

CARL OTTO LENZ

Hindernisse des freien Warenverkehrs in Gestalt unterschiedlicher nationaler Ordnungen des Wettbewerbs in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

I. Einführung

Nach der Absprache mit Herrn Ehlermann und Herrn Theisen fällt mir die Aufgabe zu, über das Recht des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft zu sprechen. Das Kernproblem dabei ist, daß sich die Gemeinschaft bisher nur zu wenigen Regelungen hat durchbringen können, wie z. B. der Richtlinie gegen irreführende Werbung, und daß im übrigen das Recht der Gemeinschaft auf diesem Sektor Richterrecht ist, das sich im wesentlichen mit der Vereinbarkeit der bestehenden Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten mit dem Gemeinschaftsrecht, und zwar insbesondere mit dem Recht des freien Warenverkehrs, beschäftigt. Diese Methode hat den Nachteil, daß sie das Recht nicht wie bei der Gesetzgebung planmäßig und gleichzeitig mit einer bestimmten Zielsetzung festlegt, sondern mehr oder minder in der Reihenfolge und in der Problemstellung entsteht, in der die Fälle an den Gerichtshof herangetragen werden. Von einer planmäßigen, gleichzeitigen und gleichmäßigen Durchdringung des Rechtsgebiets kann man dabei nicht ausgehen. Man ist versucht mit Robert Schumann zu sagen, das Recht des unlauteren Wettbewerbs der Gemeinschaft wird nicht mit einem Schlag geschaffen und auch nicht nach einem vorgefaßten Gesamtplan. Es entwickelt sich vielmehr durch konkrete Entscheidungen, in denen die einzelnen Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet werden und in denen Schritt für Schritt die Grundlagen für das gemeinsame Recht geschaffen werden. Wenn dieser Methode auch die Planmäßigkeit abgeht, so hat sie doch den Vorteil, daß sie sich mit konkreten Sachverhalten beschäftigt, sich daher an den Bedürfnissen der Praxis orientiert und der Gefahr der Abstraktion und der vorgefaßten Meinungen weniger ausgesetzt ist, als der Versuch der flächendeckenden gesetzlichen Regelung. Andererseits bleibt es so nicht aus, daß das so entstehende Recht sehr stark von den Sachverhalten geprägt wird, die Anlaß seiner Entstehung waren.

Der jetzige Zeitpunkt scheint mir besonders günstig zu sein, um die Rechtsprechung des Gerichtshofes einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Zum einen ist der deutsche Gesetzgeber im Begriffe, das deutsche Wettbewerbsrecht zu reformieren, und dies mit dem erklärten Ziel, es an die „EG-Vorgaben“ anzupassen. Zum anderen hat der Gerichtshof mit seinem am 24. November 1993 erlassenen Urteil in den Rechtssachen

Keck und *Mithouard* eine Entscheidung getroffen, die das hier zu betrachtende Rechtsgebiet stark beeinflussen kann.

Im folgenden wird die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes dargestellt und gewürdigt, bevor im Anschluß hieran das Urteil vom 24. November 1993 und seine Auswirkungen näher untersucht werden.

II. Das Verhältnis zwischen dem freien Warenverkehr und den nationalen Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes

1. Vorbemerkung: Art. 30 in der bisherigen Rechtsprechung

Der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist eine der Säulen, auf denen der Binnenmarkt und das europäische Einigungswerk als solches ruhen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat die fundamentale Bedeutung dieser Grundfreiheit stets betont. Nach Art. 30 EG-Vertrag sind – vorbehaltlich der in Art. 36 zugelassenen Ausnahmen – nicht nur mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, sondern auch alle Maßnahmen gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Der Gerichtshof hat den Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ sehr weit ausgelegt. Nach der klassischen Formulierung im Urteil „Dassonville“ aus dem Jahre 1974 umfaßt dieser Begriff jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“. Im Jahre 1979 entschied er im Falle „Cassis de Dijon“, daß dies auch für Vorschriften über die Vermarktung von Erzeugnissen – also z. B. Vorschriften hinsichtlich ihrer Form, Zusammensetzung, Etikettierung oder Verpackung – gilt, die gleichermaßen für einheimische wie für ausländische Produkte gelten. Solche Vorschriften stellen nur dann keine Maßnahmen gleicher Wirkung dar, wenn sie „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“. Zu diesen zwingenden Erfordernissen zählt der Gerichtshof unter anderem den Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs.

2. Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis zwischen dem freien Warenverkehr und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs

Wenden wir uns nun den Urteilen zu, in denen der Gerichtshof sich mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs und seinem Verhältnis zum freien Warenverkehr zu befassen hatte. Ich werde mich dabei auf die Fälle beschränken, die mit dem allgemeinen Recht des unlauteren Wettbewerbs zu tun haben. So hat zum Beispiel auch das in dem Streit um die Verwendung der Bocksbeutelflasche ergangene Urteil des Gerichtshofs

Bedeutung für das Wettbewerbsrecht. Dieser Fall betraf jedoch nicht das allgemeine Recht des unlauteren Wettbewerbs, sondern eine Spezialvorschrift des Weinrechts (§ 17 Wein-Verordnung) und soll daher hier außer Betracht bleiben.

Bei der Darstellung dieser Rechtsprechung wird einer inhaltlichen Ordnung der Vorzug gegenüber einem chronologischen Aufbau gegeben. Ich beginne mit den Fällen, in denen der Bezug zum zwischenstaatlichen Handel offensichtlich ist, bevor diejenigen Urteile erörtert werden, in denen dieser Bezug schwieriger festzustellen ist.

Urteil vom 22. Januar 1981: *Dansk Supermarked/Imerco*

Das Urteil in der Rechtssache *Dansk Supermarked/Imerco* betraf die Frage, ob die Einfuhr einer Ware, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, als unlautere Handelspraxis angesehen werden kann.

Die Firma Imerco, eine Vereinigung dänischer Haushaltswarenhändler, hatte anlässlich der Feier eines Betriebsjubiläums in Großbritannien ein Steingutservice herstellen lassen. Das Service war mit Abbildungen dänischer Königsschlösser geschmückt und war auf der Rückseite mit dem Firmennamen Imerco und einem Hinweis auf das Betriebsjubiläum versehen. Der Vertrieb des Services wurde den Haushaltswarenhändlern vorbehalten, die Mitglieder der Firma Imerco waren. Zwischen der Firma Imerco und dem britischen Hersteller war vereinbart worden, daß die als „zweite Wahl“ ausgesonderten Teile, die aufgrund der angewendeten Auswahlkriterien ungefähr 20% der Produktion ausmachten, vom Hersteller in Großbritannien abgesetzt, aber keinesfalls nach Dänemark exportiert werden durften.

