SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN CHRISTINE STIX-HACKL vom 27. Mai 2004 [1]

I — Einleitung

1. Mit der vorliegenden Rechtssache ist der Gerichtshof erneut dazu aufgerufen, Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104/EWG [2] (im Folgenden: Richtlinie 89/104) betreffend den Grundsatz der EWR-weiten Erschöpfung der Rechte aus der Marke auszulegen.

2. Im Ausgangsfall wurden Markenwaren außerhalb des EWR hergestellt und durch den Markeninhaber — oder jedenfalls durch mit ihm verbundene Unternehmen — in den EWR eingeführt. Der spätere Vertrieb dieser Waren erfolgte teils durch diese verbundenen Unternehmen, teils durch Dritte, wobei unbestritten blieb, dass es sich um einen EWR-internen Vertrieb handelte. Nachdem der Markeninhaber im Wege einer Markenverletzungsklage versucht hatte, Einfluss auf diesen EWR-internen Vertrieb zu nehmen, stellte sich vor dem nationalen Richter die Frage, ob — und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt — die Rechte des Markeninhabers als erschöpft anzusehen sind bzw. waren.

3. Vor diesem Hintergrund möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das die Erschöpfung auslösende Inverkehrbringen der Markenwaren in der — bloßen — Einfuhr dieser Waren in den EWR zu erblicken ist, oder ob vielmehr auf spätere Handlungen des Markenrechtsinhabers abzustellen ist.

II — Rechtlicher Rahmen

4. Artikel 5 der Richtlinie lautet auszugsweise:

„Rechte aus der Marke

(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses

1 — Originalsprache: Deutsch.

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

Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

...“

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

...

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

...

b) unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen;

c) Waren unter dem Zeichen einzuführen oder auszuführen;

5. Artikel 7 der Richtlinie trägt die Überschrift „Erschöpfung des Rechts aus der Marke“. Dessen Absatz 1 bestimmt:

„Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind.“

6. Gemäß Artikel 65 Absatz 2 in Verbindung mit Anhang XVII Nummer 4 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum wurde Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie für die Zwecke des Abkommens geändert, indem die Worte „in der Gemeinschaft“ durch „in einem Vertragsstaat“ ersetzt wurden.

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

7. Die Peak Holding AB (im Folgenden: Peak Holding) ist Inhaberin mehrerer in Schwe-

den bzw. in der Gemeinschaft registrierter Marken. Das Recht zur Benutzung der Marken wurde auf das verbundene Unternehmen Peak Performance Production AB (im Folgenden: Peak Production) übertragen, das unter diesen Marken Kleidungsstücke und Accessoires in Schweden und im Ausland herstellt und verkauft.

8. Im September 2000 bot die Handelskompaniet Factory Outlet i Löddeköpinge AB als Vorgängerin der Axolin-Elinor AB (im Folgenden: Axolin-Elinor) in ihren Geschäften einen Warenposten von etwa 25 000 Kleidungsstücken für den Endverbraucher an, auf denen die Marken von Peak Holding angebracht waren und schaltete diesbezügliche Werbeanzeigen in Zeitungen. Die Kleidungsstücke, die zu diesem Warenposten gehörten, waren für Peak Production außerhalb Europas [3] hergestellt worden. Sie waren zum Verkauf nach Europa eingeführt worden und gehörten dort in den Jahren 1996–1998 zum gewöhnlichen Sortiment von Peak Production.

9. Es ist zwischen den Parteien des Ausgangsrechtsstreits unstreitig, dass 70 % dieser Kleidungsstücke zu jener Zeit in den Geschäften zum Verkauf an Verbraucher auslagen. Während Axolin-Elinor behauptete, dass diese Kleidungsstücke in unabhängigen Geschäften zum Verkauf ausgelegen hätten, machte Peak Holding geltend, dass der Verkauf in eigenen Geschäften der Peak Production erfolgt sei.

10. Im November und Dezember 1999 wurden sämtliche Kleidungsstücke des fraglichen Warenpostens in Kopenhagen im Ladenlokal Base Camp der Schwestergesellschaft der Peak Production, der Carli Gry Denmark A/S, Verbrauchern zum Kauf angeboten. Anschließend verkaufte Peak Production die restlichen Kleidungsstücke an das französische Unternehmen COPAD International. Peak Production soll dabei bestimmt haben, dass der Warenposten in keine anderen europäischen Länder als nach Slowenien oder Russland weiterverkauft werden dürfe, mit Ausnahme von 5 % der Gesamtmenge, die in Frankreich verkauft werden dürfe.

11. Axolin-Elinor hat die Vereinbarung einer solchen Begrenzung ausdrücklich bestritten und hat vielmehr geltend gemacht, dass sie den Warenposten von der schwedischen Gesellschaft Truefit Sweden AB erworben habe.

12. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der fragliche Warenposten von dem Zeitpunkt an, zu dem er das Lager von Peak Production in Dänemark verließ, bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er an Axolin-Elinor geliefert wurde, sich nicht außerhalb des Gebiets des EWR befand.

