wrp Wettbewerb in Recht und Praxis www.wrp.de
9/2009

BEITRÄGE

**Dr. Peter Ruess,** LL.M.*/**David E.F. Slopek,** LL.M.**
Düsseldorf

# Discounter als „luxusfreie Zone“? – Vertriebsbeschränkungen für Premiummarken auf dem Prüfstand

## Zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23.4.2009 (C-59/08)

### INHALT

A. Einleitung
B. Die bisherige Rechtsprechung
I. Das Urteil des BGH vom 4.11.2003
1. Die Entscheidung
2. Kritik
3. Stellungnahme
II Die Urteile des LG Berlin vom 24.7.2007 und vom 21.4.2009
1. Die Entscheidungen
2. Kritik und Stellungnahme
III. Das Urteil des LG Mannheim vom 14.3.2008
1. Die Entscheidung
2. Kritik
3. Stellungnahme
IV. Das Urteil des LG München vom 24.6.2008
1. Die Entscheidung
2. Kritik und Stellungnahme
C. Das Urteil des EuGH vom 23.4.2009
I. Hintergrund
II. Vorlagefragen
III. Die Entscheidung
1. Die erste Vorlagefrage
2. Die zweite Vorlagefrage
3. Die dritte Vorlagefrage
IV. Stellungnahme
D. Schlussfolgerungen für die Praxis

* Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz in der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Düsseldorf, und Lehrbeauftragter der International School of Management, Dortmund.
** Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Düsseldorf.

## A. Einleitung

Die rechtliche Zulässigkeit und mögliche Beschränkungen von selektiven Vertriebssystemen[1)] werden in Rechtsprechung und Literatur schon seit längerem kontrovers diskutiert. Die Problematik ist altbekannt: Hersteller von Markenwaren möchten sicherstellen, dass die unter ihrer Marke vertriebenen Produkte in einer Art und Weise an den Endverbraucher gelangen, die dem Markenimage entspricht. Aus diesem Grund kommen für sie Vertriebsformen, die bestimmten qualitativen Anforderun-

1) Allgemein dazu *Immenga/Mestmäcker*, EG-WettbR, IV.D.I.

gen nicht entsprechen, nicht in Betracht. Die zwischen dem Hersteller und dem Endverbraucher stehenden Händler wünschen sich demgegenüber, möglichst unbeschränkt diejenigen Vertriebsformen nutzen zu können, von der sie sich den größten Gewinn versprechen. Besondere wirtschaftliche Brisanz hat das Thema in der Luxusgüterbranche, wo eine aus einer bestimmten Branche stammende Premiummarke (wie im hier zu erläuternden Fall die Modemarke Dior) für eine Vielzahl von Produkten im oberen Segment marktpräsent ist, die sie nicht selbst produziert (Sonnenbrillen, Parfum, Schmuck, Uhren usw.). Dies können auch völlig andere Produkte sein, so gibt es etwa von Yves Saint Laurent und Cartier sogar Zigaretten. Es ist evident, dass gerade hier diese Branche eine besonders hohe Dichte von Lizenzverträgen[2] aufweist.

Die in der Regel lizenzrechtlichen Verbindungen zwischen dem Markeninhaber als Lizenzgeber und dem die Ware (u.U. durch Dritte) produzierenden Lizenznehmer müssen aber – und hier kommt das Thema Vertriebsbindungen ins Spiel – zwingend den Premiumcharakter der Marke erhalten, der diesem wie möglichen anderen Lizenznehmern akzeptable Verkaufspreise und damit natürlich auch dem Lizenzgeber ein möglichst hohes Einkommen garantiert.

Zur „Absicherung“ dieser Position haben gerade Premiummarkenhersteller seit jeher versucht, vertraglich zu fixieren, wie und wo ihre Produkte verkauft werden. Dies hat vielfach Spannungen unter den miteinander teils verzahnten Stichworten Erschöpfung, freier Warenverkehr, Vertragsfreiheit und Kartellbildung provoziert, die Gegenstand einer hier nur schlaglichtartig und in wesentlichen Punkten darstellbaren, wahren Bibliothek von Urteilen und Literatur geworden sind.[3]

Zuletzt wurde die an der Schnittstelle von Marken-, Lizenzvertrags- und Kartellrecht verlaufende Debatte durch ein mit Spannung erwartetes und in seinen Grundaussagen für manchen vielleicht überraschendes Urteil des EuGH aufs Neue angeheizt. Dieser hat am 23.4.2009 entschieden, dass der Inhaber von Luxusmarken dem Lizenznehmer die Vertriebswege vertraglich verbindlich vorschreiben kann.[4] Der vorliegende Beitrag reiht das Urteil in die Diskussion ein, unterzieht es einer kritischen Würdigung und analysiert, welche Schlussfolgerungen sich hieraus für die Praxis ergeben.

## B. Die bisherige Rechtsprechung

Obwohl gerade die kartellrechtliche Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme durch die Literatur nahezu erschöpfend untersucht und bewertet wurde[5], fehlt es an einer einheitlichen Linie in der Rechtsprechung. Tatsächlich werden sogar weithin identische Sachverhalte von Gericht zu Gericht höchst unterschiedlich bewertet. Deshalb kommt der Praktiker nicht umhin, sich mit der Kasuistik auseinanderzusetzen. Aus diesem Grund sollen nachfolgend die wesentlichen, in den letzten Jahren ergangenen Urteile in Umrissen dargestellt werden, bevor darauf aufbauend das Urteil des EuGH einer eingehenden Betrachtung unterzogen und seine Auswirkungen auf die bisherige Judikatur analysiert werden soll.

