

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ VOM 20. JUNI 1984

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

In dem Vorabentscheidungsverfahren, zu dem ich mich heute äußere, geht es um die Auslegung der Verordnung Nr. 67/67 vom 22. März 1967 „über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen“, deren Gültigkeit durch die Verordnung Nr. 3577/83 (ABl. L 373, 1982, S. 58) bis zum 30. Juni 1983 verlängert worden ist.

A — Zum Sachverhalt des Verfahrens ist folgendes zu sagen:

Herr Andreoli, persönlich haftender Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma Compact sowie Geschäftsführer der Firma Officine Sant'Andrea (beide mit Sitz in Italien), hat Leichtmetallheizkörper entwickelt und besitzt dafür die technischen Schutzrechte. Diese Heizkörper werden von der Firma Compact hergestellt und mit dem für sie in Italien eingetragenen Warenzeichen „Ghibli“ vertrieben.

Im Oktober 1975 kam es zu einer Abmachung mit der in Deutschland ansässigen Firma Hydrotherm, der zufolge dieser weltweit (mit Ausnahme von Italien, Griechenland und der Türkei) eine ausschließliche Herstellungs- und Vertriebslizenz für die genannten Heizkörper erteilt wurde. Gleichzeitig wurde ein Produktionsvertrag abgeschlossen, nach dem Hydrotherm gehalten war, die Vertragsprodukte — mindestens 100 000 Stück pro Jahr — allein bei Compact zu beziehen. Aufgrund einer Erlaubnis des Zeicheninhabers ließ Hydrotherm in mehreren Staaten, unter anderem in der Bundesrepublik Deutschland, das erwähnte

Warenzeichen für sich eintragen. Wegen eines Streits kündigte Hydrotherm die getroffenen Abmachungen schon zum 31. Dezember 1977.

Daraufhin wurde im Oktober 1977 (für die Dauer von drei Jahren) eine neue, die früheren Abmachungen ersetzende Vereinbarung abgeschlossen, an der diesmal auf italienischer Seite die Firma Compact, Dr. Andreoli und die Firma Officine Sant'Andrea beteiligt waren. Ihr zufolge stand Hydrotherm das ausschließliche Vertriebsrecht für Ghibli-Heizelemente in Westeuropa (ohne Italien, Griechenland und die Türkei) und das ausschließliche Vertriebsrecht für Heizkörper mit der Bezeichnung „Typ S Serie A“ in Westeuropa (ohne Frankreich, die Benelux-Staaten und Österreich) zu. Sie sah ferner vor, daß Hydrotherm während der Laufzeit des Vertrages nicht in der Vertragszone direkt oder indirekt andere Produzenten, Wiederverkäufer und Konstrukteure von Radiatoren, Heizplatten und Konvektoren, hergestellt aus Aluminium oder Aluminiumlegierung, vertreten oder mit ihnen Handel treiben durfte; außerdem enthielt sie eine Klausel über den Umfang der Warenbezüge sowie eine andere über die Rechtsfolgen des Scheiterns des ersten Vertrages.

Im Rahmen dieser neuen Vereinbarung nahm Hydrotherm eine bestimmte Menge Erzeugnisse ab und weigerte sich dann, weitere Waren abzunehmen. Daraufhin kündigte die Firma Compact den Vertrag und verlangte — auch aus abgetretenem Recht von Dr. Andreoli und der Firma Officine Sant'Andrea — Schadensersatz.

In dem sich daraus ergebenden Rechtsstreit äußerte Hydrotherm unter anderem Zweifel daran, daß die getroffene Abmachung mit Artikel 85 des EWG-Vertrags vereinbar sei. Die Firma Compact berief sich dagegen auf die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67. Tatsächlich hatte Herr Andreoli (auch im Namen der beiden genannten Gesellschaften) im September 1980 die Vereinbarung von Oktober 1977 formell bei der Kommission angemeldet und daraufhin am 30. März 1982 von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Bescheid bekommen (der auch der Firma Hydrotherm mitgeteilt worden ist), die Akte werde geschlossen, weil die angemeldete Vereinbarung unter die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67 falle. Dieser letzteren Auffassung hat sich auch das als Berufungsgericht angerufene Oberlandesgericht angeschlossen und — weil die vertragliche Abnahmepflicht schuldhaft verletzt worden sei — die bei ihm anhängige Schadensersatzklage für dem Grunde nach berechtigt erklärt.

Danach kam die Sache im Wege der Revision zum Bundesgerichtshof. Dieses Gericht ging bei der Würdigung der Abmachung davon aus, sie enthalte Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikels 85 des EWG-Vertrags, und unterstellte — weil das Berufungsgericht dazu nichts ermittelt hatte —, daß es sich um *spürbare* Beschränkungen handle. Weiter stellte der Bundesgerichtshof fest, es komme wegen des jährlichen Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen eine Anwendung der Bekanntmachung der Kommission vom 27. Mai 1970 (in der Fassung vom 29. 12. 1977) nicht in Betracht. Wichtig für ihn ist also, ob die Verordnung Nr. 67/67 tatsächlich eingreift, was nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes durch die

erwähnte Mitteilung der Kommission für die Gerichte nicht bindend festgestellt sei.