3 — Dem Vorlagebeschluss ist nicht mit letzter Sicherheit zu entnehmen, ob mit Europa (nur) EWR-Vertragsstaaten gemeint sind. Zum Zwecke dieser Schlussanträge wird davon ausgegangen, dass der fragliche Warenposten außerhalb des EWR hergestellt worden ist.

13. Peak Holding erhob im Oktober 2000 beim Lunds Tingsrätt Klage mit der Begründung, dass die Vermarktung, die Axolin-Elinor betrieben habe, eine Verletzung des Markenrechts von Peak Holding sei. Das Tingsrätt, das der Ansicht war, dass die Waren in den Verkehr gebracht worden seien, indem sie Verbrauchern in dem Geschäft Base Camp zugänglich gemacht worden seien, und dass danach das Markenrecht nicht wieder aufleben könne, wies die Klage ab. Peak Holding hat gegen das Urteil des Tingsrätt beim Hovrätten över Skåne och Blekinge Berufung eingelegt.

14. Da das vorlegende Gericht der Auffassung war, dass die Entscheidung des Rechtsstreits eine Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 erfordere, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist eine Ware dadurch in den Verkehr gebracht worden, dass sie vom Markeninhaber

   a) in den Gemeinsamen Markt importiert und zollamtlich abgefertigt worden ist, um sie dort zu verkaufen?

   b) in eigenen Geschäften des Markeninhabers oder in Geschäften verbundener Unternehmen im Gemeinsamen Markt zum Verkauf angeboten worden ist, ohne dass sie übereignet worden ist?

2. Kann ein Markeninhaber, wenn eine Ware gemäß einer der vorstehenden Alternativen in den Verkehr gebracht worden und damit das Markenrecht erschöpft ist, ohne dass die Ware übereignet worden ist, durch Rückführung der Ware ins Lager den Wegfall der Erschöpfung erreichen?

3. Ist eine Ware dadurch in den Verkehr gebracht worden, dass sie vom Markeninhaber an eine andere Gesellschaft im Binnenmarkt übereignet worden ist, wenn der Markeninhaber die Ware an den Käufer unter dem Vorbehalt übereignet, dass dieser sie nicht im Gemeinsamen Markt weiterverkauft?

4. Ist es für die Antwort auf Frage 3 von Bedeutung, dass der Markeninhaber bei der Übereignung des Warenpostens, zu dem die Ware gehört, dem Käufer erlaubt hat, einen geringeren Teil der Waren innerhalb des Gemeinsamen

Marktes weiterzuverkaufen, ohne festzulegen, auf welche konkreten Waren sich die Erlaubnis bezieht?

IV — Rechtliche Würdigung

15. Mit der ersten Vorlagefrage soll insbesondere geklärt werden, ab welchem genauen Zeitpunkt eine mit einer Marke versehene Ware als „in den Verkehr gebracht" angesehen werden muss. Die zweite Vorlagefrage erscheint insoferne subsidiär, als sie für den Fall gestellt wird, dass ein Inverkehrbringen aufgrund der vom nationalen Richter in der ersten Vorlagefrage ins Feld geführten Handlungen anzunehmen ist. Aufgrund dieses engen Zusammenhangs zwischen den ersten beiden Vorlagefragen möchte ich sie einer gemeinsamen Prüfung unterziehen.

16. Dritte und vierte Vorlagefrage betreffen das Verhältnis zwischen dem Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens und demjenigen der Zustimmung im Artikel 7 Absatz 1, wobei in der vierten Vorlagefrage lediglich auf eine inhaltliche Besonderheit der gegebenenfalls maßgeblichen Zustimmung eingegangen werden soll. Dementsprechend sollen beide Fragen ebenfalls gemeinsam geprüft werden.

A — *Erste und zweite Vorlagefrage*

17. Bei den ersten beiden Vorlagefragen geht es im Wesentlichen darum, den Begriff des Inverkehrbringens auszufüllen, um bestimmen zu können, ab welchem Zeitpunkt eine mit einer Marke versehene Ware so behandelt werden muss, wie wenn sie im EWR durch den Markeninhaber selbst in den Verkehr gebracht worden ist. Diese Problematik ist von herausragender praktischer Bedeutung: So hängt von ihrer Lösung insbesondere auch die markenrechtliche Beurteilung von konzerninternen Umsätzen [4] oder von Hilfsgeschäften [5] ab.

18. Vorauszuschicken ist, dass das Recht aus der Marke durch Artikel 5 der Richtlinie 89/104 — als ein ausschließliches Recht — definiert wird. Artikel 5 Absatz 3 listet die Befugnisse des Markeninhabers im Einzelnen auf; nach seinem Buchstaben b zählt zu diesen Befugnissen das Recht, zu verbieten, dass unter dem Zeichen Waren angeboten, in den Verkehr gebracht oder zu diesen Zwecken besessen werden. Nach geltendem Gemeinschaftsrecht gehört es zu den grundlegenden Befugnissen des Markeninhabers, über Ort und Zeitpunkt des Inverkehrbrin-

4 — Ist z. B. das ausschließliche Recht des Markeninhabers deswegen als erschöpft anzusehen, weil dieser die mit der Marke versehenen Waren an ein verbundenes Unternehmen veräußert hat?