Die Firma Dansk Supermarked, die in Dänemark mehrere Supermärkte betrieb, konnte sich eine bestimmte Anzahl von Services beschaffen, die in Großbritannien vertrieben wurden. Sie bot diese in Dänemark zu erheblich niedrigeren Preisen an als denjenigen, zu denen die Service von den Mitgliedern der Firma Imerco verkauft wurden. Ungeklärt blieb, ob die Service in Großbritannien als „zweite Wahl“ verkauft worden waren. Den Kunden der Firma Dansk Supermarked wurde dieser Umstand jedenfalls nicht mitgeteilt.

Die Firma Imerco forderte die Firma Dansk Supermarked auf, den Verkauf dieser Service einzustellen. Als diese sich weigerte, erwirkte die Firma Imerco bei dem zuständigen Gericht in Aarhus eine einstweilige Verfügung. Das Berufungsgericht in Kopenhagen bestätigte diese Verfügung. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die Firma Dansk Supermarked gegen die guten Sitten verstoßen und die Bestimmungen des Gesetzes über die Vermarktung von Waren – des dänischen Pendantes zum UWG – verletzt habe. Die Firma Dansk Supermarked legte gegen diese Entscheidung Rechtsmittel zum Højesteret ein und machte darin geltend, die Art. 30 und 85 EG-Vertrag stünden der Anwendung des dänischen Gesetzes über die Vermarktung von Waren entgegen. Der Højesteret legte diese Frage dem Gerichtshof vor.

Es war somit zu klären, „ob der Absatz einer Ware in Dänemark, die in einem anderen Mitgliedstaat mit Zustimmung eines dänischen Unternehmens, aber unter der Bedingung in den Verkehr gebracht worden ist, daß sie nicht nach Dänemark ausgeführt wird, (...) als unzulässige Handelspraxis anzusehen ist“.

Ich werde Ihnen in allen hier zu erörternden Fällen auch die Ansicht bestimmter Verfahrensbeteiligter vortragen. Dabei lasse ich die Parteien des Ausgangsverfahrens weg, weil deren Vortrag naturgemäß von ihrer Interessenlage geprägt wird. Das gleiche gilt für die Regierung des betroffenen Mitgliedstaats, es sei denn, daß sie ausnahmsweise eine andere Haltung einnimmt als die Verteidigung des eigenen Rechts. Dagegen werde ich regelmäßig die Haltung anderer Mitgliedstaaten, der Kommission und des Generalanwalts referieren.

Im vorliegenden Fall vertrat die Kommission die Ansicht, es sei unvereinbar mit den Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr (Artikel 30ff.), wenn ein Unternehmen, gestützt auf das Urheberrecht, das Warenzeichenrecht oder auf Vermarktungsvorschriften, die Vermarktung von Waren in einem Mitgliedstaat, die mit seiner Zustimmung in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht worden sind, verhindern kann. Ähnlich äußerte sich auch Generalanwalt Capotorti.

Der Gerichtshof führte zunächst aus, daß das Gemeinschaftsrecht der Anwendung nationaler Vorschriften zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb grundsätzlich nicht im Wege steht:

„Daraus folgt, daß der Vertrieb eingeführter Waren untersagt werden kann, wenn die Umstände, unter denen die Waren abgesetzt werden, einen Verstoß gegen das darstellen, was im Einfuhrstaat als guter und redlicher Handelsbrauch betrachtet wird.“

Der Gerichtshof betonte jedoch – wie er bereits in einem anderen Zusammenhang in seinem Urteil im Falle *Béguelin* entschieden hatte – daß „die bloße Einfuhr einer Ware, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, nicht als unzulässige oder unlautere Handelspraxis angesehen werden kann, da eine solche Qualifizierung nur aufgrund von Umständen möglich ist, die von der eigentlichen Einfuhr unabhängig sind“.

Außerdem wies der Gerichtshof darauf hin, „daß Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des freien Warenverkehrs abweichen dürfen. Daraus folgt, daß eine Vereinbarung, mit der die Einfuhr einer Ware in einen Mitgliedstaat verboten wird, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, nicht geltend gemacht oder berücksichtigt werden kann, um den Absatz dieser Ware als eine unzulässige oder unlautere Handelspraxis zu qualifizieren“.

Urteil vom 2. März 1982: *Industrie Diensten Groep/Beele*

Der Fall *Beele* betraf einen Fall der sklavischen Nachahmung eines Produktes.

Die Antragstellerin des Ausgangsverfahrens, ein niederländisches Unternehmen, vertrieb in den Niederlanden Kabeldurchleitungsvorrichtungen, die sie aus Schweden importierte. Diese Produkte waren unter anderem in Deutschland und in den Niederlanden durch Patente geschützt gewesen, deren Gültigkeitsdauer allerdings inzwischen abgelaufen war. Ein anderes niederländisches Unternehmen vertrieb in den Niederlanden Kabeldurchleitungsvorrichtungen, die in Deutschland hergestellt worden waren. Die Antragstellerin machte geltend, daß es sich bei diesen Erzeugnissen um sklavische

Nachahmungen der von ihr vertriebenen Produkte handelte und erlangte beim Gericht in Den Haag eine einstweilige Verfügung.

Die Antragsgegnerin legte dagegen Berufung ein. Das Berufungsgericht gelangte zu dem Ergebnis, daß der deutsche Hersteller ein anderes System von Kabeldurchleitungsvorrichtungen als das schwedische hätte entwickeln können, ohne daß sein Produkt dadurch wirtschaftlich oder technisch an Qualität eingebüßt hätte und daß er, da er dies nicht getan hatte, Verwechslungen zwischen den beiden Produkten hervorgerufen hatte. Die Antragsgegnerin hatte jedoch geltend gemacht, daß die von ihr verkauften Produkte in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden seien und der Erlaß der Verfügung somit gegen die Art. 30 bis 36 EG-Vertrag verstoße. Das Berufungsgericht legte diese Frage daher dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs stellte sich auf den Standpunkt, die niederländische Regelung falle nicht unter das Verbot des Artikels 30, jedenfalls aber sei sie nach Artikel 36 gerechtfertigt. Die Kommission hielt die niederländische Regelung für unvereinbar mit Artikel 30. Sie könne jedoch gemäß Artikel 36 als Bestimmung über den unlauteren Wettbewerb gerechtfertigt werden, wenn sie auf das beschränkt bleibe, was wirklich notwendig sei für den spezifischen Gegenstand des Schutzes gegen sklavische Nachahmungen, nämlich auf die Verhinderung unnötiger Verwechslungen hinsichtlich der Herkunft des Erzeugnisses.