Insofern sieht der Bundesgerichtshof zwei Auslegungsprobleme zu Artikel 1 der genannten Verordnung, wo es heißt:

„Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages wird gemäß Artikel 85 Absatz 3 unter den in dieser Verordnung genannten Voraussetzungen bis zum 30. Juni 1983 für nicht anwendbar erklärt auf Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und

- a) in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zweck des Weiterverkaufs innerhalb eines abgegrenzten Gebiets des Gemeinsamen Marktes bestimmte Waren nur an ihn zu liefern, oder
- b) in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen, oder
- c) in denen zwischen den beiden Unternehmen zum Zweck des Weiterverkaufs ausschließliche Liefer- und Bezugspflichten im Sinne der Absätze a) und b) vereinbart worden sind.

...“

Das eine Auslegungsproblem ergibt sich daraus, daß an den Verträgen aus dem Jahr 1975 auch Dr. Andreoli (als Inhaber der technischen Schutzrechte) beteiligt war und daß an dem Vertrag aus dem Jahr 1977 Dr. Andreoli und die Firma Officine Sant'Andrea zusammen mit der Firma Compact als gemeinsame Vertragspartner beteiligt waren, die in bezug auf den Vertrag als wirtschaftliche Einheit anzusehen seien.

Das andere Auslegungsproblem besteht insofern, als die Alleinvertriebsvereinbarung auch Länder außerhalb der Europäischen Gemeinschaft umfaßte.

Außerdem sieht der Bundesgerichtshof Auslegungsprobleme in bezug auf Artikel 3 Buchstabe b) Nr. 1, wo es heißt:

„Artikel 1 Absatz 1 dieser Verordnung ist nicht anwendbar, wenn

- a) ...
- b) die Vertragspartner es Zwischenhändlern oder Verbrauchern erschweren, sich die Vertragswaren bei anderen Händlern innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschaffen, insbesondere, wenn die Vertragspartner
 - 1) gewerbliche Schutzrechte ausüben, um Händler oder Verbraucher daran zu hindern, in anderen Teilen des Gemeinsamen Marktes rechtmäßig gekennzeichnete oder rechtmäßig in Verkehr gebrachte Vertragswaren zu beziehen oder im Vertragsgebiet zu veräußern;

...“.

Diese Auslegungsprobleme gehen darauf zurück,

- daß die Firma Compact der Firma Hydrotherm gestattete, das Warenzeichen „Ghibli“ für sich eintragen zu lassen, daß dies tatsächlich geschehen ist und daß das Warenzeichen beim Vertrieb benutzt wurde;
- daß über die Art und Weise der Benutzung des Warenzeichens keine Bestimmungen getroffen worden sind und daß die Benutzung zur Verhinderung von Parallelimporten weder für beabsichtigt erklärt noch ausdrücklich verboten worden ist;
- daß das Oberlandesgericht nicht festgestellt hat, daß eine Behinderung von Parallelimporten versucht worden ist und daß nach der Rechtsprechung dieses Gerichtshofes eine Verhinderung von Parallelimporten durch Geltendmachung von Verbotsrechten aus ursprungsgleichen Wa-

renzeichen untersagt und rechtlich nicht durchsetzbar ist.

Insbesondere meint der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang, die Annahme sei nicht naheliegend, daß ein Abschluß von der Freistellung nur dann erfolgt, wenn die Schutzrechte zum Zweck der Behinderung *tatsächlich ausgeübt* werden, müsse es doch als ungewöhnlich angesehen werden, daß die Rechtmäßigkeit eines Vertrages vom außervertraglichen Verhalten der Parteien abhängt.

Der Bundesgerichtshof hat deshalb durch Beschluß vom 28. Juni 1983 das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt und nach Artikel 177 des EWG-Vertrags folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- „1. a) Ist die Gruppenfreistellungsverordnung (Verordnung Nr. 67/67/EWG) auch dann anzuwenden, wenn auf einer Seite des Vertrages mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beteiligt sind?
- b) Ist es von Bedeutung, wenn die mehreren auf einer Vertragsseite beteiligten Unternehmen personell miteinander verbunden sind und im Hinblick auf den Vertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden?
- 2. Ist die Gruppenfreistellungsverordnung auch dann anzuwenden, wenn sich die Bindungsvereinbarungen nicht nur auf ein abgegrenztes Gebiet des Gemeinsamen Marktes, sondern auch auf Länder außerhalb der Europäischen Gemeinschaft erstrecken?
- 3. Setzt die Anwendung des Artikels 3 Buchstabe b Nr. 1 der Gruppenfreistellungsverordnung voraus, daß die Parteien über die Ausübung eines

gewerblichen Schutzrechts (hier: eines Warenzeichens) Bestimmungen getroffen haben, die dessen Benutzung zur Verhinderung oder Erschwerung des Bezugs oder der Veräußerung rechtmäßig gekennzeichnete oder in Verkehr gebrachte Vertragsware nahelegen, oder genügt es für die Anwendung dieser Vorschrift, daß in dem Vertrag die Ausübung des Warenzeichens zur Verhinderung oder Erschwerung von Parallelimporten nicht geregelt ist?