### I. Das Urteil des BGH vom 4.11.2003

#### 1. Die Entscheidung

Mit Urteil vom 4.11.2003 hat sich der BGH zum ersten Mal mit der Frage befasst, ob es einem Anbieter, der im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems Luxuswaren vertreibt, erlaubt ist, einerseits seinen Depositären unter bestimmten Bedingungen den Verkauf über das Internet zu gestatten, andererseits aber reine Internethändler von der Belieferung auszuschließen.[6] Ausgehend von dem Grundsatz der Privatautonomie ist es prima facie naheliegend, diese Frage mit „Ja“ zu beantworten. Selbstverständlich – so scheint es – ist ein Anbieter frei, sich zu entscheiden, ob, mit wem und zu welchen Bedingungen er kontrahieren möchte. Handelt es sich aber um ein marktbeherrschendes oder zumindest marktstarkes Unternehmen, liegen die Dinge anders. In diesem Fall stellt sich nämlich die Frage, ob nicht aus dem in § 20 Abs. 1 und 2 GWB normierten Diskriminierungs- und Behinderungsverbot ein Belieferungsanspruch gerade auch gegenüber reinen Internethändlern folgt.

Beklagte in dem zu entscheidenden Fall war die Lancaster Group GmbH. Diese war Inhaberin der Markenrechte Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP! für Parfumprodukte. Mit einem in den Tatsacheninstanzen festgestellten Marktanteil von 18 Prozent am deutschen Markt für Markenparfums[7] war sie kein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB. Allerdings besaß sie nach Auffassung des Gerichts gegenüber dem klagenden Internethändler aufgrund einer sortimentsbedingten Spitzengruppenabhängigkeit relative Marktmacht i.S.v. § 20 Abs. 2 GWB. Da die Beklagte folglich zum Kreis der Normadressaten des § 20 Abs. 2 GWB zählte, stellte sich die entscheidende Frage, ob die zwischen den Depositären und dem reinen Internethändler zu konstatierende Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt war. Der BGH bejahte dies. Zur Begründung zog der Gerichtshof eine Parallele zum klassischen Versandhandel. Bei diesem sei anerkannt[8], dass der Anbieter von Luxuswaren ein berechtigtes Interesse habe, den Vertrieb per Versandhandel auszuschließen. Diese Vertriebsform bietet kein „die Aura des Exklusiven vermittelnde[s] Umfeld“[9], es fehlt an der Möglichkeit der eingehenden Beratung durch Fachpersonal und der Kunde habe keine Möglichkeit, die Ware vorab auszuprobieren. Da der Internethandel insoweit mit

2) Zu den Motivationen von Lizenzvertragsparteien immer noch sehr lesenswert der Beitrag von Allen Feldman mit dem schönen Titel „What Every Trademark Attorney Should Know About Business Motivations to License“, 86 TMR 47 (1996), auch abgedruckt in *Port/McManis/McElwee/Hammersley* (Hrsg.), Licensing Intellectual Property in the Digital Age, Durham 1999, S. 4 ff.

3) Vgl. etwa *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 24 Rn. 104a m.w.N.; beispielhaft seien herausgegriffen die Beiträge von Lüder, EuZW 1995, 15; *Bayreuther*, WRP 2000, 349; Lehment, WRP 2002, 1215 (jeweils mit verschiedener Schwerpunktsetzung) sowie die unter Fn. 5 unten Genannten.

4) EuGH, Urt. v. 23.4.2009 (C-59/08), abgedruckt in GRUR 2009, 593.

5) Vgl. insbesondere *Rheinländer*, WRP 2005, 285; *Pischel*, GRUR 2008, 1066. sowie mit besonderem Focus auf Vertrieb über ebay Dieselhorst/Luhn, WRP 2008, 1306.

6) BGH, Urt. v. 4.11.2003 (Az. KZR 2/02) – Depotkosmetik im Internet = MMR 2004, 536 ff.

7) Vgl. OLG München, MMR 2002, 162 – Depotkosmetik im Internet.

8) Vgl. BGH, Urt. v.12.5.1998 (Az. KZR 23,96) – Depotkosmetik; EG-Kommission, GRUR Int. 1992, 915, 918 – Yves Saint Laurent Parfums.

9) Vgl. bereits EG-Komm., Beschl. v. 24.07.1992, ABl EG 1992 Nr. L 236/11, 15 Rdnr. 5 „Givenchy“ („Aura prestigeträchtiger Exklusivität“).

dem klassischen Versandhandel strukturell vergleichbar sei, habe der Anbieter von Luxuswaren grundsätzlich ein berechtigtes Interesse, auch Internethändler vom Vertrieb auszuschließen.

An diesem Ergebnis ändere auch nichts, so der BGH, dass der Anbieter seinen Depositären im gewissen Umfang – hier maximal 50 Prozent der getätigten Gesamtumsätze – den Vertrieb über das Internet gestattet habe. Der Anbieter habe den Internetvertrieb nämlich nur in dem Umfang zugelassen, der nach dessen Auffassung (sic!) europarechtlich geboten war. Ausgangspunkt dieser Einschätzung war die Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für Vertikalverträge[10] (Vertikal-GVO). Wie auch andere GVO nimmt diese bestimmte Formen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens aus dem Kartellverbot des Art. 81 EGV aus. § 2 Abs. 2 GWB nimmt auf die GVO Bezug, so dass diese auch für rein deutsche Sachverhalte entsprechend Anwendung finden. Mit Blick auf Art. 4 lit. b und c der Verordnung stellte der BGH fest, dass diese zwar den generellen Ausschluss des Internetvertriebs verbiete, andererseits aber auch nicht gebiete, auf das Erfordernis eines stationären Ladenlokals als regelmäßigen Absatzweg zu verzichten.