Auch der Generalanwalt (VerLoren van Themaat) hielt ein Einfuhrverbot grundsätzlich für vertragswidrig, machte aber eine Ausnahme für eine Verwechslungsgefahr, die ausschließlich auf das Tun oder Unterlassen des betroffenen Händlers zurückzuführen ist und von ihm ohne Mitwirkung des Herstellers beseitigt werden könne.

Der Gerichtshof entschied zunächst, daß die von den niederländischen Gerichten vorgenommene Auslegung der nationalen Vorschriften ein Hindernis für den freien Warenverkehr darstellte, das grundsätzlich unter Art. 30 fiel, wonach alle Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen verboten sind. Er stellte sodann unter Hinweis auf das Urteil im Falle *Cassis de Dijon* fest,

„daß in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und des Inverkehrbringens der Erzeugnisse Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus Unterschieden der nationalen Regelungen ergeben, hingenommen werden müssen, soweit eine solche Regelung, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt, dadurch gerechtfertigt werden kann, daß sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen unter anderem in bezug auf den Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs gerecht zu werden“.

Der Grundsatz des Schutzes gegen sklavische Nachahmungen ist im niederländischen Recht hauptsächlich durch die Rechtsprechung entwickelt worden. Der Gerichtshof wies darauf hin, daß diese Rechtsprechung unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse galt. Ihre Anwendung hing also nicht vom jeweiligen Ursprungsland der betroffenen Waren ab.

Eine solche Rechtsprechung, die die sklavische, zu Verwechslungen Anlaß gebende Nachahmung eines anderen Erzeugnisses verbietet, ist nach Ansicht des Gerichtshofes auch „in der Tat geeignet, die Verbraucher zu schützen und die Lauterkeit des Handelsverkehrs zu fördern“. Eine Bestätigung hierfür fand der Gerichtshof darin, daß dies dem Grundgedanken von Art. 10 bis der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums entsprach.

Eine solche Rechtsprechung ist nach Auffassung des Gerichtshofes auch notwendig zur Erreichung der genannten Ziele. Der EuGH verwies insbesondere auf den Umstand, daß nach der Beurteilung des vorlegenden Gerichtes die in Deutschland hergestellten Produkte „ohne Notwendigkeit mit den nachgeahmten Erzeugnissen nahezu identisch“ waren und die Antragsgegnerin dadurch unnötig Verwechslungen hervorgeufen hatte. Das vorlegende Gericht hatte dabei die Frage nach der Notwendigkeit oder Unnötigkeit einer solchen Nachahmung nicht nur aus technischer, sondern auch aus wirtschaftlicher und kommerzieller Sicht beurteilt.

Urteil vom 13. Dezember 1990: *Pall*

In dem 1990 erlassenen Urteil im Falle *Pall* ging es um die Anwendung von § 3 UWG.

Die Firma P.J. Dahlhausen & Co vertrieb in Deutschland Blutfilter, die sie aus Italien einfuhrte. Der italienische Hersteller hatte auf diesen Filtern und auf deren Verpackung die Bezeichnung „Miro-pore“ und den Buchstaben R, der von einem Kreis umgeben war, angebracht. Das Warenzeichen „Miro-pore“ war in Italien, nicht jedoch in Deutschland eingetragen. Die Firma Pall klagte daher gegen die Firma Dahlhausen mit dem Ziel, dieser die Verwendung des Buchstabens (R) hinter der Bezeichnung „Miro-pore“ verbieten zu lassen, da es sich hierbei um eine nach § 3 UWG verbotene irreführende Werbung handele. Das Landgericht München I teilte diese Auffassung. Es fragte sich jedoch, ob ein derartiges Verbot nicht gegen Art. 30 EG-Vertrag verstoßen würde und legte diese Frage daher dem Gerichtshof vor.

Die italienische Regierung und die Kommission wollten antworten, daß ein Verbot der fraglichen Art eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag darstelle, die weder durch zwingende Erfordernisse noch nach Artikel 36 gerechtfertigt sei. Die britische Regierung hielt es eher für irreführend. Der Hersteller könne das „(R)“ weglassen oder mit einem Zusatz „registered in Italy“ versehen. Ein Verstoß gegen Artikel 30 liege nicht vor. Die Kommission vertrat die Ansicht, für die Annahme des Vorliegens unlauteren Wettbewerbs gegenüber Dritten sei die Verwendung des fraglichen Unternehmenskennzeichens, ohne daß ein zusätzliches Element hinzukomme, nicht ausreichend. In diesem Sinne äußerte sich auch Generalanwalt Tesaro.

Der Gerichtshof verwies zunächst auf seine Urteile in den Fällen *Dassonville* und *Cassis de Dijon*. Auf dieser Grundlage stellte er fest, daß ein Verbot der hier vorliegenden Art den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr behindern kann. Der Inhaber eines nur in einem Mitgliedstaat eingetragenen Warenzeichens wäre dann gezwungen, die Aufmachung seiner Erzeugnisse je nach dem Mitgliedstaat, in dem sie vermarktet

werden sollen, unterschiedlich zu gestalten. Der Gerichtshof führte weiter aus, daß das fragliche Verbot auch unterschiedslos für inländische wie für eingeführte Waren gelte. Es solle nämlich die Gefahr von Irrtümern darüber verhindert werden, wo das Warenzeichen eingetragen und geschützt ist, ohne daß es dabei darauf ankomme, ob die Ware inländischer oder ausländischer Herkunft ist.

Zur Rechtfertigung eines derartigen Verbotes war vorgebracht worden, daß es zum Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs notwendig sei. Der Gerichtshof wies diese Argumente zurück. Er stellte sich auf den Standpunkt, daß eine Irreführung des Verbrauchers nicht erwiesen sei, da nicht feststehe, daß das Symbol (R) allgemein so verstanden werde, daß es angebe, das Warenzeichen sei in dem Staat eingetragen, in dem das Produkt in den Verkehr gebracht werde. Selbst wenn man aber annehmen würde, daß die Verbraucher oder ein Teil von ihnen insoweit irregeführt werden könnten, könnte diese Gefahr „ein so erhebliches Hindernis für den freien Warenverkehr nicht rechtfertigen“: Die Verbraucher würden sich nämlich mehr für die Eigenschaften einer Ware interessieren als dafür, wo das Warenzeichen eingetragen sei. Der Gerichtshof merkte auch noch an, daß „umsichtige Wirtschaftsteilnehmer“ die Rechtslage hinsichtlich des betreffenden Warenzeichens anhand des öffentlichen Registers prüfen könnten.