4. Ist Artikel 3 Buchstabe b Nr. 1 der Gruppenfreistellungsverordnung auch anwendbar, wenn die Vertragspartner rechtlich nicht befugt sind, durch die Ausübung des Warenzeichens den Bezug oder die Veräußerung rechtmäßig gekennzeichnete oder in Verkehr gebrachte Vertragsware zu behindern?
5. Falls die Frage zu 4. zu bejahen ist: Setzt die Anwendung der genannten Vorschrift zusätzlich voraus, daß die Vertragspartner von dem Warenzeichen zur Verhinderung oder Erschwerung der Beschaffung von Vertragsware tatsächlich Gebrauch machen?“

B — Zu ihnen ist meines Erachtens *diese Stellungnahme* angebracht:

1. *Zur ersten Frage*, also zu dem Problem, ob die Verordnung Nr. 67/67 auch dann anwendbar ist, wenn auf einer Seite einer Vereinbarung mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beteiligt sind, und ob hierbei von Bedeutung ist, daß diese Unternehmen personell verbunden sind und im Hinblick auf die Vereinbarung als eine wirtschaftliche Einheit auftreten.

Ganz klar ist nach Artikel 1 der Ratsverordnung Nr. 19/65 (ABl. Nr. 36,

S. 533), der für die Verordnung Nr. 67/67 maßgebenden Ermächtigungsnorm, wo es heißt:

„Unbeschadet der Anwendung der Verordnung Nr. 17 des Rates kann die Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages durch Verordnung Artikel 85 Absatz 1 auf Gruppen von Vereinbarungen für nicht anwendbar erklären, an denen nur *zwei Unternehmen* beteiligt sind ...“ sowie nach dem Wortlaut des Artikels 1 der Verordnung Nr. 67/67, daß sie nur für Vereinbarungen gilt, an denen lediglich zwei Unternehmen beteiligt sind, womit selbstverständlich rechtlich selbständige Unternehmen gemeint sind.

Andererseits kommt man nicht an der Erkenntnis vorbei, daß auch im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft — wie die Rechtsprechung zeigt — eine wirtschaftliche und nicht eine rein rechtliche Betrachtungsweise angezeigt ist. So wurde in den Urteilen der Rechtssachen 48/69 und 52/69¹ hervorgehoben, für das Verhältnis Mutter-Tochter-Gesellschaft in einem Konzern müsse wirtschaftliche Einheit angenommen werden, soweit die Tochter-Gesellschaft ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im wesentlichen die Weisungen der Mutter-Gesellschaft befolgt (wenn die Kapitalmehrheit bei der Mutter-Gesellschaft liegt beziehungsweise von einer vollständigen Kontrolle der Tochter-Gesellschaft zu sprechen ist). Ähnliches wurde im Urteil der Rechtssache 22/71² für den Fall festgehalten, daß eine Tochter-Gesellschaft nicht wirtschaftlich selbst-

1 — Urteil vom 14. 7. 1972 in der Rechtssache 48/69 — Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 619;

Urteil vom 14. 7. 1972 in der Rechtssache 52/69 — J. R. Geigy AG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 787.

2 — Urteil vom 25. 11. 1971 in der Rechtssache 22/71 — Béguelin Import Co. und andere/SA/G.L. Import Export und andere —, Slg. 1971, 949.

ständig ist; im Urteil der Rechtssachen 6 und 7/73¹ bezüglich Unternehmen, von denen das eine über das andere eine Kontrolle besitzt und deshalb ein einheitliches Vorgehen auf dem Markt zu erkennen und von gemeinschaftlicher Verantwortung für das Verhalten in bezug auf andere Unternehmen zu sprechen ist, sowie im Urteil der Rechtssache 15/74², das in bezug auf das Verhältnis Mutter-Tochter-Gesellschaft nur eine interne Aufgabenverteilung erkannte, auf welche der Artikel 85 des EWG-Vertrags nicht anwendbar sei.

Danach liegt es durchaus nahe, auch für die Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 eine solche Einstellung für richtig zu halten, weil wir es ja mit Wettbewerbsrecht zu tun haben. Sinnvoll erscheint es also, die Verordnung auf Vereinbarungen anzuwenden, bei denen auf einer Seite mehrere rechtlich selbständige Personen beteiligt sind, wenn sie in bezug auf die Vereinbarung als Einheit auftreten, weil sie eng miteinander verbunden sind, weil ein Wettbewerb zwischen ihnen nicht stattfindet, vielmehr nur eine interne Aufgabenverteilung — ein Beteiligter stellt her, ein anderer bietet zur Veräußerung an — zu erkennen ist (in der Weise etwa — so scheint es sich in unserem Fall zu verhalten —, daß beteiligte Kommanditgesellschaften kapital- und leitungsmäßig vollständig abhängen von einer ebenfalls beteiligten natürlichen Person).