## 2. Kritik

In der Literatur wurde an dem Urteil verschiedentlich Kritik geübt. Dabei rieb man sich weniger an dem Ergebnis, als vielmehr an dessen rechtlicher Herleitung. So rüttelte *Orthmann* am argumentativen Ausgangspunkt der Urteilsbegründung, indem er entgegen dem BGH die strukturelle Gleichartigkeit von Versandhandel und Internetvertrieb in Zweifel zog. Dagegen sprächen die wachsenden technischen Möglichkeiten, die selbst eine fachkundige Online-Beratung ermöglichen.[11] Ausschlaggebend sei deshalb, so *Orthmann*, weniger der nach seiner Auffassung hinkende Vergleich mit dem klassischen Versandhandel, sondern vielmehr der Umstand, dass die Vertikal-GVO für dieses Ergebnis spräche.[12] Genau entgegengesetzt geht *Rheinländer* davon aus, dass allein die Parallele zum Katalogversandhandel, nicht aber die Ausführungen zur Vertikal-GVO überzeugen würden.[13] Auch *Jaeger* kritisiert, dass die Urteilsbegründung insofern „zu wünschen übrig lässt“[14]. Etwas diplomatischer attestiert *Beeser-Wiesmann* dem BGH, sich mit seinem „Ausritt“ ins Europarecht für einen „recht außergewöhnlichen Lösungsweg“[15] entschieden zu haben. Es sei wenig glücklich, auf die Auffassung der Beklagten zur europarechtlichen Einordnung abzustellen[16] und deren Verhalten unter Bezugnahme auf die Vertikal-GVO zu rechtfertigen, ohne überhaupt den Anwendungsbereich des Art. 81 EGV und der GVO angesprochen zu haben.[17]

## 3. Stellungnahme

Trotz der geäußerten Kritik, wurde das Urteil des BGH jedenfalls im Ergebnis doch sehr positiv aufgenommen.[18] Und das zu Recht: Es stärkt nicht nur den Selektivvertrieb sondern gleichzeitig auch die Möglichkeiten der Pflege von Luxusmarken.[19] In der Literatur wird zwar teilweise versucht, eine Lanze für den Internetvertrieb zu brechen. So wird darauf hingewiesen, dass es mit dem Wortlaut der GVO durchaus vereinbar sei, einen reinen Internethändler unter gewissen hohen qualitativen Anforderungen zum Vertrieb zuzulassen, und das bestimmte Luxusmarken, wie z.B. Burberry bestimmte Produkte exklusiv im Internet verkaufen.[20] In der Tat haben auch andere Luxusmarken, wie etwa Louis Vuitton oder Marc O’Polo, einen eigenen Onlineshop. Allerdings macht es durchaus einen Unterschied, ob ein Markeninhaber unter einem eigenen, seinen Premiumvorstellungen entsprechend angepassten und üblicherweise aufwendig gestalteten Onlineshop seine Produkte selbst vertreibt, oder aber ein Dritter in einem vom Markeninhaber nicht beeinflussbaren, möglicherweise wenig exklusiv anmutendem Umfeld. Außerdem belässt ein eigener Onlineshop dem Markeninhaber die Freiheit, den Vertrieb über das Internet jederzeit einzuschränken, zu verändern oder ganz einzustellen, wenn er feststellt, dass dies etwa unter Gesichtspunkten der Marken- und Imagepflege vorteilhaft erscheint. In letzter Konsequenz muss es dem Inhaber einer (Luxus-) Marke überlassen bleiben, auf welche Weise er die Aura derselben, die ja sein eigentliches Kapital (und das der Lizenznehmer) darstellt, imagetechnisch auflädt und pflegt. Entscheidet er sich im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit dazu, einen eigenen Onlineshop aufzumachen, so darf hieraus noch nicht die Konsequenz gezogen werden, dass automatisch jeder andere Internethändler ebenfalls zum Vertrieb zuzulassen ist. Die Marke ist kein „Allgemeingut“, welche nach universell gleichen Regeln für alle rufen ließe. Diskutabel erscheint hingegen ein Verbot mit Zustimmungsvorbehalt, vorausgesetzt die Zustimmungskriterien entsprechen den im Rahmen eines (qualitativen) Selektivvertriebssystems geforderten Kriterien und sind zudem für den Vertriebspartner ausreichend transparent.[21]