5 — Ist z. B. das ausschließliche Recht des Markeninhabers deswegen als erschöpft anzusehen, weil dieser die mit der Marke versehenen Waren an einen Spediteur übergeben hat?

gens der mit der Marke versehenen Ware im EWR zu entscheiden [6].

19. Mit dem Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung, wie er in Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 seinen Niederschlag gefunden hat, soll ein Ausgleich zwischen den Belangen der Warenverkehrsfreiheit einerseits und der Ausübung des Rechts aus der Marke andererseits geschaffen werden. Ohne diesen Grundsatz würde der Markeninhaber nämlich die Befugnis besitzen, das Inverkehrbringen von mit der Marke versehenen Waren in einem bestimmten Mitgliedstaat zu verhindern, die er selbst oder mit seiner Zustimmung ein Dritter in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht hat. Dies würde die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes erheblich beeinträchtigen. Im Interesse eines funktionsfähigen Binnenmarktes ermöglicht der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung — nunmehr Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 — so die Überwindung des grundsätzlich territorialen Schutzumfangs nationaler Markenrechte [7]. Aufgrund des getroffenen Ausgleichs wird also dem Markeninhaber die Entscheidung über das erstmalige Inverkehrbringen der Waren — im EWR — zugewiesen [8], während ihm die markenrechtliche Kontrolle des weiteren Vertriebsweges versagt wird.

20. Eine Besonderheit der (Teil-)Harmonisierung der nationalen Markenrechte aufgrund der Richtlinie 89/104 besteht darin, dass der zunächst im Hinblick auf den Binnenmarkt entwickelte Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung auch für den Verkehr mit Drittstaaten Bedeutung erlangt hat [9]. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang klar gemacht, dass das Inverkehrbringen außerhalb des EWR nicht das Recht des Markeninhabers erschöpft, sich der ohne seine Zustimmung unternommenen Einfuhr dieser Waren zu widersetzen, und hieraus den Schluss gezogen, dass „der Gemeinschaftsgesetzgeber somit dem Markeninhaber gestattet [hat], das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren im EWR zu kontrollieren" [10], ohne allerdings auf den Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes jenseits der — hier nicht einschlägigen — Erwägungen zur Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes einzugehen [11].

6 — Und zwar — aufgrund des Grundsatzes der EWR-weiten Erschopfung — auch dann, wenn die Waren zunächst durch den Markeninhaber außerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden sind, siehe Fezer, *Markenrecht*, 3. Aufl., Munchen 2001, § 24 MarkenG., Randnr. 93. Für eine Kritik, siehe nur Justice Laddie, Vorlagebeschluss vom 18. Mai 1999 in der Rechtssache C-414/99 (auszugsweise abgedruckt in IIC Vol. 30, Nr. 5/1999, S. 567) (Randnr. 36): „In my view this illustrates how Silhouette has bestowed on a trade mark owner a parasitic right to interfere with the distribution of good which bears little or no relationship to the proper function of the trade mark right. It is difficult to believe that a properly informed legislature intended such a result, even if it is the proper construction of Article 7 (1) of the Directive."

7 — Zur Ausgleichsfunktion des Erschopfungsgrundsatzes, siehe auch meine Schlussantrage vom 5. April 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-414/99 bis C-416/99 (Davidoff u. a., Urteil vom 20. November 2001, Slg. 2001, I-8691, Nrn. 80 ff.).

8 — So ausdrücklich das Urteil in den Rechtssachen Davidoff u. a. (zitiert in Fußnote 7), Randnr. 33 m. w. N.

9 — Dazu auch meine Schlussantrage in den Rechtssachen Davidoff u. a. (zitiert in Fußnote 7), Nrn. 78 und 84, und die Bemerkung in Fußnote 6.

10 — Urteil in den Rechtssachen Davidoff u. a. (zitiert in Fußnote 7), Randnr. 33. Siehe auch bereits das Urteil vom 1. Juli 1999 in der Rechtssache C-173/98 (Sebago und Maison Dubois, Slg. 1999, I-4103, Randnr. 21).

11 — Siehe auch Thomas Hays, in: *Parallel importation under European Union Law*, London 2004, Nrn. 7.55 f. sowie 10.02 ff. und 10.11 ff.

21. Vorauszuschicken ist schließlich, dass eine Stärkung der Rechte des Markeninhabers — wie etwa durch zeitliche Verschiebung der für die Annahme einer Erschöpfung maßgeblichen Handlung — grundsätzlich mit zusätzlichen Möglichkeiten für die Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit EWR-intern einhergeht.