Urteil vom 6. November 1984: *Kohl/Ringelhahn & Rennett*

Auch in dem Urteil *Kohl* aus dem Jahre 1984 ging es um § 3 UWG. Die deutsche Firma Ringelhahn & Rennett hatte eine Tochtergesellschaft in Frankreich gegründet. Beide Unternehmen bedienten sich des Zeichens „r + r“ (in einer besonderen Aufmachung) als Hinweis auf die zu dieser Unternehmensgruppe gehörenden Unternehmen und vertrieben Apothekeneinrichtungen. Die deutsche Firma ging in Konkurs und wurde aufgelöst. Die inzwischen an einen Dritten verkaufte französische Firma benutzte das Firmensignet weiter. Der Konkursverwalter der deutschen Firma hatte sie hierzu ermächtigt. Zum Vertrieb in Deutschland bediente sich das französische Unternehmen einer deutschen Gesellschaft, der Firma Ringelhahn Einrichtungen GmbH.

Ein Konkurrent dieses Unternehmens, die Firma Kohl aus Regensburg, wandte sich unter Berufung auf § 3 UWG gegen die Verwendung des Signets „r + r“ durch das französische Unternehmen und seine deutsche Tochtergesellschaft. Durch das Fehlen eines Hinweises mit dem Inhalt, daß zu der früheren deutschen Firma Ringelhahn & Rennett – die in der Branche einen guten Ruf besessen hatte – keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen mehr bestanden, werde die Öffentlichkeit irregeführt. Es könne der Eindruck entstehen, die Waren stammten von der früheren deutschen Firma und nicht von einem ausländischen Unternehmen. Das Landgericht München I schloß sich dieser Argumentation an, legte aber dem Gerichtshof die Frage vor, ob die beantragte einstweilige Verfügung mit Art. 30 vereinbar war.

Der Gerichtshof prüfte zunächst, ob die anzuwendende Vorschrift des nationalen Rechts unterschiedslos auf einheimische wie auf eingeführte Erzeugnisse Anwendung fand. Obwohl § 3 UWG umfassende Geltung zukommt, verneinte der EuGH diese Frage im vorliegenden Fall. Er führte in diesem Zusammenhang aus:

„Selbst wenn eine Vorschrift eines nationalen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unterschiedslos für den Vertrieb von einheimischen wie von eingeführten Erzeugnissen gilt, kann sie die genannte Voraussetzung nicht erfüllen, sobald sie so ausgelegt wird, daß sie es ermöglicht, die Benutzung eines Firmensignets nur mit der Begründung zu untersagen, daß die Öffentlichkeit in bezug auf die *in-* oder *ausländische* Herkunft der Waren getäuscht werden könnte, ohne daß weitere besondere Tatsachen festgestellt werden, die das Vorliegen unlauteren Wettbewerbs beweisen. In einem solchen Fall betrifft diese Vorschrift in Wirklichkeit ausschließlich den Vertrieb *eingeführter* Erzeugnisse“.

Da somit nach Ansicht des Gerichtshofes eine gegen Art. 30 verstoßende Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels vorlag, war zu fragen, ob diese gemäß Art. 36 gerechtfertigt sein konnte. Die Bundesregierung hatte geltend gemacht, daß die streitige Bestimmung des deutschen Rechts, soweit sie Art. 30 zuwiderlaufe, durch den Schutz der Verbraucher gerechtfertigt werde, der zum Begriff der öffentlichen Ordnung nach Art. 36 gehöre. Der Gerichtshof verschloß sich dem. Der Verbraucherschutz könne nur im Rahmen des Art. 30 bei der Prüfung von Maßnahmen, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gelten, berücksichtigt werden; er sei jedoch nicht geeignet, im Sinne des Art. 36 eine Einfuhrbeschränkung zu rechtfertigen. Der Generalanwalt war in seinen Schlußanträgen zu einem entsprechenden Ergebnis gelangt.

Urteil vom 15. Dezember 1982: *Oosthoek*

In dem 1982 ergangenen Urteil im Falle *Oosthoek* ging es um die Art und Weise, in der die niederländische Firma Oosthoek ihre Produkte – es handelte sich um verschiedene Nachschlagewerke – in den Niederlanden vertrieb. Ein Teil dieser Nachschlagewerke wurde in Belgien von einem Schwesterunternehmen hergestellt und in die Niederlande exportiert; insoweit lag ein Bezug zum zwischenstaatlichen Handel vor. Die Firma Oosthoek bot in ihrer Werbung den Käufern ihrer Erzeugnisse ein Wörterbuch, einen Weltatlas oder ein kleines Nachschlagewerk als Zugabe an.

Gegen die Firma Oosthoek wurde daraufhin ein Verfahren wegen Verstoßes gegen das niederländische Gesetz zur Beschränkung des Zugabewesens eingeleitet. Nach dem Recht der Niederlande waren solche Zugaben zum Zwecke der Absatzförderung nur erlaubt, wenn sie gewöhnlich bei der Benutzung oder beim Gebrauch der gekauften Erzeugnisse benutzt oder gebraucht wurden (das sogenannte Erfordernis des „Verwendungszusammenhangs“) und ihr Wert nicht mehr als 4% des Verkaufspreises betrug. Nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichtes war dies hier nicht der Fall. Die Firma Oosthoek berief sich jedoch zu ihrer Verteidigung darauf, daß das niederländische Gesetz gegen Art. 30 verstoße, woraufhin der Gerichtshof Amsterdam den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung ersuchte.

Der Gerichtshof verwies auf seine Entscheidung im Falle *Cassis de Dijon* und führte aus, daß auch Vorschriften über die Werbung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern könnten:

„Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann – obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar regelt – geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt.“

An dem Verfahren beteiligten sich die Regierungen der Niederlande, Belgiens, Deutschlands und Dänemarks. Die belgische Regierung wies darauf hin, daß Zugaben auch nach belgischem Recht nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet seien. Die deutsche Regierung vertrat die Auffassung, daß das Verbot der im Vorlagebeschluß beschriebenen Absatzmethode mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehe. Ähnlich äußerte sich die dänische Regierung. Die Kommission stellte auf das Erfordernis des Verwendungszusammenhangs ab. In diesem Sinne äußerte sich auch der Generalanwalt (VerLoren van Themaat), mit dem Zusatz, daß die Anwendung dieses Verwendungszusammenhangs keine einfuhrbehindernden Folgen habe, die über das hinausgingen, was aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der Lauterkeit des Handelsverkehrs oder aus demjenigen des Verbraucherschutzes unbedingt erforderlich ist.

