— daß eine Vereinbarung zwischen Privaten mit dem Ziel, die Einfuhr einer solchen Ware zu verbieten, nicht geltend gemacht oder berücksichtigt werden kann, um den Absatz dieser Ware als eine unzulässige oder unlautere Handelspraxis zu qualifizieren.

Pescatore Touffait Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 22. Januar 1981

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident der Zweiten Kammer
P. Pescatore

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCESCO CAPOTORTI VOM 20. NOVEMBER 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Der Gerichtshof hat mehrfach Gelegenheit gehabt, zu der Frage Stellung zu nehmen, in welchem Umfang Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs aufgrund von gewerblichen oder geistigen Schutzrechten oder im Hinblick auf die Notwendigkeit, unlautere Wettbewerbspraktiken zu unterbinden, möglich sind. Der vorliegende Fall wirft im wesentlichen eine derartige Frage auf, enthält aber auch noch einen anderen Aspekt, der auf die Gemeinschaftsvorschriften zum Schutze der Wettbewerbsfreiheit zurückführt.

Zunächst möchte ich den Sachverhalt zusammenfassen. Die dänische Firma Imerco, ein Großhandelsunternehmen für Haushaltswaren, dessen Aktionäre Haushaltswarenhändler aus ganz Dänemark sind, bestellte im Jahre 1978 bei einem britischen Hersteller, der Firma Broadhurst, eine bestimmte Anzahl von Steingutservicen. Diese Service waren für das 50jährige Betriebsjubiläum der Firma Imerco bestimmt; aus diesem Grunde sollten sie entsprechend den Anweisungen und den von der Firma selbst gelieferten Vorlagen dekoriert werden und auf der Rückseite unter anderem die Inschrift „50 Jahre Imerco" tragen. Die Auftraggeberin beabsichtigte, diese Erzeugnisse in Dänemark ausschließlich von ihren eigenen Aktionären vertreiben zu lassen. Da jedoch ungefähr 1 000 Service den von der Auftraggeberin gestellten strengen Qualitätsanforderungen nicht völlig entsprachen, erlaubte diese es dem Hersteller, sie im Vereinigten Kö-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

nigreich (abgesehen von gewissen Einschränkungen für die normalerweise von dänischen Touristen besuchten Regionen) sowie in bestimmten außereuropäischen Ländern in den Verkehr zu bringen. Die Service zweiter Wahl wurden dementsprechend von der Firma Broadhurst an einige britische Großhändler verkauft, wobei die Weiterveräußerung nach Dänemark untersagt wurde.

Gleichwohl wurden 300 dieser Service von der Firma Dansk Supermarked A/S aus Aarhus (über einen dänischen Wiederverkäufer, der sie seinerseits im Vereinigten Königreich gekauft hatte) erworben und von ihr in ihren eigenen Supermärkten zu Preisen zum Verkauf angeboten, die erheblich unter den Preisen lagen, die von den Aktionären der Firma Imerco für die gleichen Erzeugnisse erster Wahl gefordert wurden.

Unter diesen Umständen beantragte und erwirkte die Firma Imerco bei den dänischen Gerichten, daß der Firma Dansk Supermarked der weitere Verkauf der streitigen Service untersagt wurde. Das Verbot wurde mit Beschluß des byret Aarhus vom 22. Juni 1978 erlassen und durch Urteil des Sø- og Handelsret Kopenhagen vom 19. März 1979 bestätigt. Die dänischen Gerichte gingen nämlich davon aus, daß die Firma Dansk Supermarked gegen das einschlägige nationale Recht (§§ 1 und 5 des Gesetzes Nr. 297 vom 14. Juni 1974) verstoßen habe, indem sie ohne Zustimmung der Firma Imerco Waren in den Verkehr gebracht habe, die deren Namen trugen und nicht zum „normalen Verkauf" bestimmt waren. Die rechtswidrige Handlung der Firma Dansk Supermarked habe im wesentlichen in der Nutzung eines Kennzeichens bestanden, das ihr nicht zugestanden habe. Ein weiteres Argument, das von der Firma Imerco vorgebracht, vom Sø- og Handelsret jedoch nicht akzeptiert wurde, ging dahin, daß die Firma Dansk Supermarked bei ihrer Kundschaft durch falsche Angaben den Eindruck erweckt habe, es handele sich um Ware erster Wahl.