Jedenfalls kann demgegenüber nicht eingewendet werden — wie es Hydrotherm in der mündlichen Verhandlung getan hat —, der Artikel 1 der Verordnung Nr. 67/67 spreche nur von *Unternehmen*, er-

fasse also nicht *natürliche Personen* wie den an der jetzt interessierenden Vereinbarung auch beteiligten Dr. Andreoli. Denn ganz offensichtlich ist der Begriff „Unternehmen“ funktional zu verstehen und paßt danach durchaus auch auf natürliche Personen, soweit sie eine unternehmerische Tätigkeit ausüben.

Desgleichen würde ich ein stichhaltiges Gegenargument nicht darin sehen, daß — wie ebenfalls Hydrotherm meinte — für die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne der angeführten Rechtsprechung vielfach eingehende Untersuchungen notwendig seien, für die nur im Rahmen eines Einzelfreistellungsverfahrens Raum sei. Offensichtlich kann dies für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 67/67 kein entscheidendes Kriterium abgeben. Einmal bringt die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit vielfach (vielleicht sogar in der Regel) keine übermäßigen Probleme mit sich; zum anderen ist es offensichtlich, daß es für die Verordnung auch sonst auf wirtschaftliche Begriffe und Sachverhalte ankommt, die in gleicher Weise Feststellungs- und Abgrenzungsprobleme mit sich bringen können.

Damit sind die zur Anwendung berufenen Stellen tatsächlich nicht überfordert, und daraus ergeben sich namentlich für die Gerichte keine unüberwindlichen Schwierigkeiten, zumal sie gegebenenfalls über Artikel 177 des EWG-Vertrags eine gewisse Entscheidungshilfe erhalten können.

2. Zur zweiten Frage, also zu dem Problem, ob die Verordnung Nr. 67/67 auch eingreift, wenn eine Vereinbarung nicht nur ein abgegrenztes Gebiet des Gemeinsamen Marktes erfaßt, sondern sich darüber hinaus auf Länder außerhalb der Europäischen Gemeinschaft erstreckt.

1 — Urteil vom 6. 3. 1973 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73 — Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1974, 223.

2 — Urteil vom 31. 10. 1974 in der Rechtssache 15/74 — Centrafarm BV und Adriaan de Peijper/Sterling Drug Inc. —, Slg. 1974, 1147.

Hierzu ist einzuräumen, daß für eine negative Beantwortung — wie Hydrotherm hervorgehoben hat — sprechen könnte, daß in Artikel 1 der genannten Verordnung nur von einem abgegrenzten Gebiet des Gemeinsamen Marktes die Rede ist. Es läßt sich aber leicht zeigen, daß es verfehlt wäre, sich in dieser Weise an den Wortlaut der genannten Verordnung zu halten. Dafür kommen verschiedene Überlegungen in Betracht.

Wichtig ist einmal, daß territorialer Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft nur das Staatsgebiet der Mitgliedsländer der Gemeinschaft ist. Deshalb ist anzunehmen, daß Vorschriften in diesem Bereich nur ein Verhalten visieren, das sich in der Gemeinschaft auswirkt, und daher erscheint es sinnvoll, davon auszugehen, daß mit der jetzt interessierenden Wendung nur die Aussage beabsichtigt war, von der Verordnung würden nicht erfaßt Vereinbarungen, die sich auf die *ganze* Gemeinschaft erstrecken, wogegen daraus nichts für Vereinbarungen abzuleiten ist, die auch über das Gebiet der Gemeinschaft hinaus greifen.

Wenn ferner nicht ausgeschlossen werden kann, daß von Vereinbarungen, die dritte Länder betreffen, wettbewerbsrechtliche Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt ausgehen können, so ist jedoch schwerlich zu sehen, daß dies bei Alleinvertriebsvereinbarungen der jetzt interessierenden Art in bedenklicher Form der Fall sein könnte, und dies zumal, da nach Gemeinschaftsrecht Bedacht darauf genommen wird, daß Parallellieferungen nicht beeinträchtigt werden.

Nicht zu übersehen ist sodann auch, daß Regelungsgegenstand der Verordnung Nr. 67/67 eine *Freistellung* vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 ist. Sie wird — wie sich der Begründung entnehmen läßt — gewährt, weil Alleinvertriebsvereinba-

rungen im grenzüberschreitenden Verkehr im allgemeinen eine Verbesserung der Verteilung zur Folge haben können, sie also mit positiven Wirkungen im Hinblick auf die Erleichterung des Betriebs, die Förderung eines regelmäßigen Bezugs und damit die Rationalisierung von Produkten und Vertrieb verbunden sind. Diese positiven Auswirkungen aber, um die es vor allem geht, werden sicher nicht dadurch geschmälert, daß gleichartige Wirkungen auch auf den Märkten dritter Länder ausgelöst werden.