22. Die Beantwortung der ersten zwei Vorlagefragen betreffend das Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens in Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 setzt eine Auslegung dieser Bestimmung anhand der gewohnten Auslegungsmethoden voraus. Im Rahmen dieser Methoden soll auf die vom nationalen Richter in der ersten Vorlagefrage vorgeschlagenen Deutungen eingegangen werden.

Wörtliche Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104

23. Ungeachtet allfälliger Unterschiede in den Sprachfassungen des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 [12] betont die schwedische Regierung zu Recht, dass sich unter Zugrundelegung eines gewöhnlichen Sprachgebrauchs aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, dass jedenfalls eine an den Markt gerichtete Handlung des Markeninhabers erforderlich ist, um das Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens als erfüllt ansehen zu können. Dies wird auch durch einen historischen Rückblick bestätigt. Im Grundsatzurteil Centrafarm/Winthrop [13] führt der Gerichtshof wie folgt aus: „Ein solches Hindernis [für den freien Warenverkehr] lässt sich nicht rechtfertigen, wenn das Erzeugnis in dem Mitgliedstaat, aus dem es eingeführt wird, durch den Inhaber selbst oder mit seiner Zustimmung rechtmäßig *auf den Markt gebracht worden ist*, von einem Missbrauch oder einer Verletzung des Zeichenrechts mithin keine Rede sein kann" (unsere Hervorhebung).

24. Aus der Maßgeblichkeit der Ausrichtung der Handlung des Markeninhabers — nämlich an den Markt — im Zusammenhang mit der Erschöpfung des Rechts aus der Marke nach Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 folgt, dass bereits nach dem Wortlaut dieser Bestimmung interne betriebliche Vorgänge — wie etwa die Überlassung von Markenwaren an eine Vertriebstochter — oder vorbereitende Handlungen — wie etwa die Einfuhr durch den Markeninhaber von Waren aus Drittstaaten, die der Markeninhaber dort herstellen lässt — nicht als Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren angesehen werden können.

12 — Während die deutsche Fassung auf das Inverkehrbringen abstellt, beziehen sich die französische Fassung („mis dans le commerce"), die spanische sowie die insoweit gleich lautende portugiesische Fassung („comercializado" bzw. „comercializados"), die italienische Fassung („immessi in commercio") und die niederländische Fassung („in de handel zijn gebracht") auf den Vertrieb im Handel, während die englische („put on the market"), die schwedische („marknaden") oder die dänische Fassung („markedsfoert") sich unmittelbar auf den Markt beziehen.

13 — Urteil vom 31. Oktober 1974 in der Rechtssache 16/74 (Slg. 1974, 1183, Randnr. 10).

25. Im Hinblick auf außerhalb des EWR hergestellte Markenwaren ist zudem zu bedenken, dass der Markeninhaber zum Zeitpunkt ihrer Einfuhr in den EWR über die Art und Weise ihres ersten Vertriebs im EWR noch nicht zwangsläufig entschieden haben muss. Würde die bloße Einfuhr und zollamtliche Abfertigung von Markenwaren auf Veranlassung des Markeninhabers bereits zur Erschöpfung des Rechts aus der Marke führen, könnte der Markeninhaber den ersten Vertrieb der mit der Marke versehenen Waren im EWR letztlich nicht mehr steuern.

26. Schließt man also die Maßgeblichkeit der bloßen Tatsache Einfuhr in den EWR im Hinblick auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens aus, bleibt offen, ob mit dem Anbieten der Waren im EWR diese *in den Verkehr* gelangen, oder ob vielmehr ihre Veräußerung — oder jedenfalls ein nicht nur vorläufiger Übergang der Verfügungsgewalt — zum Zwecke des Inverkehrbringens zu fordern ist.

27. Eine Klärung dieser Frage erscheint anhand einer wörtlichen Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 kaum möglich, da sowohl das Anbieten als auch die Veräußerung der Markenwaren „an den Markt gerichtete" Handlungen sind. Im Rahmen einer wörtlichen Auslegung könnte allenfalls — wie etwa die schwedische Regierung es getan hat — bemerkt werden, dass das Abstellen auf die Veräußerung der Ware insofern nicht überzeugt, als die Ware gerade aufgrund ihrer Veräußerung eigentlich vom Markt genommen wird. In vergleichbarer Weise macht Axolin-Elinor geltend, dass das Anbieten von Waren in einem Laden deren Befinden auf dem Markt geradezu kennzeichnet.

Systematische Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104

28. In systematischer Hinsicht ist vor allem auf das Verhältnis zwischen Artikel 5 Absatz 3 und Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 einzugehen. Nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe b kann der Markeninhaber insbesondere verbieten, „unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen ...". Aufgrund dieser Formulierung liegt es nahe, danach zu unterscheiden, ob Waren lediglich zum Verkauf angeboten werden oder ob sie in den Verkehr gebracht werden.