10) EG-VO Nr. 2790/99 v. 22.12.1999.
11) *Orthmann*, CR 2004, 297, 298; dagegen *Trube*, WRP 2004, 861, 862, wonach der BGH seine Rechtsprechung zum klassischen Versandhandel zu Recht auch auf den reinen Internethändler angewendet hat; auch Rheinländer, WRP 2005, 285, 287 konstatiert, dass der Internetvertrieb aus marketingtechnischer Sicht im Vergleich zum Versandhandel keine Vorteile bietet, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.
12) Vgl. *Orthmann*, CR 2004, 297, 298, der Unter Verweis auf *Bauer*, WRP 2003, 243, 247 und *Pautke/Schultze*, BB 2001, 317, 322 aber maßgeblich auf Art. 4 lit. c Vertikal-GVO abstellen will und nicht, wie der BGH, auf Art. 4 lit. b.
13) *Rheinländer*, WRP 2005, 285, 289.
14) *Jaeger*, MMR 2004, 537, 539 f.
15) *Beeser-Wiesmann*, EWiR 2004, 917, 918.
16) *Trube*, WRP 2004, 861, 863 stellt auf den „sachgerechten Willen, eine Rechtsnorm zu befolgen“ ab und deutet damit in Richtung eines weniger subjektiven Maßstabs.
17) Vgl. hierzu auch *Becker/Pfeifer*, ZWeR 2004, 268, 279 f.; *Trube*, WRP 2004, 861, 862 stellt nüchtern fest, dass es dem BGH unwichtig war, ob die Vertikal-GVO in casu überhaupt Anwendung finden musste.
18) *Beeser-Wiesmann*, EWiR 2004, 917, 918 („Der Entscheidung kann insoweit nur zugestimmt werden … Denn in Jedem Fall ist es gerechtfertigt, ein Selektivvertriebssystem für Luxusparfums durch die Nichtbelieferung eines reinen Internethändlers zu schützen.“); *Orthmann*, CR 2004, 297, 298 (Dieser Auslegung der Vertikal-GVO wird man … zustimmen können.“); *Trube*, WRP 861, 862 („… stand schon nach der Entscheidung BGH-Depotkosmetik, die der BGH zu Recht auch auf den reinen Internethändler anwendete fest, dass die Verweigerung der Belieferung … weder aus dem Gemeinschaftsrecht noch nach dem GWB zu beanstanden war.“); *Rheinländer*, WRP 2005, 285, 289 („Das Urteil des BGH ist … durch die Hinweis auf die Rechtsgrundsätze zum Katalogversandhandel ausreichend begründet.“); zurückhaltender *Jaeger*, MMR 2004, 537, 538 („Es mag sein, dass die besseren Gründe für das vom BGH gefundene Ergebnis sprechen …“).
19) Es fällt auf, dass *Beeser-Wiesmann*, EWiR 2004, 917, 918 resümiert, dass der BGH mit seinem Urteil die Bedeutung der Marke (nur) im Bereich der Luxuskosmetika stärkt. Demgegenüber weist *Ohrtmann*, CR 2004, 297 richtigerweise darauf hin, dass die Grundsatzentscheidung auch auf andere Branchen anzuwenden sei.
20) *Haslinger* WRP, 279, 280, 284.
21) *Bierekoven*, ITRB 2008, 283, 284.

## II. Die Urteile des LG Berlin vom 24.7.2007 und vom 21.4.2009

### 1. Die Entscheidungen

Nachdem der BGH selektive Vertriebssysteme mit seinem Urteil vom 4.11.2003 merklich gestärkt hat, schlug das Pendel mit Urteil des LG Berlin vom 24.7.2007[22)] zunächst wieder in die entgegengesetzte Richtung. Hintergrund war, dass ein Berliner Schreibwarenhändler Scout, einen bekannten Hersteller hochpreisiger Schulranzen, verklagt hat, weil dieser ihm den Vertrieb über das Internetauktionshaus eBay untersagen wollte. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag erlaubte den Vertrieb über einen *Onlineshop*, soweit die Internetpräsentation hohen qualitativen Vorgaben entspricht. Name, Umgebung, Präsentation und Gesamtbild musste den Produkten und deren Markenimage entsprechen. Der Vertrieb über *eBay und vergleichbare Auktionsplattformen* wurde hingegen vertraglich untersagt. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erklärte das LG Berlin eben diese Vertragsklausel, wonach die Belieferung des Händlers davon abhängig gemacht wird, dass dieser die Ware nicht über Auktionsplattformen vertreibt, für unwirksam. Zur Begründung führte es aus, dass eine entsprechende Vereinbarung die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen und damit gleichsam den Wettbewerb einschränke. Dies stelle, so das LG Berlin, einen Verstoß gegen § 1 GWB dar. Insbesondere sei die Vertriebsbeschränkung auch nicht gemäß § 2 Abs. 2 GWB ausnahmsweise vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, da nicht widerlegt werden konnte, dass der Marktanteil von Scout über 30 %, mithin über der für die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO maßgeblichen Marktanteilsschwelle liegt.[23)]

Mit Urteil vom 21.4.2009 hat das LG Berlin – nunmehr im Hauptverfahren – seine bereits im Urteil vom 24.7.2007 vertretene Ansicht bekräftigt, dass ein Markenhersteller einen Händler beliefern muss, der die Markenprodukte (hier Scout-Schulranzen) über eBay oder eine entsprechende Internet-Auktionsplattform weiterverkauft.[24)] Zur Begründung führte das Gericht insbesondere aus, dass das generelle Verbot des Warenabsatzes über eBay schon kein qualitatives Selektionskriterium für den Wiederverkäufer sei und zudem erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit eines solchen Selektionskriteriums bestünden. Damit hat das LG Berlin im Vergleich zum Eilverfahren argumentativ nachgebessert.

### 2. Kritik und Stellungnahme

Das Urteil des LG Berlin vom 24.7.2007 stieß in der Literatur auf verbreitete und berechtigte Ablehnung. In der Tat fällt die Urteilsbegründung in dem entscheidenden Punkt auffällig einsilbig aus. So stellte das Gericht offenbar ohne weiteren Erklärungsbedarf zu spüren fest:

*„Der in den Auswahlkriterien vorgesehene Ausschluss des Vertriebs über das Internet auf der Handelsplattform [eBay] stellt eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, weil dadurch die Handlungsfreiheit der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen beschränkt wird."*

Eine solch lapidare Begründung erstaunt und kann nicht befriedigen. Letztlich beschränkt jede Vertragspflicht die Handlungsfreiheit des Verpflichteten. Ausschlaggebend muss deshalb sein, dass die Vereinbarung auch eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.[25)] Gerade dies ist hier jedenfalls nicht dargetan und wohl auch nicht festzustellen. Die Begründung des LG Berlin greift deswegen zu kurz. Der EuGH hat selektive Vertriebssysteme im Grundsatz für zulässig gehalten und konsequenterweise bereits vor fast 30 Jahren entschieden, dass selektive Vertriebssysteme geeignet sind, die Qualität von Luxusprodukten zu gewährleisten und ihren richtigen Gebrauch zu gewährleisten.[26)] Das LG Berlin lässt vor diesem Hintergrund offenbar unberücksichtigt, dass die Durchsetzung qualitativer Vertriebssysteme nach der Rechtsprechung des EuGH bereits tatbestandlich keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, wenn die der Händlerauswahl zugrunde gelegten Kriterien objektiv und erforderlich sind sowie diskriminierungsfrei angewandt werden.[27)] Auch versäumt das LG Berlin zu prüfen, ob außerhalb der Vertikal-GVO eine nach der gesetzlichen Ausnahme des § 2 GWB mögliche Rechtfertigung in Betracht kommt.[28)]