Schließlich darf nicht vergessen werden, daß in der Begründung der Verordnung Nr. 67/67 besonders betont wird, solche Vereinbarungen verschafften vielfach kleinen und mittleren Unternehmen erst die Möglichkeit, auf dem Markt als Wettbewerber in Erscheinung zu treten und damit für eine Förderung des Wettbewerbs zwischen Herstellern zu sorgen. Einleuchtend ist aber, daß es gerade für sie oft erforderlich ist, für die Absatzgestaltung größere Gebiete zu wählen. Würde man in solchen Fällen, wenn auch Gebiete außerhalb der Gemeinschaft erfaßt werden, stets eine Einzel freistellung für angezeigt halten, so würde damit sicher Sinn und Zweck der Gruppenfreistellungsverordnung verfehlt, weil ihre Anwendung ausgeschlossen wäre, wo sie in erster Linie sinnvoll erscheint, nämlich bei verhältnismäßig harmlosen Abmachungen kleiner und mittlerer Unternehmen.

Somit drängt sich als sachgerecht tatsächlich nur eine positive Beantwortung der zweiten Frage auf.

3. *Zu den sich auf die Auslegung von Artikel 3 Buchstabe b Ziffer 1 der Verordnung Nr. 67/67 beziehenden Fragen 3 bis 5*

Der Artikel 3 bestimmt — soweit das jetzt von Interesse ist —, eine Freistellung von der Anmeldepflicht komme

nicht in Betracht, wenn die Vertragspartner es Zwischenhändlern oder Verbrauchern erschwerten, sich die Vertragswaren bei anderen Händlern innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschaffen, insbesondere, wenn die Vertragspartner „gewerbliche Schutzrechte *ausüben*, um Händler oder Verbraucher daran zu hindern, in anderen Teilen des Gemeinsamen Marktes rechtmäßig gekennzeichnete oder rechtmäßig in Verkehr gebrachte Vertragswaren zu beziehen oder im Vertragsgebiet zu veräußern.“ Dazu heißt es in der Begründung, es müsse die Möglichkeit von Parallelimporten gewährleistet werden und es könne daher nicht zugelassen werden, daß gewerbliche Schutzrechte und sonstige Rechte *mißbraucht* werden, um einen absoluten Gebietsschutz herbeizuführen.

a) Meines Erachtens kann man nach dem Wortlaut des Artikels 3 und nach der zitierten Begründung nur den Eindruck gewinnen, daß hier abgestellt wird auf die *tatsächliche Ausübung* von Schutzrechten und daß es darauf ankommt, ob von ihnen zu dem Zweck *Gebrauch gemacht* wird, Parallelimporte zu verhindern. Daß dies so gewollt war, wurde im Verfahren auch bestätigt von der Verordnungsgeberin Kommission.

Somit liegt es nahe, auf den in der fünften Frage angesprochenen Aspekt der Auslegung des Artikels 3 zu antworten, der Artikel 3 greife ein bei einer tatsächlichen Ausübung von Schutzrechten, also bei Vorliegen eines konkreten Mißbrauchs. Dabei braucht es sich auch nicht — was aus der Verwendung des Plurals in Artikel 3 gefolgert werden könnte — um ein einvernehmliches Handeln der Vertragspartner zu handeln, denn offensichtlich ist bei einer Schutzrechtsübertragung vom Rechtsinhaber auf einen Händler zur tatsächlichen Ausübung nur ein Verhalten bei letzterem erforderlich.

Ich würde auch meinen, daß sich eine gewisse Bestätigung der Richtigkeit dieser Ansicht in der Rechtsprechung dieses Gerichtshofes finden läßt. Dabei denke ich einerseits an Urteile, die sich zu dem Artikel 3 der Verordnung Nr. 67/67 aussprechen und die betonen, man dürfe nicht zulassen, daß gewerbliche Schutzrechte und sonstige Rechte *mißbraucht* werden, um einen absoluten Gebietschutz herbeizuführen (Rechtssache 40/70¹⁾), oder die unterstreichen, wenn ein solches Verhalten vorliege (*Ausübung* eines Rechts, um Händler oder Verbraucher daran zu hindern, Vertragswaren anderweitig im Gemeinsamen Markt zu beziehen), komme eine Freistellung nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 67/67 nicht in Betracht (Rechtssache 22/71²⁾).