29. Fraglich ist jedoch, ob das Inverkehrbringen im Sinne dieser Bestimmung mit dem gleichlautenden Begriff des Artikels 7 Absatz 1 übereinstimmt. Dafür spricht zum einen die Verwendung der gleichen Begrifflichkeit, zum anderen aber auch die den beiden Vorschriften innewohnende Abgrenzung zwischen an den Markt gerichteten Handlungen und solchen, die nur internen Charakter besitzen [14]. Gegen eine einheitliche Auslegung spricht aber die unterschied-

14 — Siehe in diesem Sinne in Bezug auf die deutsche Umsetzungsvorschrift: Ingerl/Rohnke, *Markengesetz*, 2. Aufl., München 2003, § 24, Nr. 18.

liche Zielsetzung beider Vorschriften: Während Artikel 5 den Schutzumfang des ausschließlichen Rechts aus der Marke im Einzelnen festlegt, enthält Artikel 7 Absatz 1 eine Schranke dieses ausschließlichen Rechts [15].

30. Eine systematische Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 führt dementsprechend zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Teleologische Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104

31. Im Rahmen einer teleologischen Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 ist von der bereits angesprochenen [16] Ausgleichsfunktion des Erschöpfungsgrundsatzes auszugehen. Dementsprechend sind allfällige Auslegungsansätze zurückzuweisen, welche die Befugnis des Markeninhabers, das erste Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren im EWR zu steuern, beschneiden würden. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass die Beschränkung des Rechts des Markeninhabers aufgrund des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 nicht nur der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes, sondern insofern auch der Rechtssicherheit dient, als sie einer Steuerung des gesamten weiteren Vertriebs durch den Markeninhaber entgegensteht und somit auch markenrechtlich einen „Gutglaubenserwerb" ermöglicht.

32. Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist also sicherzustellen, dass der Markeninhaber sein ausschließliches Recht im erwähnten Umfang [17] ausüben kann und einen wirtschaftlichen Nutzen hieraus ziehen kann, ohne dass dies zu Lasten der Rechtssicherheit geht.

33. Es wurde bereits festgestellt, dass es diesen Anforderungen nicht genügen würde, wenn man ein Inverkehrbringen der mit der Marke versehenen Waren aufgrund der bloßen Einfuhr dieser Waren in den EWR annehmen würde [18].

34. Obgleich sowohl die Kommission als auch die schwedische Regierung anerkennen, dass die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Verwertung des Markenzeichens entscheidend ist, ziehen sie daraus unterschiedliche Schlussfolgerungen. Während die Kommission die Ansicht vertritt, dass der angesprochene wirtschaftliche Nutzen erst durch

15 — Siehe in Bezug auf die deutschen Umsetzungsvorschriften Fezer (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 7d; Ströbele/Hacker, *Markengesetz*, 7. Aufl., Köln 2003, § 24, Randnr. 33 jeweils m. w. N.

16 — Siehe oben, Nr. 19.

17 — Siehe oben, Nr. 19.

18 — Siehe oben, Nrn. 24 f.

Veräußerung der mit der Marke versehenen Ware gezogen werden kann, lässt die schwedische Regierung es genügen, dass der Markeninhaber über die Möglichkeit verfügt, seine Ware an Endverbraucher anzubieten, da er in einem solchen Fall — ungeachtet einer allfälligen tatsächlichen Veräußerung der Ware — jedenfalls die Umstände des Erstvertriebs der Ware bestimmen konnte.

35. Für die Ansicht der schwedischen Regierung spricht sicherlich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die das Inverkehrbringen mit der Vermarktung im Sinne einer Einführung der Ware auf den Markt gleichsetzt — und dementsprechend auch die Vollendung der Veräußerung der Ware als ein Verlassen des Marktes interpretiert. Ausgehend von einer Definition des Marktes als Ort des freien Tausches von Leistung und Gegenleistung, an dem durch Angebot und Nachfrage der Preis gebildet wird, ist jedoch zu bemerken, dass die von der schwedischen Regierung favorisierte Deutung keinesfalls zwingend ist. Die Preisbildung auf dem Markt erfolgt im Wechselspiel von Angebot und Nachfrage und schlägt sich letztlich erst mit der Veräußerung der Ware nieder, sodass einiges für die von der Kommission favorisierte Deutung spricht. Nur diese Deutung wird dem Marktverständnis als Ort des freien Tausches von Leistung und Gegenleistung gerecht [19].

36. Nach Ansicht von Axolin-Elinor könne dennoch nicht bestritten werden, dass Waren, die in einem Laden angeboten werden, in den Verkehr gebracht worden sind. Zu bedenken sei weiters, dass bereits durch das Abstellen auf das Angebot an Endverbraucher die Hauptfunktion der Marke — die so genannte Herkunftsgarantie — gewahrt werde.