Der Gerichtshof stellte fest, daß das niederländische Gesetz sowohl den Schutz der Verbraucher wie auch den Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs verfolgte:

„Zum einen soll verhindert werden, daß die normalen Wettbewerbsverhältnisse durch Unternehmen gestört werden, die unentgeltlich oder zu sehr niedrigem Preis Waren anbieten, um den Absatz ihres eigenen Warensortiments zu fördern; zum anderen soll der Verbraucherschutz durch die Herstellung größerer Markttransparenz gewährleistet werden.“

Der Gerichtshof führte aus, daß das Angebot von Zugaben tatsächlich Irrtümer bei den Verbrauchern hervorrufen und den Leistungswettbewerb verfälschen könne. Er folgerte daraus:

„Eine Regelung, die derartige Handelspraktiken aus diesem Grund beschränkt oder sogar verbietet, ist daher geeignet, zum Verbraucherschutz und zur Lauterkeit des Handelsverkehrs beizutragen.“

Auch das Kriterium des Verwendungszusammenhangs hielt der Gerichtshof in dieser Hinsicht für zulässig. Der Gesetzgeber überschreite damit nicht das zur Erreichung der genannten Ziele erforderliche Maß.

Urteil vom 7. März 1990: *GB-INNO-BM*

Eine der wichtigsten der hier zu betrachtenden Entscheidungen ist zweifellos das 1990 ergangene Urteil im Falle *GB-INNO-BM*. Die belgische Gesellschaft *GB-INNO-BM* betreibt unter anderem in Arlon – an der Grenze zu Luxemburg – einen Supermarkt. Ende 1986 warb sie in ihrem Werbematerial mit der Ankündigung herabgesetzter Preise (wobei sie auch die bisherigen Preise aufführte) und mit zeitlich begrenzten Preisnachlässen. Diese Prospekte wurden auch in Luxemburg verteilt.

Nach luxemburgischem Recht durfte jedoch bei Angeboten, die mit einem Preisnachlaß verbunden waren, weder die Dauer des Angebotes angegeben noch auf die früheren

Preise hingewiesen werden. Ein Interessenverband des luxemburgischen Handels erwirkte auf dieser Grundlage eine einstweilige Verfügung gegen das belgische Unternehmen. Dieses legte Berufung ein und machte geltend, die Anwendung der luxemburgischen Vorschriften stelle einen Verstoß gegen Art. 30 dar. Die Cour de cassation von Luxemburg legte den Rechtsstreit dem Gerichtshof vor.

In dem Rechtsstreit äußerte sich die luxemburgische Regierung im Sinne des luxemburgischen Einzelhandelsverbands. Die französische Regierung und die Kommission stellten sich auf den Standpunkt, daß die Werbepraktiken des belgischen Supermarkts in Luxemburg nicht untersagt werden dürften. Diesem Standpunkt schloß sich auch der Generalanwalt an.

Der Gerichtshof wies zunächst den unter anderem von der deutschen Regierung vorgebrachten Einwand zurück, der Rechtsstreit habe mit Art. 30 ff. gar nichts zu tun, sondern beziehe sich allein auf die Werbung. Er entschied, daß

„es den in einem Mitgliedstaat ansässigen Verbrauchern möglich sein muß, sich frei in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begeben zu können, um dort unter denselben Bedingungen wie die ortsansässige Bevölkerung einzukaufen. Dieses Recht der Verbraucher wird beeinträchtigt, wenn ihnen der Zugang zu dem im Einkaufsland erhältlichen Werbematerial verwehrt wird.“

Das Hindernis für den zwischenstaatlichen Handel ergab sich im vorliegenden Fall aus dem Umstand, daß die – nach belgischem Recht zulässige – Werbung des belgischen Unternehmens nach dem Rechte Luxemburgs verboten war. Der Gerichtshof verwies auf sein Urteil im Falle *Cassis de Dijon*, wonach eine Regelung wie diejenige Luxemburgs durch zwingende Erfordernisse wie den Verbraucherschutz oder die Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt werden kann. Es wurde denn auch geltend gemacht, die Regelung hinsichtlich der Dauer der Sonderangebote sei erforderlich, um einer Verwechslung zwischen Sonderverkäufen und den nach luxemburgischem Recht zeitlich begrenzten halbjährlichen Schlußverkäufen vorzubeugen. Das Verbot, auf den früheren Preis hinzuweisen, sei gerechtfertigt, „weil der Verbraucher normalerweise nicht in der Lage sei, die Richtigkeit eines früheren Vergleichspreises zu überprüfen. Im übrigen könne die Angabe eines früheren Preises auf den Verbraucher einen übermäßigen psychologischen Druck ausüben“.

Angesichts der „Qualität“ dieser Argumente ist es kaum verwunderlich, daß der Gerichtshof ihnen nicht folgte. Er verwies vielmehr darauf,

„daß das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der Unterrichtung der Verbraucher sieht. Artikel 30 EWG-Vertrag kann daher nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß nationale Rechtsvorschriften, die den Verbrauchern den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden könnten“.

Urteil vom 18. Mai 1993: *Yves Rocher*

Die letzte der hier zu erörternden Entscheidungen ist das Urteil vom 18. Mai 1993 im Falle Yves Rocher. Dieser Fall betraf § 6 e UWG und das Problem der „blickfangmäßi-

gen“ Werbung. Die Firma Yves Rocher GmbH, eine Tochtergesellschaft des bekannten französischen Unternehmens, vertreibt in Deutschland die Kosmetikartikel ihrer Muttergesellschaft. Dabei benutzte sie unter anderem einen Prospekt, in dem unter der Überschrift „Sparen Sie bis zu 50% und mehr bei 99 Yves Rocher Favoriten“ neben dem durchgestrichenen alten Preis der neue – niedrigere – Preis in dicken roten Buchstaben angegeben war. Auf eine Klage des Schutzverbandes gegen Unwesen in der Wirtschaft hin untersagte das Landgericht München I die Verbreitung dieser Art von Werbung. Das OLG München als Berufungsgericht hob diese Entscheidung auf. Der mit der Revision der Klägerin befaßte BGH legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob Art. 30 der Anwendung des § 6 e UWG im Wege stünde.

Der Gerichtshof knüpfte an seine frühere Rechtsprechung an und befand, daß nationale Vorschriften über Werbung oder bestimmte Formen der Absatzförderung den zwischenstaatlichen Handel behindern können:

„Der für einen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt“.

Eine solche Regelung kann nach der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung wie bereits gesehen durch zwingende Erfordernisse, zum Beispiel des Verbraucherschutzes oder der Lauterbarkeit des Handelsverkehrs, gerechtfertigt werden. Der Gerichtshof beruft sich hier insbesondere auf sein Urteil im Falle *GB-INNO-BM*. Dies ist natürlich kein Zufall, wendet der EuGH hier doch dasselbe Verfahren an. Er stellt zunächst fest, daß § 6 e nicht danach unterscheidet, ob die „blickfangmäßige“ Werbung zutreffend ist oder nicht. Dies entspricht der Logik des Gesetzgebers, der diese Norm als „Gefährdungstatbestand“ konzipiert hat. Der Gerichtshof schließt aus diesem Umstand, daß die Bestimmung insoweit, als sie Werbung betrifft, die aus wahren Informationen besteht, nicht durch den Schutz der Verbraucher gegen irreführende Werbung gerechtfertigt werden kann.