Andererseits ist an Urteile zu erinnern, aus denen sich ableiten läßt, daß nicht etwa schon die Übertragung eines Schutzrechts als Mißbrauch gilt, sondern erst die konkrete Ausübung (also das einseitige Verhalten des Rechtsinhabers). Dies zeigte sich in den Rechtssachen 56 und 58/64³⁾, wo betont wurde, das Gemeinschaftsrecht habe Einfluß auf die *Ausübung* gewerblicher Schutzrechte, die *Ausübung* sei beschränkt, soweit dies zur Durchsetzung des Verbots des Artikels 85 Absatz 1 erforderlich ist, und es könne ein Warenzeichenrecht nicht zu Zwecken *mißbraucht* werden, die dem Kartellrecht der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Dies wurde deutlich in der-

1 — Urteil vom 18. 2. 1971 in der Rechtssache 40/70 — Sirena Srl/Eda Srl und 7 andere —, Slg. 1971, 69, 82, Randnummer 6.

2 — Urteil vom 25. 11. 1971 in der Rechtssache 22/71 — Béguelin Import Co. und andere/SA/G.L. Import Export und andere —, Slg. 1971, 949, 961, Randnummern 23 und 24.

3 — Urteil vom 13. 7. 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 — Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1966, 321, 294.

Rechtssache 40/70¹ (wo auch hervorgehoben wurde, gewerbliche Schutzrechte würden zwar durch die Artikel 85 und 86 des Vertrages in ihrem *Bestand* nicht berührt, es könne aber ihre *Ausübung* unter die in diesen Vorschriften ausgesprochenen Verbote fallen und es sei daher Artikel 85 anwendbar, wenn die Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten stammender und das gleiche Warenzeichen tragender Erzeugnisse unter Berufung auf das Zeichenrecht verhindert wird). Und insofern ist auch von Interesse das Urteil der Rechtssache 28/77² (in dem unterstrichen wurde, daß die *Benutzung* der Warenzeichen den Gebietsschutz verstärke, sowie das Urteil der Rechtssache 258/78³, in dem wegen der Besonderheit der fraglichen Erzeugnisse eine sogenannte offene ausschließliche Lizenz als nicht mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar bezeichnet wurde.

Darüber hinaus läßt sich auch sagen, daß es schwerlich als ungewöhnlich oder gar störend angesehen werden kann, wenn in einem Zusammenhang wie dem jetzt interessierenden an das *einseitige Verhalten* eines Vertragspartners angeknüpft wird. Für mich ist nicht zweifelhaft, daß dies durch die Ermächtigungsnorm des Rates gedeckt ist, denn in Artikel 1 der Verordnung Nr. 19/65 ist von der Gruppenfreistellungsverordnung gesagt, sie müsse insbesondere die Bestimmungen bezeichnen, die in den Vereinbarungen enthalten sein müssen, oder die *sonstigen Voraussetzungen*, die erfüllt sein müssen. Außerdem darf nicht vergessen werden,

daß es in Artikel 3 der Verordnung Nr. 67/67 um eine Aussage über eine *Freistellung* geht. Nach Artikel 8 der grundlegenden Verordnung Nr. 17 können Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags mit *Bedingungen* verbunden werden. Dabei kann es — wie die Kommission gezeigt hat — um einseitiges und rein faktisches Verhalten der Vertragspartner gehen, wie Marktverhalten, Entwicklung von Marktanteilen und Umsätzen; auch die Abgabe von Berichten der Kommission gegenüber kann eine Rolle spielen. Danach ist nicht einzusehen, warum dies in der Freistellungsverordnung ausgeschlossen und es hier bedenklich sein soll, die Wirksamkeit einer Absprache vom außervertraglichen Verhalten eines Partners abhängig zu machen. Die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 67/67 bedeutet ja nur, daß diese Freistellung nicht eingreift, nicht aber, daß die betreffende Alleinvertriebsvereinbarung von Artikel 85 erfaßt und damit nichtig ist.

b) Nach dem bisher Ausgeführten liegt es durchaus auf der Hand, wie auf die *dritte Frage* des Bundesgerichtshofes zu antworten ist.

aa) Nach der Verordnung Nr. 67/67 ist es nicht notwendig, daß die Parteien Bestimmungen über die Ausübung gewerblicher Schutzrechte getroffen haben, die eine Erschwerung von Parallelimporten zum Ziel haben oder unausweichlich nach sich ziehen, wie die französische Regierung meint. (Diese ist deshalb auch der Ansicht, für Artikel 3 kämen nur Maßnahmen in Betracht, die sich aus einem Vertrag ergeben und in Durchführung eines Vertrages getroffen worden sind.) Wäre dies gewollt gewesen, so wäre es sicher mit deutlichen Worten gesagt worden, und es wären nicht rein faktische Begriffe gebraucht worden, wie sie in Artikel 3 zu finden sind. Außerdem

1 — Urteil vom 18. 2. 1971 in der Rechtssache 40/70 — Sitena Srl/Eda Srl und 7 andere —, Slg. 1971, 69, 81, Randnummer 5, und 83, Randnummer 11.