Im Hauptverfahren hat das LG Berlin argumentativ „nachgebessert". In seinem Urteil vom 21.4.2009 verneint es bereits das Vorliegen eines qualitativen Selektionskriteriums.[29)] Dieser Ansatz vermag jedoch nicht zu überzeugen. Selbstverständlich ist der Vertrieb in einer dem Markenimage entsprechenden Art und Weise ein zulässiges qualitatives Selektionskriterium, das, je nach Sachlage, von bestimmten Vertriebsmethoden (etwa Versandkataloge[30)], Internetshops[31)] und Discounter[32)]) nicht erfüllt wird. Die entscheidende Frage, ob der Ausschluss des Verkaufs über eBay mit Blick auf die Eigenschaften des Produkts auch erforderlich ist, hat das Gericht hingegen offen gelassen.

Unter dem Strich vermögen die als Verkennung der legitimen Rechtsposition von Markeninhabern erscheinende Entscheidungen des LG Berlin argumentativ nicht zu überzeugen. Hätte das Gericht die rechtlich gebotene Prüfung vorgenommen, so hätte es sich dezidiert mit dem Umstand auseinandersetzen müssen, dass Markeninhaber – und zwar nicht nur Inhaber von Luxusmarken – ein sehr valides rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran haben, das der Marke anhaftende Image vor einer möglichen Schädigung durch einen Vertrieb bei eBay und anderen Auktionsplattformen zu bewahren.

22) LG Berlin, Urt. v. 24.7.2007 (Az. 16 O 412/07 Kart), abgedruckt in GRUR-RR 2008. 252.
23) Vgl. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO.
24) LG Berlin, Urt. v. 21.4.2009 (16 O 729/07).
25) Vgl. § 1 GWB.
26) So EuGH, Slg. 1980, 3775, Rz. 16 – L'Oréal. Dies bestätigend zuletzt die hier besprochene Entscheidung EuGH, Rs, C.59/08 vom 23.4.2009, Rz. 28.
27) So die Kritik bei *Dieselhorst/Luhn*, WRP 2008, 1306, 1307 unter Verweis auf EuGH, Slg. 1977, 1905, Rz. 20 – Metro I. und die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen; ebenso *Pischel*, CR 2008, 597; *Bierekoven*, ITRB 2008, 283, 284, jeweils m.w.N.
28) Ebenso *Pischel*, CR 2008, 597.
29) Vgl. bereits *Pautke*, BB 2009, 961, die in einer ersten Reaktion – freilich noch bevor die Urteilsgründe veröffentlicht waren – vermutet, dass das LG Berlin wie schon im vorausgegangenen Eilverfahren ignoriert, dass für den selektiven Vertrieb im Internet Besonderheiten gelten müssen, die der Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung entgegenstehen.
30) BGH, Urt. v. 12.5.1998 (Az. KZR 23/96) – Depotkosmetik.
31) BGH, Urt. v. 4.11.2003 (Az. KZR 2/02) – Depotkosmetik im Internet.
32) EuGH, Urt. v. 23.4.2009 (C-59/08), WRP 2009, 938.

### III. Das Urteil des LG Mannheim vom 14.3.2008

#### 1. Die Entscheidung

Der Sachverhalt, den das LG Mannheim mit Urteil vom 14.3.2008[33] entschieden hat, entsprach im Wesentlichen dem vom LG Berlin mit Urteil vom 24.7.2007 entschiedenen Fall. Umso auffälliger ist, dass beide Gerichte zu diametral entgegen gesetzten Ergebnissen gefunden haben. Hat das LG Berlin das vertragliche Verbot, die Markenware über Internetauktionsplattformen zu veräußern, noch als Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB gewertet, kam das LG Mannheim zu dem Schluss, dass ein solcher Verstoß gerade nicht vorliegt.[34] Dabei prüfte das LG Mannheim die von der h.M.[35] anerkannten Kriterien für einen zulässigen Selektivvertrieb: Demnach müssen die Selektionskriterien (i) objektiv und (ii) qualitativer Natur sein, (iii) diskriminierungsfrei angewendet werden und (iv) im Hinblick auf die Eigenschaft des in Rede stehenden Produktes zur Wahrung seiner Qualität erforderlich sein. Diese Voraussetzungen sah das Gericht im vorliegenden Fall als erfüllt an. Insbesondere könne ein Vertrieb über Internetauktionsplattformen (anders als ein Internetshop) nicht die auch vom stationären Vertrieb geforderte Sortimentstiefe und -breite aufweisen. Von besonderem Interesse – in der Rezeption des Urteils allerdings weithin unberücksichtigt – sind auch die Ausführungen in der Urteilsbegründung zur Frage der Erforderlichkeit. Zunächst stellt das Gericht fest, dass an das notwendige Maß der Erforderlichkeit keine besonders strengen Maßstäbe anzulegen sind. Grund dafür sei, dass nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO *jedes* selektive Vertriebssystem unter der Marktanteilsschwelle von 30 Prozent freigestellt sei, ohne dass es auf die Eigenschaften des Vertragsproduktes ankommen würde. In der Subsumtion räumt das Gericht ein, dass es sich zwar um keine von der „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“[36] umgebene Luxusprodukte handele. Allerdings, so die Begründung weiter, handele es sich um Produkte, die in besonderer Weise auf die Qualität und Herkunft aus dem Hause der Beklagten unter Einsatz der Marken als Imageträger abstellen. Auf die hiermit angesprochenen Markenfunktionen wird noch zurückzukommen sein.