Was die Lauterkeit des Handelsverkehrs betrifft, führt der Gerichtshof aus:

„Zum Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und damit des Wettbewerbs ist festzustellen, daß zutreffende Preisgegenüberstellungen, die nach einer Regelung der streitigen Art verboten sind, keinesfalls die Wettbewerbsbedingungen verfälschen können. Dagegen ist eine Regelung, durch die solche Gegenüberstellungen verboten werden, geeignet, den Wettbewerb zu beschränken“.

Der Gerichtshof folgte damit den Schlußanträgen von Generalanwalt Darmon.

3. Zusammenfassung und Würdigung der bisherigen Rechtsprechung

a) Unterschiedslos anwendbare Regelungen

Faßt man die bisher dargestellten Urteile zusammen, so fällt zunächst auf, daß es sich – von einer Ausnahme abgesehen – jeweils um Regelungen handelte, die unterschiedslos

auf einheimische wie auf eingeführte Erzeugnisse anwendbar waren. Dies ist an sich nicht überraschend, geht es doch hier um den Bereich des unlauteren Wettbewerbs. In diesem Bereich kommt es auf die Unlauterkeit eines bestimmten Verhaltens an. Der Umstand, daß dieses Verhalten Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten betrifft, spielt insoweit keine Rolle.

Die bereits erwähnte Ausnahme stellt das Urteil im Falle *Kohl* dar. In dieser Entscheidung gelangte der Gerichtshof zu der Ansicht, daß die Anwendung des § 3 UWG angesichts der besonderen Umstände dieses Falles ausschließlich den Vertrieb eingeführter Erzeugnisse betraf. Diese Betrachtungsweise ist auf Kritik gestoßen. Gewichtige Stimmen wiesen darauf hin, daß es hier um die Frage einer Täuschung über die *Herkunft* der Waren ging. Eine solche Täuschung kann aber auch vorliegen, wenn es um Erzeugnisse mit inländischer Herkunft geht. Daß das Unternehmen, dem im Falle *Kohl* vorgeworfen wurde, durch den Gebrauch des Firmensignets „r + r“ eine Täuschung begangen zu haben, ihren Sitz im Ausland hatte, sei daher ein bloßer „Zufall“.

Dieser Kritik kann eine gewisse Plausibilität nicht abgesprochen werden. Da ich im Falle *Kohl* als Generalanwalt fungierte, darf ich vielleicht darauf hinweisen, daß ich in meinen Schlußanträgen zu dieser Rechtssache die Ansicht vertreten habe, daß es sich *nicht* um eine unterschiedslos auf ausländische wie inländische Waren anwendbare Maßnahme handelte. Ich habe jedoch hinzugefügt, daß sich am Ergebnis auch dann nichts ändern würde, wenn man in diesem Punkte anderer Ansicht wäre. Selbst wenn es sich nämlich um eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme handelte, konnte sie nicht unter Berufung auf den Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt werden. In der Literatur wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, daß eine nach § 3 UWG relevante Irreführung über die betriebliche Herkunft nur dann angenommen werden konnte, wenn der Hinweis auf die Herkunft für die *Wertschätzung* der Ware maßgebend war. Dies war hier zweifelhaft. Da die betreffenden Waren – es handelte sich wie gesagt um Apothekeneinrichtungen – für einen sehr speziellen Abnehmerkreis bestimmt waren, konnte man sich auch fragen, ob überhaupt eine Täuschung vorlag.

b) Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse oder nach Art. 36

Soweit es sich um unterschiedslos anwendbare Regelungen handelt, können diese – sofern sie ein Handelshemmnis darstellen – nach der geschilderten Rechtsprechung durch zwingende Erfordernisse, insbesondere den Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerechtfertigt werden. Diese Prüfung erfolgt im Rahmen des Art. 30. Handelt es sich hingegen um Regelungen, die nicht unterschiedslos auf eingeführte und einheimische Erzeugnisse anwendbar sind (die also mit anderen Worten nur oder vorwiegend Importe betreffen), können diese Regelungen aufgrund Art. 36 gerechtfertigt sein.

Der Gerichtshof hat auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen beiden Gruppen von Rechtfertigungsgründen noch keine befriedigende Antwort gegeben. Im Falle *Kohl* hat er zwar entschieden, daß der Verbraucherschutz nur im Rahmen des

Art. 30 zu berücksichtigen sei und daher nicht unter Art. 36 falle. Dies scheint auf eine klare Trennung zwischen beiden Bereichen hinzudeuten. Eine neuere Entscheidung erweckt jedoch Zweifel daran, ob dies tatsächlich zutrifft. In dem Ende 1992 entschiedenen Fall *Exportur* ging es um den Schutz von Herkunftsangaben. Diese Herkunftsangaben waren im konkreten Fall Gegenstand eines Übereinkommens zwischen Spanien und Frankreich. Der Gerichtshof wies darauf hin, daß das Übereinkommen den Zweck verfolge, die Ausnutzung des guten Rufes der Produkte einer Region oder eines Ortes durch Hersteller aus dem anderen Mitgliedstaat zu verhindern. Es diene damit dem Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs. Dieses Ziel werde von dem in Art. 36 genannten Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums erfaßt.

In der Tat erscheint es sinnvoll und sachgerecht, den Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs als Bestandteil des gewerblichen Rechtsschutzes im Sinne von Art. 36 aufzufassen. Das letzte Wort dürfte hier noch nicht gesprochen sein.

Betrachtet man die Rechtsprechung des Gerichtshofes, so fällt auf, daß dieser bei der Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Regelung aus den genannten Gründen gerechtfertigt ist, zum Teil sehr weit geht. So ist es zum Beispiel zwar einleuchtend, daß der Schutz der Verbraucher gegen irreführende Werbung ein Verbot *zutreffender* Preisangaben schwerlich rechtfertigen kann – vgl. hierzu *Yves Rocher*. Eine andere Frage ist allerdings, ob der Verbraucher dadurch in die Irre geführt werden kann, daß ein Produkt ein (R) aufweist, obwohl das Warenzeichen in dem betreffenden Staat nicht eingetragen ist. Wenn der Gerichtshof hierzu im Falle *Pall* ausführt, daß nicht erwiesen sei, daß das Zeichen (R) in der Praxis allgemein als Hinweis auf eine Eintragung des Warenzeichens in dem Staat, in dem die Ware in den Verkehr gebracht wird, verstanden werde, greift er in bemerkenswerter Weise in die Bewertung der Tatsachen ein. Das vorliegende Gericht hatte nämlich deutlich gemacht, daß seiner Ansicht nach die Voraussetzungen für die Anwendung des § 3 UWG gegeben waren. Den nebenbei geäußerten Hinweis des Gerichtshofes, „umsichtige Wirtschaftsteilnehmer könnten sich über die Eintragung des Warenzeichens durch einen Blick in das Register vergewissern, hat ein Kritiker als „praxisfremd“ bezeichnet. Ich muß gestehen, daß ich für diese Betrachtungsweise einige Sympathie habe.

Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß dieses Urteil und einige der anderen hier vorgestellten Entscheidungen sehr deutlich zeigen, daß der Gerichtshof vom Bilde des „mündigen“ Verbrauchers ausgeht, dem eine möglichst umfangreiche – zutreffende – Information über die Angebote auf dem Markt hilfreich ist. Hier ist insbesondere an das Urteil im Falle *GB-INNO-BM* zu erinnern, wo dieser Ansatz auch durchaus sinnvoll erschien. Es besteht jedoch die Gefahr, daß der Gerichtshof hier seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des nationalen Gesetzgebers setzt. Ein besonders anschauliches Beispiel dafür, daß der Gerichtshof dieser Gefahr nicht immer entgeht, bietet meines Erachtens das Urteil vom 16. Januar 1992 in der Rechtssache Ermittlungsverfahren gegen X. Diesem Verfahren lag eine Klage des offiziellen Alleinimporteurs von Fahrzeugen der Marke Nissan in Frankreich gegen einen Parallelimporteur zugrunde, dem irreführende und rechtswidrige Werbemaßnahmen vorgeworfen wurden. Unter anderem wurde geltend gemacht, daß mit dem günstigen

Preis der aus Belgien importierten Fahrzeuge geworben wurde, ohne daß dabei darauf hingewiesen worden wäre, daß dies zum Teil darauf zurückzuführen war, daß diese Fahrzeuge mit weniger Zubehör ausgestattet waren als die vom Kläger in Frankreich verkauften Autos.

Die Kommission war der Ansicht, daß das anzuwendende Gemeinschaftsrecht (Richtlinie über irreführende Werbung) so auszulegen ist, daß das nationale Gericht unter Berücksichtigung des Sachverhalts des Einzelfalls ermitteln muß, ob nicht die fragliche Werbung objektiv geeignet ist, die Gruppe von Verbrauchern zu täuschen, an die sie sich richtet und ihr Verhalten beeinflussen oder einen Mitbewerber schädigen kann. Generalanwalt Tesauro war der Auffassung, die fragliche Richtlinie erlaube Fahrzeuge als Neuwagen und billiger anzupreisen, selbst wenn sie mit weniger Zubehör als die von den Vertragshändlern üblicherweise vermarkteten Modelle ausgestattet seien. Der Generalanwalt zitiert in diesem Zusammenhang das alte Sprichwort „vigilantibus non dormientibus iura succurrunt“.

Der Gerichtshof hatte zu prüfen, ob es sich dabei um eine *irreführende Werbung* im Sinne der Richtlinie 84/450 handelte. Er verneinte dies. Eine solche Werbung könnte

„nur dann als irreführend eingestuft werden, wenn nachgewiesen wäre, daß eine erhebliche Zahl von Verbrauchern, an die sich die streitige Werbung richtet, ihre Kaufentscheidung getroffen hat, ohne zu wissen, daß der niedrigere Preis der Fahrzeuge damit verbunden ist, daß die vom Parallelimporteur verkauften Fahrzeuge mit weniger Zubehör ausgestattet sind.“

Der Gerichtshof verlangt also, daß ein Teil der Verbraucher – und zwar (anders als nach deutschem Recht) eine erhebliche Zahl – *tatsächlich* getäuscht worden ist. Nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 84/450 bedeutet „irreführende Werbung“ jedoch eine Werbung, die – die übrigen Voraussetzungen spielen hier keine Rolle – „täuscht *oder zu täuschen geeignet ist*“. Dieses Urteil ist denn auch in der Literatur auf Kritik gestoßen.

Man hat davon gesprochen, der Gerichtshof habe „die Rechtsentwicklung in die Hand genommen“. Es kann angesichts der jüngsten Rechtsprechung – auf die ich sogleich zu sprechen kommen werde – dahingestellt bleiben, ob diese Einschätzung zutreffend war. Da es an einer Harmonisierung des Rechtes des unlauteren Wettbewerbs auf der Gemeinschaftsebene noch weitgehend fehlt, wäre es jedenfalls bedenklich gewesen, wenn die Rechtsprechung eine Rolle übernommen hätte, die in diesem Bereich besser dem Gesetzgeber vorbehalten bliebe.

c) Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 30

Die hier dargestellten Entscheidungen zeigen schließlich auch eine Tendenz mit aller Deutlichkeit auf, die der ganzen bisherigen Rechtsprechung zu Art. 30 innewohnt: Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung erfuhr eine immer weiter gehende Auslegung. So wenig Sinn man dem § 6e UWG auch abgewinnen mag – in jedem Falle war es keineswegs zwingend (oder auch nur naheliegend), in ihm ein gegen Art. 30 verstoßendes Hindernis des innergemeinschaftlichen Handels zu sehen.

Diese Auslegung des Art. 30 hat dazu geführt, daß der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 30 zusehends seine Konturen verlor. Es ist hier nicht der Ort, um auf die Debatte einzugehen, die dies in der Literatur ausgelöst hat. Offensichtlich ist jedoch, daß die Rechtsprechung immer mehr in Bereiche vordrang, die sich nur schwer am Maßstab des Art. 30 messen ließen. Es darf hier nur auf die Rechtsprechung zum Verbot des Verkaufs an Sonn- und Feiertagen erinnert werden, die den Gerichtshof so lange beschäftigt hat – und immer noch beschäftigt. Es war daher nicht überraschend, daß der Gerichtshof diese Rechtsprechung einer Überprüfung unterziehen würde, wie dies dann im Falle *Keck* geschehen ist.

III. Urteil des Gerichtshofes vom 24. November 1993: *Keck und Mithouard*

Kommen wir nun zu dem Urteil des Gerichtshofes vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (*Keck und Mithouard*). Der Rechtsstreit betraf eine Vorschrift des französischen Wettbewerbsrechts, wonach der *Weiterverkauf* von Waren zu einem Verlustpreis verboten ist. Die Angeklagten des Ausgangsverfahrens waren die Leiter von zwei Einkaufszentren in der Nähe der deutschen Grenze. In dem Strafverfahren vor dem Tribunal de grande instance in Straßburg machten sie zu ihrer Verteidigung unter anderem geltend, daß die französische Regelung gegen Art. 30 verstoße. Das französische Gericht legte die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht dem Gerichtshof vor.