2 — Urteil vom 20. 6. 1978 in der Rechtssache 28/77 — Tepea BV/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1978, 1391, 1415, Randnummern 40 bis 45.

3 — Urteil vom 9. 6. 1982 in der Rechtssache 258/78 — L. C. Nungesser KG und Kurt Eisele/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1982, 2015, 2069, Randnummer 58.

läßt sich sagen, daß für diesen Standpunkt auch die Systematik der Verordnung Nr. 67/67 spricht. Denn sie unterscheidet genau zwischen Klauseln, die in Alleinvertriebsvereinbarungen enthalten sein können (Artikel 1 und 2), und Begleitumständen tatsächlicher Art (auf die sich Artikel 3 bezieht, wenn er einfach von der *Ausübung* gewerblicher Schutzrechte oder von *Maßnahmen* spricht, die getroffen werden, um Händler oder Verbraucher daran zu hindern, Vertragswaren anderweitig im Gemeinsamen Markt zu beziehen).

Andererseits ist wohl selbstverständlich, daß dann, wenn Vereinbarungen über die Ausübung gewerblicher Schutzrechte in dem angegebenen Sinn getroffen werden, die Freistellungsverordnung von vornherein auf derartige Abmachungen nicht anwendbar ist. Solche Absprachen sind nämlich offensichtlich auf die Sicherung eines absoluten Gebietsschutzes gerichtet und sie werden damit — wie sich den Urteilen der Rechtssachen 56 und 58/64¹ und 258/78² entnehmen läßt — eindeutig mit Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags unvereinbar.

bb) Nicht ausreichend ist ferner für die Anwendung von Artikel 3 der Verordnung Nr. 67/67 die bloße Feststellung, daß die Ausübung gewerblicher Schutzrechte nicht geregelt ist, daß also keine Verpflichtung dahin festgelegt wurde, Schutzrechte nicht zur Verhinderung von Parallelimporten auszuüben. Hydrotherm hält eine andere Wertung für richtig: bei der Übertragung von Warenzeichen liege eine Erschwerung von Parallelimporten auf der Hand, und es bestehe der Verdacht dahin gehender

wettbewerbsbeschränkender Absprachen. Diese Wertung würde darauf hinauslaufen, daß schon die bloße *Übertragung* von Warenzeichenrechten und die Einräumung der *Möglichkeit*, sie zu benutzen, den Ausschluß von der Freistellung zur Folge haben würde.

Daß dies nicht beabsichtigt war, läßt sich anhand verschiedener Überlegungen zeigen.

Verweisen läßt sich schon auf den Wortlaut von Artikel 3, der eben nicht von der Übertragung oder der Einräumung gewerblicher Schutzrechte, sondern von deren *Ausübung* spricht, womit in diesem Zusammenhang nur gemeint sein kann die Ausübung zum Zweck der Verhinderung von Parallelimporten. — Hinweisen läßt sich auch auf Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 67/67, wonach unbedenklich die Verpflichtung des Alleinvertriebshändlers ist, Vertragswaren unter den Warenzeichen zu vertreiben, die der Hersteller vorschreibt. Dies kann nur so verstanden werden, daß hier Vereinbarungen über die Benutzung von Warenzeichen vorausgesetzt und als unbedenklich angesehen werden. — Zu erinnern ist weiter an die grundsätzliche Orientierung der Rechtsprechung, nach der — ich habe es bereits erwähnt — für das Wettbewerbsrecht nicht der Bestand (und damit die Übertragung) gewerblicher Schutzrechte relevant ist, sondern ihre mißbräuchliche Ausübung. Schließlich ist auch einleuchtend, daß Alleinvertriebsverträge vielfach mit der Übertragung von Warenzeichen verbunden sind; so, wenn Alleinvertriebshändler sich um Verpackung und Werbung zu kümmern haben; wo es um die Erschließung neuer Märkte geht, zu der Händler nicht ohne eine gewisse Absicherung gegenüber Wettbewerben bereit sind; oder wo — namentlich kleinere Unternehmen — aus Kostengründen nicht selbst in allen für sie interessanten Ländern Warenzeichen für sich eintragen

1 — Urteil vom 13. 7. 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 — Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission der EWG —, Slg. 1966, 321, 294.

2 — Urteil vom 9. 6. 1982 in der Rechtssache 258/78 — L. C. Nungesser KG und Kurt Eisele/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1982, 2015, 2069, Randnummer 58.

lassen. Würde man in solchen Fällen, ungeachtet der positiven Auswirkungen solcher Vereinbarungen für den Wettbewerb, die Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 ausschließen, so würde dieser Verordnung viel von ihrer Bedeutung genommen werden, die doch gerade darin liegt, angesichts einer Vielzahl typischer Verträge für eine Erleichterung ihrer verwaltungsmäßigen Bewältigung zu sorgen.

c) Mit *Frage 4* wird offensichtlich auf die Rechtsprechung zur Erschöpfung gewerblicher Schutzrechte Bezug genommen. Danach ist es nicht zulässig, durch die Ausübung von Warenzeichen den Bezug oder die Veräußerung rechtmäßig gekennzeichnet oder in den Verkehr gebrachter Erzeugnisse zu behindern. Hier sollten wir der Meinung derer folgen, die sagen, es komme für Artikel 3 — auch wenn eine derartige Handhabung von Warenzeichen rechtlich nicht zulässig und nicht durchsetzbar ist — nur auf die *tatsächliche Ausübung* an.