Anders als das LG Berlin hat das LG Mannheim auch geprüft, ob der Tatbestand des § 20 Abs. 2 GWB erfüllt ist.[37] Zwar sei der Hersteller aufgrund relativer Marktmacht Normadressat des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots. Die gebotene umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielsetzung des GWB ergäbe aber, dass sich der Ausschluss von Verkäufen über Auktionsplattformen weder als unbillige Behinderung noch als unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund darstellt. Vielmehr überwiege das Interesse des Herstellers, sein Markenimage durch Anlegen qualitativer Kriterien zu bewahren, das Interesse des Vertriebspartners die Markenware auf einer Auktionsplattform anzubieten.

#### 2. Kritik

In der Literatur ist das Urteil nur mit einiger Zurückhaltung aufgenommen worden. *Haslinger* deutet grundsätzliche Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsbegründung an.[38] Diese sieht sie darin begründet, dass das Gericht mit seiner Bezugnahme auf den Versandhandel einen für Luxuswaren entwickelten Maßstab herangezogen hat, obwohl es im konkreten Fall nicht um besonders imagebehaftete Luxusgüter ging, „sondern um Markenwaren, konkret Schulranzen, bei denen man nicht von einer besonderen Beratungsintensität und einem besonderen Prestige, wie dies gerade im Bereich der selektiven Depotkosmetik der Fall ist, ausgehen kann“[39]. Hinzu komme, so *Haslinger*, dass an den Vertriebspartner in casu keine qualitativen inhaltlichen Anforderungen an die Läden und Personal oder Anforderungen an Sortimentsbreite und Sortimentstiefe gestellt wurden.[40] Andere Stimmen verweisen auf die Akzeptanz und weite Verbreitung von Auktionsplattformen und schließen daraus, dass die Entscheidung nicht abschließend bzw. verallgemeinerungsfähig sei.[41] Andererseits unterstreicht *Pischel*, dass das Urteil zur Klarheit zulässiger Bindungen im qualitativen Selektivvertrieb, namentlich beim Verkauf über das Internet, beitrage.[42]

#### 3. Stellungnahme

Das Urteil ist sehr zu begrüßen, sorgt es doch in wichtigen Punkten für mehr Rechtsklarheit und stärkt die berechtigten Interessen der Inhaber von (Premium-) Marken. Demgegenüber erscheint die geäußerte Kritik aus folgenden Gründen wenig überzeugend:

Kritisiert wurde, dass die Maßstäbe für den Selektivvertrieb Anwendung fanden, obwohl seitens des Herstellers angeblich keine besonderen qualitativen Anforderungen an die Läden und das Personal oder Anforderungen an Sortimentsbreite und Sortimentstiefe gestellt wurden.[43] Ein Blick in das Urteil beweist das Gegenteil. In den sog. „Auswahlkriterien für zugelassene Vertriebspartner“, die Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Vertriebsvertrages sind, hat der Hersteller nach den Feststellungen des Gerichts eine Vielzahl an qualitativen Anforderungen an den Vertriebspartner gestellt, namentlich auch solche, die die Anforderungen an die Läden und das Personal sowie das Sortiment betrafen.[44]

33) LG Mannheim, Urt. v. 14.3.2008 (7 O 263/07 Kart.), abgedruckt in GRUR-RR 2008, 253; das Urteil ist nicht rechtskräftig, derzeit ist die Berufung beim OLG Karlsruhe anhängig (6 U 47/08 Kart.).
34) Dabei lies es das Gericht dahingestellt, ob es sich um eine immanente Schranke des § 1 GWB (vgl. KG WuW/E 5565, 5577 – Fernsehübertragungsrechte; WuW/E 5821, 5832 – Gewerbliche Spielgemeinschaft) handelt, oder ob schon das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung nicht erfüllt ist (so der Ansatz bei EuGH, Entsch. v. 25. 10.1977 (Slg.1977, 1905, LS 5 – Metro I); EuGH, Entsch. v. 11.12.1980 (EuGH, Slg.1980, 3775 Tz. 16 – L'Oreal).
35) Vgl. Pischel, CR 2008, 597 m.w.N.
36) Komm. 24.07.1992, ABl EG 1992 Nr. L 236/11, 15 Rdnr. 5 – Givenchy.
37) Die Nichtberücksichtigung des § 20 Abs. 2 GWB erstaunt, weil die Kläger ihre Klage auch auf das Diskriminierungsverbot gestützt haben. Das Gericht hat die Thematik wohl deswegen nicht angesprochen, weil es einen Verstoß gegen § 1 GWB bejaht hat und etwaige weitere Verstöße deshalb dahinstehen konnten.
38) *Haslinger*, WRP 2009, 279, 281 („Inwieweit das Urteil im Einzelnen zutreffend ist, mag in Frage stehen.“).
39) *Haslinger*, WRP 2008, 279. 281.
40) Ebd.
41) *Intveen*, ITRB 2008, 171, 172.
42) *Pischel*, CR 2008. 597; vgl. auch *Bierekoven*, ITRB 2008, 283, 284, die davon ausgeht, dass die besseren Argumente für die Zulässigkeit eines entsprechenden Vertriebsverbots sprechen.
43) *Haslinger*, WRP 2008, 279, 281.
44) LG Mannheim, GRUR-RR 2008, 253, 254 f.

