstoß des Lizenznehmers gegen eine Bedingung oder Einschränkung in Bezug auf Handlungen, die gemäß Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 der Zustimmung des Inhabers bedürften, die Erschöpfung hindern könne.

allgemeine Vertragsrecht vermittelten Schutz hinaus die in dem betreffenden Gesetzgebungsakt vorgesehenen, dem Recht des geistigen Eigentums eigenen Rechtsschutzmaßnahmen geltend zu machen<sup>22</sup>.

46. Die vorliegende Rechtssache betrifft die Auslegung der Richtlinie 89/104 nicht unmittelbar, obwohl diese in der Vorlageentscheidung erwähnt wird. Gleichwohl muss ich an dieser Stelle darauf hinweisen, dass ich die vom Gerichtshof in der Rechtssache Copad vorgenommene Auslegung nicht teile.

49. Drittens scheint mir eine Auslegung, die den Begriff der Zustimmung des Rechtsinhabers im Rahmen der Erschöpfung gegenüber Dritten mit Vertragsbedingungen verknüpft, die zwangsläufig relative Wirkung haben, den Wettbewerb und den freien Warenverkehr auf eine Weise zu behindern, die sich kaum mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs vereinbaren lässt, was insbesondere die Möglichkeit angeht, gegenüber Dritten die dem Lizenznehmer auferlegten räumlichen Beschränkungen geltend zu machen.

47. Erstens enthalten die Bestimmungen der Gesetzgebungsakte der Union, die dem Inhaber die Geltendmachung seines Rechts des geistigen Eigentums gegenüber dem Nutzungsberechtigten ermöglichen, keinen Hinweis darauf, dass dieses Recht im Zusammenhang mit der Erschöpfung auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden könnte. Diese Frage ist in einer gesonderten Vorschrift geregelt<sup>21</sup>.

50. Selbst wenn der Gerichtshof beabsichtigen sollte, dem Ansatz zu folgen, den er im Urteil Copad im Rahmen der Richtlinie 89/104 gewählt zu haben scheint, wäre dies jedenfalls nicht mit dem Wortlaut der einschlägigen Artikel der Verordnung Nr. 2100/94 — nämlich der Art. 16 und 27 dieser Verordnung —,

48. Zweitens sollen es diese Bestimmungen dem Rechtsinhaber ermöglichen, gegenüber dem Lizenznehmer über den durch das

22 — Dieser Ansatz kommt in Art. 32 Abs. 2 der Verordnung Nr. 6/2002 deutlicher zum Ausdruck („Unbeschadet etwaiger vertraglicher Ansprüche kann der Rechtsinhaber gegenüber dem Lizenznehmer die Rechte aus dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster geltend machen, wenn der Lizenznehmer ... gegen eine Bestimmung seines Lizenzvertrags verstößt“). Vgl. auch Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2008/95, Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 und Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29.

21 — Vgl. hierzu die Art. 17, 27 und 94 der Verordnung Nr. 2100/94.

der vom Wortlaut der Art. 7 und 8 der Richtlinie 89/104 abweicht, in Einklang zu bringen.

51. Wie ich bereits festgestellt habe, enthält Art. 27 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 keine Aufzählung der Bedingungen oder Einschränkungen, die der Rechtsinhaber gegenüber dem Lizenznehmer geltend machen kann<sup>23</sup>.

52. Würde der Gerichtshof dem von der Kommission vorgeschlagenen Ansatz folgen, hätte dies zur Folge, dass der Verstoß gegen eine Bedingung oder Einschränkung in Bezug auf die in Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2100/94 aufgezählten Handlungen die Erschöpfung der Rechte des Inhabers mangels dessen Zustimmung hinderte<sup>24</sup>. Soweit ein Lizenzvertrag den gemeinschaftlichen Schutz im Sinne von Art. 27 Abs. 1 dieser Verordnung betreffe, könnten demnach die entsprechenden Bestimmungen Dritten entgegengehalten werden. Dies scheint mir jedoch kaum mit dem 14. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2100/94 vereinbar zu sein, wonach die Einführung des Erschöpfungsgrundsatzes sicherstellen muss, dass der Schutz nicht ungerechtfertigt ausufert.

23 — Dagegen ist die Aufzählung der Bedingungen in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 erschöpfend (vgl. Urteil Copad, Randnr. 20).

24 — Es ist darauf hinzuweisen, dass der Inhalt eines Lizenzvertrags üblicherweise vertraulich ist und im innergemeinschaftlichen Handel in einer Sprache verfasst sein kann, die die Vertragspartner des Lizenznehmers oder ihre Kunden nicht verstehen.