Gegen das Urteil des Sø- og Handelsret legte die Firma Dansk Supermarked Berufung bei dem Højesteret ein, die sie auf die Artikel 30 und 85 EWG-Vertrag sowie auf die Verordnung Nr. 67 der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen stützte und dazu vortrug, das Recht zur Durchführung von Paralleleinfuhren sei gemeinschaftsrechtlich gewährleistet und nationale Vorschriften könnten diesem Recht nicht entgegengehalten werden.

Mit Beschluß vom 14. Februar 1980 hat das Højesteret den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag um Beantwortung der Frage ersucht, ob „Vorschriften des EWG-Vertrags oder zu ihrer Durchführung ergangene Rechtsakte im vorliegenden Fall die Anwendung der dänischen Gesetze über das Urheberrecht, das Warenzeichenrecht und die Vermarktung von Waren" ausschließen.

Es ist offensichtlich, daß diese Frage unvollkommen formuliert worden ist, da das vorlegende Gericht den Gerichtshof nicht um die Auslegung bestimmter Gemeinschaftsvorschriften, sondern statt dessen um eine Entscheidung darüber ersucht hat, ob der vorliegende Fall nach Gemeinschaftsrecht statt nach dänischem Recht zu beurteilen sei. Gleichwohl läßt sich aufgrund des Parteivorbringens im Berufungsverfahren leicht feststellen, daß die Artikel 30 und 85 EWG-Vertrag und die Verordnung Nr. 67/67 der Kommission jene Gemeinschaftsvorschriften sind, die für das vorlegende Gericht bei der Entscheidung im Ausgangsrechtsstreit erheblich sein könnten. Artikel 30 steht bei dieser Frage im Vordergrund; es geht gerade um die Feststellung, ob er der

Anwendung nationaler Rechtsvorschriften über das Urheberrecht, das Warenzeichenrecht und den unlauteren Wettbewerb entgegensteht, nach denen der Weiterverkauf von Erzeugnissen in einem Mitgliedstaat, die unter den erwähnten Umständen parallel eingeführt worden sind, untersagt ist.

Meiner Ansicht nach kann daher die zu beantwortende Frage folgendermaßen verstanden werden: „Ist es mit Artikel 30 und 85 EWG-Vertrag (und gegebenenfalls mit der Verordnung Nr. 67/67 der Kommission) zu vereinbaren, wenn der Absatz bestimmter Erzeugnisse in einem Mitgliedstaat, die bereits rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht worden sind, von einem nationalen Gericht mit Rücksicht auf den Schutz des Urheber- oder Warenzeichenrechts, aufgrund von Vorschriften zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs oder aufgrund einer Vereinbarung zur Begrenzung des Verkaufsgebietes untersagt wird?"

2. Hinsichtlich des in Artikel 30 EWG-Vertrag enthaltenen Verbotes von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen ist bekannt, daß dies nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes jede nationale Maßnahme betrifft, durch die die Einfuhr oder der Verkauf einer Ware behindert wird, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist. Insoweit halte ich es für irrelevant, daß es hier um eine Ware geht, die besondere, vom Besteller zur Feier eines für ihn bedeutsamen Ereignisses gewünschte Merkmale aufweist: Entscheidend ist, daß das Erzeugnis rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat auf den Markt gebracht worden ist (wie dies im vorliegenden Fall bei den 1 000 Steingutservicen, die vom Hersteller im Vereinigten Königreich verkauft worden sind, geschehen ist).

Hiernach ist zu fragen, inwieweit derartige nationale Maßnahmen, obwohl sie im Widerspruch zu dem in Artikel 30 enthaltenen Grundsatz stehen, aufgrund der Ausnahmevorschrift des Artikels 36 EWG-Vertrag zugelassen werden können. Bekanntlich erklärt diese Vorschrift unter anderem die Einfuhrbeschränkungen für ausgenommen, die zum Schutze der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte (denen sicherlich die geistigen Eigentumsrechte, also die Urheberrechte, gleichgestellt werden können) gerechtfertigt sind, unter der Voraussetzung allerdings, daß auf diese Weise weder eine willkürliche Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten erfolgen. Mithin kann keines der erwähnten Ausschlußrechte geltend gemacht werden, um in einem Mitgliedstaat den Absatz von Erzeugnissen zu untersagen, die in einem anderen Mitgliedstaat mit Zustimmung des Rechtsinhabers rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind; dies ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausdrücklich klargestellt worden (s. zuletzt das Urteil vom 22. Juni 1976, Rechtssache 119/75, Terrapin/Terranova, Slg. 1976, 1039, Randnrn. 5 und 6 der Entscheidungsgründe).