37. Diese Ansicht vermag in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Wenn auch das Vorliegen einer an den Markt gerichteten Handlung in einer solchen Konstellation anzunehmen ist, trägt eine solche Ansicht dennoch den Interessen des Markeninhabers nicht hinreichend Rechnung, weil sich der Schutz der Investitionen in die Marke allein durch ein Angebot der mit der Marke versehenen Produkte zum Verkauf wirtschaftlich nicht verwirklichen kann [20].

38. Auch Praktikabilitätserwägungen sprechen dafür, nicht auf das Angebot der Ware zum Verkauf abzustellen. Peak Holding trägt in diesem Zusammenhang vor, dass ein Abstellen auf das Angebot schwer zu handhaben ist, da hinsichtlich gelagerter Waren nicht klar sei, in Bezug auf welche Ware eine Erschöpfung eintritt. An dieser Stelle ist

19 — Siehe auch in anderem Zusammenhang die Schlussanträge von Generalanwalt Léger vom 13. November 2003 in der anhängigen Rechtssache C-371/02 (Bjornekulla Fruktindustrier, Slg. 2004, I-5791), Nr. 40: „Wer aber vom Markt spricht, meint das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage oder Austausch, Transaktion, ..."

20 — In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im Urteil vom 12. November 2002 in der Rechtssache C-206/01 (Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273) zwar die traditionelle Funktion der Marke als Hinweis auf die Herkunft der Ware bekräftigt hat, zugleich aber entsprechend den Ausführungen von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer (Schlussantrage vom 13. Juni 2002, Nr. 46) ihre zunehmende Bedeutung als Investitions- und Werbungstrager hervorgehoben hat. So gesehen erscheint die Ansicht Axolin-Elinors zu eng.

auch auf das Urteil in der Rechtssache Sebago [21] zu verweisen, wonach „... gilt, dass die Rechte aus der Marke nur in Bezug auf diejenigen Exemplare der Ware erschöpft sind, die mit Zustimmung des Inhabers in dem in dieser Vorschrift genannten Gebiet in den Verkehr gebracht worden sind. In Bezug auf diejenigen Exemplare der Ware, die in diesem Gebiet nicht mit Zustimmung des Inhabers in den Verkehr gebracht worden sind, kann der Inhaber nach wie vor kraft des ihm durch die Richtlinie verliehenen Rechts die Nutzung der Marke untersagen". Aus diesem Urteil folgt, dass zwecks Annahme einer Erschöpfung jedenfalls festzustellen ist, welche Exemplare der Ware in den Verkehr gebracht worden sind — sei es durch den Markeninhaber selbst oder mit seiner Zustimmung. Sollte bereits das Anbieten von Waren für ihr Inverkehrbringen ausreichen, wäre aber fraglich, wie die notwendigen Feststellungen im Hinblick auf gelagerte Waren, die möglicherweise nicht zum Verkauf bestimmt sind, mit hinreichender Rechtssicherheit getroffen werden könnten.

39. Ferner ist zu bemerken, dass ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Angebots eine Unterbindung von Parallelimporten aus Drittstaaten in Fällen unmöglich machen würde, in denen die Waren sich zunächst innerhalb des EWR befanden und dort keinen Absatz fanden. In der Rechtssache Silhouette [22], welche einer solchen Konstellation zugrunde lag, hat sich der Gerichtshof bekanntlich mit der Zulässigkeit einer internationalen Erschöpfung nach nationalem Recht auseinander gesetzt, was wiederum logisch voraussetzt, dass die Rechte aus der Marke nicht bereits durch Anbieten der Waren in einem Mitgliedstaat als erschöpft anzusehen waren.

40. Stellt man also — in wirtschaftlicher Hinsicht — auf die Veräußerung der mit einer Marke versehenen Waren als maßgeblichen Zeitpunkt im Hinblick auf das Inverkehrbringen dieser Waren ab [23], bleibt schließlich in rechtlicher Hinsicht zu bestimmen, ob eine Änderung der Eigentumsverhältnisse erforderlich ist. Dies legt der Vorlagebeschluss nahe, indem er sich in der ersten Vorlagefrage auf die fehlende „Übereignung" der Ware bezieht. Auch die Kommission hat sich — insbesondere in der mündlichen Verhandlung — für die Maßgeblichkeit der „Übereignung" ausgesprochen.

41. Hiezu ist anzumerken, dass aber auch eine Änderung der Eigentumsverhältnisse die Frage, ob der Markeninhaber einen

21 — Zitiert in Fußnote 10 (Randnr. 19).

22 — Urteil vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-355/96 (Slg. 1998, I-4799).

23 — Was etwa auch dem Urteil vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-115/02 (Rioglass, Slg. 2003, I-12705, Randnr. 28) entnommen werden könnte, wenn es feststellt, dass ein Durchfuhrvorgang (der darin besteht, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte Waren durch das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten in einen Drittstaat befördert werden) „seinem Wesen nach keine Vermarktung [im Sinne eines Inverkehrbringens — siehe auch dort Randnr. 25]" impliziere.

wirtschaftlichen Nutzen aus der Marke ziehen konnte, unberührt lässt. Mit anderen Worten muss die Änderung der Eigentumsverhältnisse an der Markenware aufgrund der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise unbeachtlich bleiben [24].