In seiner Begründung (S. 14) wirft der Bundesgerichtshof die Frage auf, welche praktische Bedeutung der Vorschrift des Artikels 3 Buchstabe b Nr. 1 unserer Verordnung neben der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Erschöpfung gewerblicher Schutzrechte zukomme.

Dazu möchte ich auf die in dem Urteil der Rechtssache 258/78¹ getroffene Feststellung verweisen, die Zuständigkeit der Kommission werde nicht dadurch beeinträchtigt, daß Einzelpersonen in der Lage sind, sich auf die Bestimmungen des EWG-Vertrags über den freien Wa-

renverkehr zu berufen, um sich Einschränkungen zu entziehen, die sich aus der Ausübung gewerblicher Schutzrechte ergeben (Slg. 1982, 2070, Randnummer 63).

Nach der Begründung der Verordnung Nr. 67/67 besteht der Sinn des Artikels 3 darin, die Möglichkeit von Parallelimporten zu gewährleisten. (Damit wollte die Kommission im Wettbewerbsrecht ihren Beitrag zur Erhaltung des freien Warenverkehrs leisten.) Dieses Anliegen ist aber auch noch sinnvoll nach Erarbeitung der erwähnten Rechtsprechung zur Erschöpfung gewerblicher Schutzrechte und deswegen wurde der Artikel 3 nicht geändert. Tatsächlich ist ohne weiteres vorstellbar, daß gegen den Versuch einer Erschwerung von Parallelimporten mit Hilfe von Warenzeichen (der oftmals im Wege der einstweiligen Verfügung unternommen wird) nicht immer angegangen wird, weil sich der angegriffene *Dritte* hierzu — das heißt zu dem Nachweis, daß die Ausübung im konkreten Fall rechtswidrig ist — Informationen beschaffen muß und weil er vielleicht auch das Kostenrisiko scheut. Sicher ist auch, daß dann, wenn gegen einen solchen Versuch angegangen wird, die rechtliche Durchsetzung zeitraubend sein kann, und daß bis zu ihrem erfolgreichen Abschluß eine faktische Behinderung gegeben wäre, die nicht hingenommen werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich jeder direkt auf Artikel 3 der Verordnung berufen, dessen Sinn darin besteht, die Möglichkeit von Parallelimporten zu gewährleisten.

C — Insgesamt würde ich deshalb — und ohne daß auf die vom Bundesgerichtshof nicht aufgeworfene Frage des Verhältnisses zwischen der Verordnung Nr. 67/67 und dem Artikel 85 Absatz 1 noch eingegangen wird — vorgeschlagen, auf die gestellten Fragen so zu antworten:

¹ — Urteil vom 9. 6. 1982 in der Rechtssache 258/78 — L. C. Nungesser KG und Kurt Eisele/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1982, 2015, 2069, Randnummer 58.

1. Die Verordnung Nr. 67/67 ist auch anzuwenden, wenn auf einer Seite des Vertrages mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beteiligt sind, diese aber wegen personeller und kapitalmäßiger Verflechtung in bezug auf die Abmachung als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind, in deren Bereich kein Wettbewerb stattfindet, sondern nur von interner Arbeitsteilung zu sprechen ist.
2. Die Verordnung Nr. 67/67 ist auch anzuwenden, wenn sich eine Bindungsvereinbarung nicht nur auf ein abgegrenztes Gebiet des Gemeinsamen Marktes, sondern darüber hinaus auch auf Länder außerhalb der Gemeinschaft erstreckt.
3. Die Vorschrift des Artikels 3 Buchstabe b Nr. 1
 - a) greift nicht schon dann ein, wenn festgestellt wird, daß in einem Vertrag die Ausübung eines Warenzeichenrechts zur Verhinderung oder Erschwerung von Parallelimporten nicht geregelt ist,
 - b) greift ein, wenn die Vertragspartner über die Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts Vereinbarungen getroffen haben, die dessen Benutzung zur Verhinderung oder Erschwerung des Bezugs oder der Veräußerung rechtmäßig gekennzeichnete oder in den Verkehr gebrachte Vertragsware nahelegen,
 - c) ist anwendbar, wenn ein gewerbliches Schutzrecht *tatsächlich* zu diesem Zweck *ausgeübt* wird,
 - d) ist auch anwendbar, wenn die Vertragspartner rechtlich nicht befugt sind, ein gewerbliches Schutzrecht in diesem Sinne auszuüben.