Ein weiterer Kritikpunkt zielte darauf, dass das LG Mannheim auf die im Kontext von Luxuskosmetika erlassene Rechtsprechung zu selektiven Vertriebssystemen abstellt, obwohl es sich im vorliegenden Fall nicht um den Vertrieb von besonders imagebehafteten Luxusgütern, sondern um (anerkanntermaßen hochpreisige) Schulranzen handelte.[45] Auch dieses Argument verfängt nicht. Dies schon deswegen, weil die Kriterien, die an ein zulässiges selektives Vertriebssystem gestellt werden, zunächst allgemein für alle Arten von Produkten gelten. Erst bei der Frage, ob ein bestimmtes Selektionskriterium im Hinblick auf die Eigenschaft des jeweiligen Produktes zur Wahrung seiner Qualität erforderlich ist, ist auf die jeweiligen Besonderheiten des Produktes abzustellen. Genau dies hat das LG Mannheim getan, als es feststellte, dass es sich im vorliegenden Fall zwar um keine Luxusmarken handelt, wohl aber um Produkte, die in besonderer Weise auf die Qualität und Herkunft aus dem Hause der Beklagten unter Einsatz der Marken als Imageträger abstellen. Das Gericht spricht mit dieser Feststellung die Funktion der Marke an, namentlich Herkunftsindikatorfunktion (die durch die Marke vermittelte Herkunft aus dem Hause der Beklagten), Garantiefunktion (Produktqualität) und die Werbefunktion (das mit der Marke verbundene Image). Wenn es um ein solches Markenprodukt geht, bei dem der Vertrieb über eBay die Markenfunktionen schwächt, so gibt es keinen Grund, lediglich Luxusmarken zu privilegieren. So kann ein Markeninhaber ebenso das Bedürfnis haben, besonders „jung“, „modisch“, „korrekt“, „verwegen“ oder auf dutzende andere Formen im Markt wahrgenommen zu werden, und das mit dem gleichen Recht wie der Anspruch des Premiummarkeninhabers, als besonders exklusiv und hochwertig auftreten zu können. Letztlich ist dies ein Ausfluss aus dem Markenrecht, das per se wenig wert wäre, wenn das praktisch allein für die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Marke in der gewählten Zielgruppe relevante Image der Marke nicht vom Markeninhaber gesteuert werden dürfte.

Schließlich wurde die Verallgemeinerungsfähigkeit des Urteils mit Blick darauf angezweifelt, dass sich Auktionsplattformen zunehmender Beliebtheit erfreuen.[46] Die Feststellung ist zutreffend, in der Tat erfreuen sich eBay und ähnliche Plattformen gerade bei preissensitiven Verbrauchern und Schnäppchenjägern zunehmender Beliebtheit. Die rechtliche Relevanz dieser Aussage bleibt indes unklar. Die aus dieser Feststellung gezogene Schlussfolgerung, das Urteil sei nicht verallgemeinerungsfähig, schließt unabhängig von der Diskussionswürdigkeit dieser Prämisse und ihrer Herleitung jedenfalls nicht aus, dass es jedenfalls im Hinblick auf Premiummarken verallgemeinerungsfähig ist. Denn gerade hier erscheint ein Vertrieb über eBay geeignet, die Marke zu schwächen. Dies ist im übrigen aus Sicht der Markeninhaber zu beurteilen, denen man wirtschaftliche Inkompetenz unterstellen müsste, wenn man annähme, die teueren Ladengeschäfte an den bekannten „Top Spots“ der Großstädte wären unnötig. Das Recht des Eigentümers (einer Marke), über die Wertbeständigkeit derselben und die dafür erforderlichen Schritte zu entscheiden, kann für solche Fragen schwerlich durch eine Gerichtsentscheidung (womöglich noch unter Gutachteneinreichung von Marketing-Fachleuten beider Seiten über Wert oder Unwert von eBay-Auktionen) ersetzt werden.

45) Ebd.
46) A.A. offenbar Interven, ITRB 2008, 171, 172.

## IV. Das Urteil des LG München vom 24.6.2008

### 1. Die Entscheidung

Auch das LG München hat sich in seinem Urteil vom 24.6.2008 mit der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Allgemeinen Lieferbedingung eines Markenherstellers (hier die deutsche Vertriebsgesellschaft von AdidasSalomon) befasst, wonach es dem Vertriebspartner untersagt ist, die Ware über Internet-Auktionsplattformen zu verkaufen.[47] Der Kläger, ein Verband zur Förderung der gewerblichen Interessen, sah in der Verwendung dieser Klausel eine mit § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 lit. b EGV unvereinbare, den Wettbewerb unzulässig beschränkende Vereinbarung.

Das Gericht schloss sich dieser Auffassung – zu Recht – nicht an. Die Absatzbeschränkung sei im vorliegenden Fall schon gemäß § 2 Abs. 2 GWB, Art. 81 Abs. 3 EGV jeweils i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GVO freigestellt. Insbesondere läge auch keine unzulässige Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4b Vertikal-GVO in Form der Einschränkung des Kundenkreises vor, was nur dann der Fall wäre, wenn man zwischen Kunden von Auktionsplattformen und anderen Internetvertriebsmethoden unterscheiden müsse. Von besonderem Interesse sind die dann folgenden Ausführungen, wonach das Verbot des Vertriebs über Auktionsplattformen zum Schutz des guten Rufes und des Ansehens der Produkte gerechtfertigt sei. Während das LG Mannheim in seinem Urteil vom 14.3.2008 noch maßgeblich auf die fehlende Sortimentsbreite und -tiefe auf Auktionsplattformen abstellte (ein Argument, das nur solange Gültigkeit hatte, wie eBay noch keine Onlineshops in sein Angebot integriert hatte), hat sich das LG München auch mit weiteren Aspekten der Vertriebsmethode „Auktionsplattform“ befasst und stellte fest, es