Dieser Grundsatz gilt auch für den Fall, daß der Besteller bestimmter Erzeugnisse, dem ein Warenzeichen oder ein anderes Ausschließlichkeitsrecht an diesen Erzeugnissen zusteht, den Hersteller ermächtigt hat, einen Teil hiervon auf eigene Rechnung, aber nur in einem Mitgliedstaat zu verkaufen (im vorliegenden Fall hatte die Firma Imerco es der Firma Broadhurst erlaubt, die Service zweiter Wahl im Vereinigten Königreich, nicht aber in Dänemark zu verkaufen). Eine derartige Vertragsklausel kann nämlich nicht verhindern, daß das vom Besteller geltend gemachte Ausschließ-

lichkeitsrecht verbraucht ist — und zwar im gesamten Gebiet der Gemeinschaft —, sobald das Erzeugnis mit seiner Zustimmung im Gebiet eines Mitgliedstaates in den Verkehr gebracht wird. Selbstverständlich bleibt dem Besteller die Möglichkeit, Ersatz für den entstandenen Schaden zu verlangen, falls auf Seiten des Herstellers oder seiner Rechtsnachfolger, die einer Beschränkung des Absatzgebietes für das Erzeugnis zugestimmt haben, eine vertragliche Nichterfüllung vorliegen sollte, vorausgesetzt allerdings, daß ein solcher Vertrag nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstößt, dem ich mich gleich zuwenden werde.

3. Die für die gewerblichen, kommerziellen und geistigen Eigentumsrechte angestellten Überlegungen gelten entsprechend auch für die Beschränkungen des Warenverkehrs, die sich aufgrund von nationalen Vorschriften zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ergeben können (aus den Akten dieser Rechtssache geht hervor, daß auch dieses Ziel mit den Vorschriften „über ... die Vermarktung von Waren" verfolgt wird, auf die sich die Frage des dänischen Gerichts bezieht). Tatsächlich gehört die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nicht zu den Gründen, aus denen Artikel 36 Ausnahmen vom Verbot des Artikels 30 zuläßt. Im übrigen hat der Gerichtshof in den Urteilen vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837) und vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe, Slg. 1979, 649) bestätigt, daß in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung auf dem Gebiete der Vermarktung etwaige Hemmnisse für den freien Warenverkehr zugelassen werden können, wenn sie auf nationalen Vorschriften beruhen, die bestimmten, zwingenden Erfordernissen, insbesondere den Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes, gerecht werden. Die aus solchen Gründen gerechtfertigten beschränkenden Maßnahmen sind jedoch nur zulässig, wenn sie „sinnvoll", d. h. nicht diskriminierend und auf das unerläßliche Minimum beschränkt sind. Diese Rechtsprechung ist kürzlich im Urteil vom 26. Juni 1980 in der Rechtssache 788/79 (Gilli, noch nicht veröffentlicht) bestätigt worden, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, daß „eine nationale Regelung, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt, ... nur dann von den Anforderungen des Artikels 30 abweichen [könnte], wenn sie dadurch gerechtfertigt werden kann, daß sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen insbesondere in bezug auf ... die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz gerecht zu werden".

Wie ich schon mehrfach — zuletzt in meinen Schlußanträgen vom 29. Mai 1980 in der erwähnten Rechtssache Gilli — Gelegenheit hatte festzustellen, ist der Gerichtshof schließlich insoweit über Artikel 36 EWG-Vertrag hinausgegangen, als er den Bereich zulässiger nationaler Gesetzgebungsmaßnahmen abweichend vom Verbot des Artikels 30 unter der Voraussetzung ausgedehnt hat, daß derartige Maßnahmen ein „im allgemeinen Interesse liegendes Ziel [verfolgen], das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs, der eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt, vorginge" (Randnr. 14 der Entscheidungsgründe des erwähnten Urteils in der Rechtssache 120/78, Rewe).