42. Wenn die Änderung der Eigentumsverhältnisse unbeachtlich bleibt, muss auf den Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Ware abgestellt werden. Eine Ware ist dementsprechend in den Verkehr gebracht worden, wenn ein Dritter, dessen Entscheidungen in Bezug auf den Vertrieb der Ware dem Markeninhaber — etwa aufgrund der tatsächlichen Unabhängigkeit dieses Dritten [25] — nicht zugerechnet werden können, die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware erlangt hat.

43. Es wird daher vorgeschlagen, die erste Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass Waren, die mit einem Markenzeichen versehen sind, weder dadurch in den Verkehr gelangen, dass sie in den EWR bloß eingeführt und zollamtlich abgefertigt werden, noch dadurch, dass sie in Geschäften des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen zum Verkauf angeboten werden. Ein die Erschöpfungswirkung bewirkendes Inverkehrbringen im EWR im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 liegt vielmehr dann vor, wenn ein unabhängiger Dritter die Verfügungsgewalt über die mit der Marke versehenen Waren erlangt hat.

44. Angesichts dieser vorgeschlagenen Antwort braucht auf die zweite Vorlagefrage nicht mehr eingegangen zu werden.

B — *Dritte und vierte Vorlagefrage*

45. Bei den letzten beiden Vorlagefragen geht es im Wesentlichen um die Frage, ob und inwiefern einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Markeninhabers in Bezug auf den Vertrieb der mit der Marke versehenen Waren im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Zustimmung im Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 Bedeutung zukommt.

46. Hintergrund dieser Frage ist die Ansicht, dass bei nachweisbarem Verstoß gegen

24 — Beim Verkauf einer Markenware unter Eigentumsvorbehalt geht die Übertragung der Verfügungsgewalt einer Änderung der rechtlichen Eigentumsverhältnisse voran. Der Eigentumsvorbehalt wirkt sich insofern nicht auf den Eintritt der markenrechtlichen Erschöpfung aus. Im Fall der Sicherungsübereignung ist es überhaupt zweifelhaft, ob eine marktgerichtete Handlung stattfindet, da die betreffende Ware im Besitz des Sicherungsgebers bleibt. Siehe dazu Mulch, *Der Tatbestand der markenrechtlichen Erschopfung*, Köln 2001, S. 20.

25 — Hievon sind in der Regel konzerninterne Umsatze oder Umsatze innerhalb eines Vertriebssystems zu unterscheiden.

diesen rechtsgeschäftlichen Willen eine Zustimmung im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie fehlen würde, sodass es nicht mehr darauf ankommen könne, ob die mit der Marke versehenen Waren im EWR in den Verkehr gebracht worden sind oder nicht.

47. Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass der Vertrieb des Restpostens nach dem Willen des Markeninhabers Peak Holding zum ganz überwiegenden Teil in Drittstaaten erfolgten sollte. Peak Holding fügte eine entsprechende Klausel in den Vertrag mit der französischen Gesellschaft COPAD ein. Die dritte und vierte Vorlagefrage geht offenbar auf das Vorbringen von Peak Holding zurück, wonach die Verletzung dieser Klausel betreffend die territoriale Einschränkung des Vertriebs einer fehlenden Zustimmung im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 gleichkommen würde, sodass eine Erschöpfung der Rechte aus der Marke ausgeschlossen sei.

48. Diese Ansicht verkennt die Rechtsnatur der Erschöpfung als *gesetzliche* Schranke der Rechte aus der Marke, wie auch von der schwedischen Regierung zu Recht gerügt. Sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach seinem Sinn und Zweck ist im Tatbestand der Erschöpfung zwischen einem Inverkehrbringen durch den Markeninhaber selbst und einem Inverkehrbringen durch einen Dritten — aber mit Zustimmung des Markeninhabers — zu unterscheiden [26]. Der Begriff der Zustimmung im Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 stellt ein Zurechnungskriterium dar, nach welchem zu beurteilen ist, ob das Inverkehrbringen der Waren im EWR durch einen Dritten dem Markeninhaber zuzurechnen ist [27].

49. Werden die mit einer Marke versehenen Waren durch den Markeninhaber selbst im EWR in den Verkehr gebracht, tritt von Gesetzes wegen die Erschöpfung ein, ohne dass es auf den Vertrag zwischen Markeninhaber und Käufer ankommt. Die Verletzung einer allfälligen Klausel über territoriale Vertriebsbeschränkungen, die durch den Markeninhaber einem Käufer der mit der Marke versehenen Waren im Hinblick auf deren Vertrieb im EWR auferlegt worden sind, löst gegebenenfalls Vertragsansprüche aus — ist jedoch markenrechtlich grundsätzlich unbeachtlich.