Der Gerichtshof wies den Fall zunächst der zweiten Kammer – einer Dreierkammer – zu. An dem Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligten sich neben den beiden Angeklagten des Ausgangsverfahrens auch die Kommission sowie die Regierungen Frankreichs und Griechenlands. In seinen Schlußanträgen vom 18. November 1992 kam Herr Generalanwalt Van Gerven zu der Ansicht, daß im vorliegenden Fall allein der – im Vorlagebeschluß nicht ausdrücklich erwähnte – Art. 30 einschlägig sei. Die Vorschriften über die Freizügigkeit, über die Niederlassungsfreiheit und über die Dienstleistungsfreiheit könnten hingegen nicht herangezogen werden, da der vorliegende Fall zu diesen Vorschriften einen allzu indirekten und hypothetischen Bezug aufweise. Art. 30 sei hingegen anwendbar, da ein Bezug zum innergemeinschaftlichen Handel nicht zu leugnen sei. Der Generalanwalt gelangte letztendlich zu dem Ergebnis, daß die französische Regelung *in ihrer Allgemeinheit* nicht mit Art. 30 vereinbar sei.

Die zweite Kammer entschloß sich aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung und dieser Schlußanträge, von der in Art. 95 Abs. 3 der Verfahrensordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen. Die Rechtssache wurde daher dem großen Plenum zur Entscheidung vorgelegt – ein Indiz für seine Bedeutung. Dies führte zu einer weiteren mündlichen Verhandlung (am 9. 3. 1993) und weiteren Schlußanträgen (vom 28. 4. 1993). In diesen stellte sich der Generalanwalt auf den Standpunkt, daß unter den in dem vorliegenden Rechtsstreit gegebenen Umständen Artikel 30 EWG dem Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis nicht entgegenstehe.

Der Gerichtshof wies in seinem Urteil zunächst darauf hin, daß nationale Vorschriften, die den Weiterverkauf zum Verlustpreis allgemein verbieten, keine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bezwecken. Er räumte ein, daß solche Bestimmungen das Absatzvolumen und damit auch den Absatz importierter Waren insoweit beschränken, als sie bestimmte Methoden der Absatzförderung verbieten. Er stellte jedoch die Frage, ob diese Möglichkeit ausreiche, um eine solche Vorschrift als eine Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen. Wie wir gesehen haben, war diese Frage in der früheren Rechtsprechung bereits mehrmals aufgeworfen – und bejaht – worden. Der Gerichtshof befand jedoch, daß sie neu zu prüfen sei:

„Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, *auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist*, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen.“

Diese Begründung ist nicht ganz leicht zu verstehen. Die Tatsache, daß sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 30 berufen haben, liegt eben darin begründet, daß der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung die Grenzen dieser Vorschrift immer weiter gezogen hat. Wenn der Umstand, daß die aus dieser Rechtsprechung folgenden Chancen und Möglichkeiten vermehrt ausgeschöpft wurden, den Gerichtshof zu einer Neubesinnung veranlaßt, ist dies doch eher ein Indiz dafür, daß diese Rechtsprechung selbst nicht vollkommen war. Vielleicht dachten die Richter auch an das bekannte Wort von Horaz: *Sunt certi denique fines . . .*

Der Gerichtshof zitiert die bereits mehrfach erwähnte Formel des *Cassis de Dijon*-Urteils und fährt dann fort:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, *die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten*, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, *sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren*“.

Regelungen, die diesen Anforderungen entsprechen, „fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag“. Der Gerichtshof begnügt sich nicht damit, diese allgemeinen Anforderungen aufzustellen. Er entscheidet vielmehr, ohne dazu noch weitere Überlegungen anzustellen, daß Art. 30 auf Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die den Weiterverkauf zum Verlustpreis *allgemein* verbieten, keine Anwendung findet.

Merkwürdig ist auch, daß das *Urteil* keine Angaben über die Herkunft der fraglichen Erzeugnisse enthält. Nach dem *Sitzungsbericht* handelt es sich um das Erzeugnis „Pi-

con bière“ mit einem Alkoholgehalt von 21% (1 Liter) und das Erzeugnis „Sati rouge“ (Kaffee). Die Namen der Erzeugnisse lassen die Möglichkeit offen, daß es sich um einheimische Erzeugnisse handelt, so daß der ganze Rechtsstreit auf die Frage hinausläuft, ob sich ein Verkäufer inländischer Produkte im Inland (wenn auch im grenznahen Bereich) zu seiner Entschuldigung auf Bestimmungen berufen kann, die für den innergemeinschaftlichen Handel gelten. Des weiteren stellt sich die Frage, ob die genannten Vorschriften den innergemeinschaftlichen Handel stärker beeinträchtigen als den Handel mit einheimischen Produkten, weil sie die Einführung neuer Produkte erschweren, eine Qualifikation, die im allgemeinen eher auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten als auf inländische Waren zutreffen könnte.

IV. Ausblick

Welche Folgerungen sind aus dem Urteil *Keck* für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs im allgemeinen und das deutsche Wettbewerbsrecht im besonderen zu ziehen? Für eine abschließende Beurteilung ist es sicherlich noch zu früh. Eine definitive Antwort dürfte von dem Urteil in der Rechtssache C-315/92 zu erwarten sein. Dieser Fall betrifft die Anwendung von § 3 UWG auf den Vertrieb kosmetischer Produkte unter der Bezeichnung „Clinique“. Generalanwalt Gulmann hat in seinen am 29. September 1993 – also vor dem Urteil im Falle *Keck* – vorgetragenen Schlußanträgen die Auffassung vertreten, daß Art. 30 der Anwendung von § 3 UWG in einem solchen Fall *grundsätzlich* nicht im Wege steht.

Entscheidend ist, daß der Gerichtshof weiterhin allen Bestrebungen entgegentritt, die darauf hinauslaufen, den Absatz von Waren aus anderen Mitgliedstaaten zu beschränken oder mehr zu behindern als den Absatz inländischer Erzeugnisse, wenn diese Beschränkungen oder Behinderungen nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind. Dies ist der Auftrag, der sich aus den Artikeln 30 und 36 des Vertrages ergibt. Sonst wird es auch in Zukunft Hindernisse für den freien Warenverkehr geben in Gestalt unterschiedlicher nationaler Ordnungen des Wettbewerbs.