Im vorliegenden Fall sind die dänischen Vorschriften über die Vermarktung von Waren wohl aus dem Grunde gegen die Firma Dansk Supermarked geltend gemacht worden, weil diese durch den Verkauf von Steingutservicen zweiter Wahl, die den Namen der Firma Imerco trugen, dem Ansehen dieser Firma ge-

schadet haben soll. Es ist Sache des dänischen Gerichts, anhand der Kriterien, die ich darzustellen versucht habe, zu entscheiden, ob der Qualitätsunterschied zwischen den von der Firma Imerco für ihre Aktionäre bestellten Servicen und den von der Firma Dansk Supermarked verkauften Servicen ein ausreichender Grund dafür ist, das der Letzteren auferlegte Verkaufsverbot zu rechtfertigen. Die Kommission hat hierzu zutreffend ausgeführt, daß die Firma Imerco den Verkauf der Service zweiter Wahl im Vereinigten Königreich erlaubt und damit zu erkennen gegeben hatte, daß deren Vertrieb ihrem Ansehen nicht schade — ganz abgesehen davon, daß die Firma Imerco nicht selbst Steingut herstellt.

Ihr könnte jedoch dann ein geschäftlicher Schaden entstanden sein, wenn die, natürlich billigeren, Service zweiter Wahl unter Bedingungen in den Verkehr gebracht worden wären, die die Kunden hätten annehmen lassen, daß es sich um dieselbe Qualität wie bei den von den Aktionären der Firma Imerco verkauften Servicen erster Wahl handelt. Hierzu möchte ich bemerken, daß dem Erfordernis, die legitimen geschäftlichen Interessen eines Wirtschaftsteilnehmers, der ein Erzeugnis erster Wahl verkauft, zu schützen, dann Rechnung getragen sein dürfte, wenn das Erzeugnis minderer Qualität, selbst beim Fehlen der ausdrücklichen Bezeichnung: „Erzeugnis zweiter Wahl", dem Publikum in einer Weise angeboten wird, die nicht zu vernünftigen Zweifeln hinsichtlich seiner Qualität Anlaß gibt. Insoweit können solche Faktoren wie die Verpackung, die normale Qualität der Waren oder das Preisniveau des Geschäfts, in dem das Erzeugnis verkauft wird, sowie andere tatsächliche Umstände von Bedeutung sein, deren Feststellung und Bewertung in bezug auf den konkreten Fall Sache des nationalen Gerichts ist.

Was schließlich den Umstand anbelangt, daß die Firma Dansk Supermarked Nutzen aus der von der Firma Imerco für das fragliche Erzeugnis durchgeführten Werbung gezogen haben soll, so scheint mir dies nicht gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbs zu verstoßen. Es handelt sich dabei um eine Erscheinung, mit der sich der Gerichtshof im Zusammenhang mit Alleinvertriebsvereinbarungen (wie zum Beispiel in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Grundig-Consten, Slg. 1966, 321, 398) zu beschäftigen hatte und die sich im allgemeinen zugunsten des Parallelimporteurs auswirkt. Dies kann jedoch meines Erachtens nicht den Ausschluß eines Parallelimporteurs von einem bestimmten nationalen Markt innerhalb des Gemeinsamen Marktes rechtfertigen.

4. Bei der Erörterung der Gültigkeit des in der Vereinbarung zwischen den Firmen Imerco und Broadhurst enthaltenen Verbots der Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten geht es um die Auslegung des Artikels 85 EWG-Vertrag. Diese Frage ist im vorliegenden Fall nur dann erheblich, wenn man annimmt, daß die dänischen Gerichte diese Klausel berücksichtigt haben, als sie der Firma Dansk Supermarked den Verkauf der von der Firma Broadhurst hergestellten Steingutservice zweiter Wahl in Dänemark untersagten. Im übrigen kann man nicht sagen, daß Artikel 85 in bezug auf diesen Fall große Auslegungsschwierigkeiten bereitet: Die Besonderheiten und Bedingungen des Verbotes wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sind wohlbekannt, ebenso wie die Tatsache, daß solche Vereinbarungen sowohl Klauseln über die Beschränkung der Absatzgebiete als auch Absprachen über die Aufteilung der Märkte umfassen.