50. Auch ein Verweis auf das Urteil in der Rechtssache Davidoff u. a. [28] vermag nichts an dieser Einschätzung zu ändern. Dort hat der Gerichtshof u. a. festgestellt, dass „nationale Rechtsvorschriften, die das bloße

26 — Siehe auch meine in Fußnote 7 zitierten Schlussanträge, Nr. 42.

27 — Bereits im Urteil vom 22. Juni 1994 in der Rechtssache C-9/93 (Ideal-Standard, Slg. 1994, I-2789, Randnr. 43) hatte der Gerichtshof klargestellt, dass „die in jeder Übertragung liegende Zustimmung ... nicht der Zustimmung [entspricht], deren es für die Erschöpfung des Rechts bedarf".

28 — Zitiert in Fußnote 7.

Schweigen des Markeninhabers berücksichtigten, ... keine konkludente Zustimmung anerkennen, sondern eine Zustimmungsvermutung aufstellen [würden]. Damit würden sie das Erfordernis einer positiv erteilten Zustimmung, wie es sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, missachten" [29]. Daraus ist zwar zu entnehmen, dass die Zustimmung des Markeninhabers im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104, d. h., die Zustimmung zum Inverkehrbringen der Waren im EWR durch einen Dritten, nicht bereits aus einer fehlenden Einfügung territorialer Vertriebsbeschränkungen im Vertrag zwischen dem Markeninhaber und seinem Käufer hergeleitet werden kann.

51. Ob im Umkehrschluss die Einfügung einer territorialen Vertriebsbeschränkung in diesem Vertrag aber eine Zustimmung des Markeninhabers im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 grundsätzlich ausschließt, ist nur von Bedeutung, sofern die Erschöpfung aus dieser Zustimmung hergeleitet werden soll. Dies ist die Frage bei der Wiedereinfuhr von Markenwaren aus Drittstaaten [30]. Im Ausgangsfall geht es jedoch nicht um eine solche Konstellation, sondern lediglich um die Frage, zu welchem Zeitpunkt die mit der Marke versehenen Waren durch den Markeninhaber selbst im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

52. Ob die territoriale Vertriebsbeschränkung im Vertrag zwischen Peak Holding und COPAD wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist, kann dahinstehen, da dieser Umstand keine Relevanz für die Beantwortung der dritten Vorlagefrage aufweist.

53. Hinsichtlich der vierten Vorlagefrage genügt die Bemerkung, dass, wenn das Vorliegen einer territorialen Vertriebsbeschränkung den Eintritt der Erschöpfung in einem Fall wie im Ausgangsfall nicht beeinflusst [31], dies erst recht gelten muss, wenn es um eine besondere Ausgestaltung einer solchen Klausel geht.

54. Die dritte und vierte Vorlagefrage ist mithin dahin gehend zu beantworten, dass es im Falle der Veräußerung einer mit einer Marke versehenen Ware an ein anderes Unternehmen innerhalb des EWR für den Eintritt der Erschöpfung nach Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 keine Rolle spielt, ob und inwieweit der Markeninhaber dem Erwerber territoriale Vertriebsbeschränkungen auferlegt.

29 — A. a. O., Randnr. 58.

30 — Wenn die mit der Marke versehenen Waren noch nicht im EWR durch den Markeninhaber in den Verkehr gebracht worden sind, jedoch von einem Dritten in den EWR eingeführt werden, etwa im Rahmen von grauen Reimporten, stellt sich im Hinblick auf eine allfällige Erschöpfung der Rechte aus der Marke nicht die Frage, ob die Waren durch den Markeninhaber selbst im EWR in den Verkehr gebracht worden sind, sondern ob sie mit seiner Zustimmung durch den Dritten im EWR in den Verkehr gebracht worden sind.

31 — Siehe oben, Nr. 51.

V — Kosten

55. Die Auslagen der schwedischen Regierung und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

VI — Ergebnis

56. Es wird daher dem Gerichtshof vorgeschlagen, wie folgt auf die Vorlagefragen zu antworten:

1. Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104/EWG ist dahin gehend auszulegen, dass Waren, die mit einem Markenzeichen versehen sind, weder dadurch in den Verkehr gelangen, dass sie in den EWR bloß eingeführt und zollamtlich abgefertigt werden, noch dass sie in Geschäften des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen zum Verkauf angeboten werden. Eine mit einer Marke versehene Ware wird vielmehr erst dann im EWR in den Verkehr gebracht, wenn ein unabhängiger Dritter die tatsächliche Verfügungsgewalt über sie erlangt hat, etwa im Wege eines Verkaufs.

2. Im Falle der Veräußerung einer mit einer Marke versehenen Ware an ein anderes Unternehmen innerhalb des EWR durch den Markeninhaber selbst spielt es für den Eintritt der Erschöpfung nach Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 89/104/EWG keine Rolle, ob und inwieweit dieser dem Erwerber territoriale Vertriebsbeschränkungen auferlegt.