53. Der Nichteintritt der Erschöpfung ist nämlich gemäß Art. 16 der Verordnung Nr. 2100/94 an strenge Voraussetzungen geknüpft und betrifft insbesondere die Fälle unerlaubter weiterer Vermehrungen. Zudem bezieht sich die zur Erschöpfung führende Handlung auf Material der geschützten Sorte, das vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung an Dritte abgegeben wurde.

54. Der gemeinschaftliche Sortenschutz gilt daher nicht für Handlungen, die ein Material der geschützten Sorte (oder ein Material, das von dem genannten Material stammt) betreffen, das vom Inhaber oder mit seiner Zustimmung andernorts in der Gemeinschaft an Dritte abgegeben wurde, außer wenn diese Handlungen eine weitere Vermehrung der betreffenden Sorte beinhalten, die nicht beabsichtigt war, als das Material abgegeben wurde.

55. Der Schutz ist demnach gemäß Art. 16 der Verordnung Nr. 2100/94 erschöpft, sobald die Abgabe an einen Dritten stattgefunden hat, es sei denn, der betreffende Dritte nimmt eine Vermehrung der Sorte ohne vorherige Zustimmung vor.

56. Obwohl es Sache des vorlegenden Gerichts ist, diesen Aspekt zu überprüfen, stelle ich fest, dass Better3fruit nach den Angaben von GKE Nicolai mit dem Lizenzvertrag vom 8. November 2001 das ausschließliche Recht zur Züchtung und zum Verkauf der

Nicoter-Apfelbäume unter Nutzung der damit verbundenen Rechte eingeräumt haben soll.

zwingend in Verbindung mit Art. 13 Abs. 3 zu lesen<sup>26</sup>, da Abs. 2 dieses Artikels auf Erntegut — im vorliegenden Fall Äpfel — nur dann Anwendung findet, wenn die Voraussetzungen von Abs. 3 erfüllt sind.

57. Meines Erachtens lässt die Tatsache, dass Nicolai gegen ihre Verpflichtungen, mit denen die Selektivität der Erzeugung und der Vermarktung der Kanzi-Äpfel sichergestellt werden sollte, verstoßen hat, indem sie es versäumt hat, von ihren Vertragspartnern den vorherigen Abschluss eines Zuchtlicenzvertrags bzw. eines Vermarktungslizenzvertrags<sup>25</sup> zu verlangen, nicht den Schluss zu, dass Nicolai Material der geschützten Sorte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers abgegeben hätte. Mit der Erteilung einer Lizenz hat Better3fruit Nicolai ausdrücklich zum Verkauf der Nicoter-Apfelbäume ermächtigt. Somit hat sich Better3fruit durch die so vorgenommene Abtretung der Rechte zur Vermarktung des geschützten Materials an Nicolai den wirtschaftlichen Wert ihres ausschließlichen Rechts zunutze gemacht. Wenn Nicolai ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Better3fruit nicht erfüllt, hat diese Letztgenannte — und nicht ein Dritter — die sich daraus ergebenden Folgen zu tragen. Ich bin der Ansicht, dass ein Verstoß gegen die Bedingungen, unter denen eine Zustimmung im Voraus erteilt wurde, rechtlich nicht mit dem Fehlen der Zustimmung, das Dritten entgegengehalten werden kann, gleichgestellt werden darf.

59. Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Frage zu verneinen.

60. Die zweite Frage ist hilfsweise für den Fall vorgelegt worden, dass der Gerichtshof die erste Frage bejaht. Da mein Vorschlag dahin geht, die erste Frage zu verneinen, erfolgen die nachstehenden Ausführungen zur zweiten Frage nur hilfsweise.

#### B — Zur zweiten Vorlagefrage

58. Was die Tragweite von Art. 94 der Verordnung Nr. 2100/94 angeht, trifft es zwar zu, dass dieser ausschließlich auf Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung verweist. Er ist jedoch

61. Mit seiner zweiten Vorlagefrage möchte der Hof van Cassatie für den Fall, dass die erste Frage zu bejahen ist, wissen, ob es für die Prüfung des Eintritts von Erschöpfung

25 — Wie in den Anhängen 6 und 7 des Lizenzvertrags zwischen dem Inhaber des Sortenschutzes und dem Lizenznehmer aufgeführt (vgl. Nr. 20 der vorliegenden Schlussanträge).

26 — Vgl. in diesem Sinn Würtemberger, G., u. a., a. a. O., S. 173.

von Bedeutung ist, ob derjenige, der die zuvor erwähnten Handlungen vornimmt, die in dem betreffenden Lizenzvertrag auferlegten Einschränkungen kannte oder so behandelt wird, als hätte er sie gekannt.