Im Urteil des Gerichtshofes vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71, Béguelin, in dem es um die Vereinbarkeit

einer Alleinvertriebsvereinbarung mit Artikel 85 ging, ist festgestellt worden, daß die beiden grundlegenden Voraussetzungen für das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen (daß der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird und daß ein negativer Einfluß auf den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt wird) erfüllt sind, „wenn [die Vereinbarung] rechtlich oder tatsächlich verhindert, daß der Händler die ... Waren in andere Mitgliedstaaten wieder ausführt ..." (Randnrn. 10 bis 12 der Entscheidungsgründe). Das Urteil stellt weiter klar, daß „die Vereinbarung, um unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 zu fallen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb *spürbar* beeinträchtigen" muß, und hebt die Bedeutung einer Reihe von Beurteilungskriterien hervor, wie Art und verfügbare Menge der Waren, Stellung und Einfluß des Konzessionsgebers und des Konzessionärs auf dem Markt und die für andere Geschäftsleute bestehende Möglichkeit, die gleichen Waren durch eine Wiederausfuhr oder Paralleleinfuhr in den Verkehr zu bringen.

Natürlich ist die Beurteilung der Abmachung, um die es im vorliegenden Fall geht, als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung Sache des vorlegenden Gerichts. Mir erscheint es klar, daß von einer Alleinvertriebsvereinbarung keine Rede sein kann bei einem Vertrag zwischen Besteller und Hersteller, durch den der Besteller dem Hersteller erlaubt, für eigene Rechnung einen Teil der bestellten Waren abzusetzen, und dabei gleichzeitig eine räumliche Beschränkung der Verkäufe vorschreibt. Man könnte allenfalls eine Parallele zu den Fällen der Alleinkonzessionen ziehen, die den Weiterverkauf auf bestimmten Märkten untersagen. Aber, um es noch einmal zu wiederholen, diese Frage betrifft den Gerichtshof nicht.

Es bleibt zu prüfen, ob in einem Fall wie dem hier erörterten auch Fragen zur Auslegung der Verordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 22. März 1967 (die, wie bereits erwähnt, im Ausgangsverfahren zur Sprache gebracht worden ist) auftreten können. Da diese die Alleinvertriebsvereinbarungen betrifft und ich geglaubt habe, die Zugehörigkeit der Vereinbarung zwischen den Firmen Imerco und Broadhurst zu dieser Kategorie verneinen zu müssen, halte ich es ebenfalls für ausgeschlossen, daß zur Beantwortung der vorgelegten Frage eine Auslegung dieser Verordnung vorzunehmen ist. Auf jeden Fall möchte ich feststellen, daß die in dieser Verordnung vorgesehene Gruppenfreistellung nicht für Vereinbarungen gilt, die dem Konzessionär die Wiederausfuhr der Waren in andere Mitgliedstaaten verbieten. Dies hat der Gerichtshof in dem erwähnten Urteil Béguelin festgestellt und damit stillschweigend bekräftigt, daß derartige Vereinbarungen nicht von der allgemeinen Regelung des Artikels 85 Absatz 1 befreit werden können.

5. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, auf die vom dänischen Højesteret mit Beschluß vom 14. Februar 1980 vorgelegte Frage wie folgt zu antworten:

1. Nach Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag kann der Verkauf eines bestimmten Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat, das in einem anderen Mitgliedstaat mit Zustimmung des Inhabers des Warenzeichen- oder Urheber-

rechts an diesem Erzeugnis rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, nicht von einem nationalen Gericht aus Gründen des Schutzes dieser Rechte untersagt werden.

2. Bringt ein Parallelimporteur oder sein Rechtsnachfolger in einem Mitgliedstaat Waren in den Verkehr, die von minderer Qualität sind als die — im übrigen identischen — Waren, die von einem anderen Unternehmer für den Absatz in diesem Staat bestellt worden sind, so kann der Verkauf durch den erstgenannten Unternehmer nicht aufgrund von Vorschriften zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs untersagt werden, sofern er nicht unter Bedingungen erfolgt, die bei den Kunden Irrtümer über die Qualität der Ware hervorrufen.

3. Eine Vereinbarung zwischen dem Hersteller bestimmter Erzeugnisse und dem — deren Herstellung in Auftrag gebenden — Unternehmer, wonach dem Hersteller der Verkauf eines Teils dieser Erzeugnisse für eigene Rechnung erlaubt, ihm aber deren Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten verboten wird, verstößt gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, sofern sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes spürbar beeinträchtigt.