62. Meines Erachtens ist die Frage der Gutgläubigkeit eines Dritten, der die entsprechenden Handlungen in Bezug auf das geschützte Material vornimmt, unerheblich, sofern das Recht des Inhabers nicht als erschöpft anzusehen ist.

63. Art. 94 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2100/94 legt die Voraussetzungen fest, unter denen der Inhaber des gemeinschaftlichen Schutzes den Verletzer auf Unterlassung der Verletzung und/oder Zahlung einer angemessenen Vergütung oder auf beides in Anspruch nehmen kann.

64. In Abs. 2 dieses Art. 94 sind die Fälle aufgeführt, in denen der Rechtsinhaber den Verletzer darüber hinaus auf Ersatz des weiteren aus der Verletzung entstandenen Schadens in Anspruch nehmen kann. Danach muss der Verletzer, damit der Rechtsinhaber Schadensersatz verlangen kann, vorsätzlich oder

fahrlässig gehandelt haben. Bei leichter Fahrlässigkeit kann sich dieser Anspruch entsprechend vermindern.

65. Mir scheint, dass die Bestimmungen des Unionsrechts auf dem Gebiet des geistigen Eigentums hinsichtlich des Begriffs der Verletzung und der Möglichkeit der Geltendmachung vorbeugender Rechtsschutzmaßnahmen ausschließlich objektive Kriterien verwenden<sup>27</sup>. Subjektive Elemente sind daher außer beim Ersatz des durch die Verletzung entstandenen Schadens nicht zu berücksichtigen<sup>28</sup>. Ich teile somit die Auffassung der Kommission, dass das Fehlen eines subjektiven Elements in Form eines Vorsatz- oder Fahrlässigkeitserfordernisses in Art. 94 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2100/94 bei gleichzeitiger Bezugnahme auf ein solches Element in Abs. 2 dieses Artikels bestätigt, dass subjektive Elemente wie die Kenntnis der in einem Lizenzvertrag enthaltenen Bestimmungen für die Prüfung einer Verletzung und für das Recht, den Verletzer in Anspruch zu nehmen, grundsätzlich keine Rolle spielen. Diese Elemente sind allenfalls bei den Erörterungen über den Ersatz des verursachten Schadens, also notwendigerweise nach Feststellung des Vorliegens einer Verletzung, zu berücksichtigen.

27 — Dies gilt auch für den Begriff der Erschöpfung, vgl. Urteil Zino Davidoff und Levi Strauss (Randnrn. 63 bis 66).

28 — Gleichwohl macht Art. 5 Abs. 6 der Richtlinie 87/54 offenbar eine Ausnahme von diesem Grundsatz: „Wer beim Kauf eines Halbleitererzeugnisses nicht gewusst hat oder keinen hinreichenden Grund zu der Annahme gehabt hat, dass das Erzeugnis durch ein von einem Mitgliedstaat gemäß dieser Richtlinie gewährtes ausschließliches Recht geschützt ist, wird nicht daran gehindert, das Erzeugnis geschäftlich zu verwerten. Für Handlungen, die vorgenommen wurden, nachdem der Betreffende gewusst hat oder hinreichenden Grund zu der Annahme gehabt hat, dass das Halbleitererzeugnis in dieser Weise geschützt ist, stellen die Mitgliedstaaten jedoch sicher, dass ein Gericht auf Antrag des Rechtsinhabers nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts die Zahlung einer angemessenen Vergütung festsetzen kann.“

**V — Ergebnis**

66. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Hof van Cassatie zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 94 in Verbindung mit den Art. 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 bis 3, 16, 27 und 104 der Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz in der durch die Verordnung (EG) Nr. 873/2004 des Rates vom 29. April 2004 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass der Inhaber oder der Nutzungsberechtigte keine Verletzungsklage gegen einen Dritten, der Handlungen in Bezug auf Material vorgenommen hat, das vom Lizenznehmer an ihn verkauft oder abgegeben wurde, erheben kann, wenn der Lizenznehmer zum Verkauf oder zur Abgabe des geschützten Materials an einem beliebigen Ort innerhalb der Europäischen Union berechtigt war und die Einschränkungen, die im Lizenzvertrag zwischen dem Lizenznehmer und dem Inhaber des gemeinschaftlichen Sortenschutzes für den Fall des Verkaufs dieses Materials ausbedungen wurden, nicht eingehalten wurden.
2. Die zweite Vorlagefrage ist nicht zu beantworten.

Hilfsweise ist zu antworten, dass es für die Prüfung dieses Verstoßes nicht von Bedeutung ist, ob der Dritte, der die zuvor erwähnte Handlung vorgenommen hat, die in dem betreffenden Lizenzvertrag auferlegten Einschränkungen kannte oder so behandelt wird, als hätte er sie gekannt.