*„werden auf Internet-Auktions-Plattformen immer wieder Fälschungen hochwertiger Markenprodukte angeboten und vertrieben (…) Zudem werden auf Internet-Auktions-Plattformen nicht nur hochwertige Neuwaren, sondern auch in erheblichem Umfang Gebrauchtwaren unterschiedlicher Qualität und Güte gehandelt. Da schließlich auch der Vertriebsweg „Versteigerung“ an sich bereits bei einigen Verbraucherkreisen den Ruf des Anrüchigen hat, kann es angesichts dieser Umstände einem Unternehmen wie der Beklagten, welches unbestritten auf die Qualität seiner Produkte und seines Vertriebsweges besonderes Augenmerk richtet, nicht untersagt werden, bestimmte Vertriebskanäle nicht zu bedienen (…)“*[48]

### 2. Kritik und Stellungnahme

In der Literatur ist das Urteil nur auf wenig Beachtung gestoßen.[49] Man wird sich dem Urteil aber wohl anschließen können. Mit seinen detaillierten Ausführungen zum Vertriebsweg

47) LG München I, Urt. v. 24.6.2008 (33 O 22144/07), abgedruckt in CR 2008, 806.
48) LG München I, Urt. v. 24.6.2008 (33 O 22144/07), Tz. 56, abgedruckt in CR 2008, 806.
49) Wohl zustimmend: *Bierekoven*, ITRB 2008, 283, 284.

„Auktionsplattform" komplettiert es die Argumentation des LG Mannheim, indem es mit größerer Genauigkeit erklärt, aus welchem Grund ein Vertrieb über eBay und vergleichbare Auktionsplattformen die verschiedenen Markenfunktionen schwächt. Allerdings *vermissen die Verfasser* auch hier ein Bekenntnis zum oben unter III.2. erläuterten Recht des Markeninhabers zur Ausgestaltung seiner Marke. Wenn auch das Ergebnis des LG München überzeugt, so ist doch eine gewisse Einschätzungsprärogative des Markeninhabers bei solchen Fragen wünschenswert, die dann lediglich einer Missbrauchskontrolle unterliegt. Im Ergebnis führt dies freilich nicht zu einer wirklich anderen Prüfungsabfolge, es verhindert aber die nach hier vertretener Auffassung schwierige bis unmögliche Bewertung von Marketing-Instrumenten durch ein Gericht.

## C. Das Urteil des EuGH vom 23.4.2009

### I. Hintergrund

Am 17.5.2000 schloss die Christian Dior Couture SA (Dior)[50] mit der Société Industrielle Lingerie (SIL) einen Markenlizenzvertrag, der die Herstellung und den Vertrieb von Prestigemiederwaren unter der Marke Christian Dior zum Inhalt hatte. Dieser enthielt eine Klausel, wonach sich der Lizenznehmer zum Zweck der Erhaltung des Bekanntheitsgrads und des Ansehens der Marke u.a. dazu verpflichtet, nicht an sogenannte „Discounter" zu verkaufen, soweit der Lizenzgeber nicht vorher schriftlich etwas Anderes genehmigt hat. Nachdem SIL in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, bat sie Dior um Erlaubnis, Waren außerhalb ihres selektiven Vertriebsnetzes in den Verkehr bringen zu dürfen. Obwohl Dior die Erlaubnis mit Schreiben vom 17.6.2002 verweigerte, verkaufte SIL Waren der Marke Dior an die Copad International SA (Copad), einen in Frankreich tätigen Discounter.

Dior erhob daraufhin sowohl gegen SIL als auch gegen Copad Klage wegen Markenverletzung. Dabei stützte sich Dior auf Vorschriften des französischen Markenrechts, die auf Art. 5 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 MarkenRL[51] zurückgehen. Art. 5 MarkenRL gewährt dem Markeninhaber ein ausschließliches Recht, wonach er Dritten u.a. verbieten kann, mit seiner Marke versehene Waren einzuführen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen. Während dem Markeninhaber diese Rechte gegenüber Dritten uneingeschränkt zustehen, kann er sie gegenüber einem Lizenznehmer nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend machen. Insofern setzt Art. 8 Abs. 2 MarkenRL voraus, dass der Lizenznehmer

*„hinsichtlich der Dauer der Lizenz, der von der Eintragung erfassten Form, in der die Marke verwendet werden darf, der Art der Waren oder Dienstleistungen, für die die Lizenz erteilt wurde, des Gebietes, in dem die Marke angebracht werden darf, oder der Qualität der vom Lizenznehmer hergestellten Waren oder erbrachten Dienstleistungen gegen eine Bestimmung des Lizenzvertrags verstößt".*

Das in der ersten Instanz mit der Sache befasste Gericht lehnte die Annahme einer Markenverletzung ab und verwies Dior auf die ihr zumindest gegen SIL zustehenden Rechte aus dem Markenlizenzvertrag. Auch die Berufungsinstanz lehnte die Annahme einer Markenverletzung mit der Begründung ab, dass die Einhaltung der die Vertriebsmodalitäten regelnden Bestimmung des Lizenzvertrages nicht in den Anwendungsbereich des Markenrechts falle. Allerdings, so die Berufungsinstanz, hätten die Verkäufe auch nicht zur Erschöpfung der Markenrechte von Dior geführt. Da Dior somit weiterhin Rechte aus der Marke geltend machen könne, verhängte das Gericht Verbots-, Beschlagnahme- und Vernichtungsmaßnahmen gegen Copad, woraufhin Copad ihrerseits Rechtsmittel gegen die Entscheidung einlegte.

### II. Vorlagefragen

Die in letzter Instanz mit der Sache befasste Cour de Cassation hatte Zweifel darüber, wie das betroffene Gemeinschaftsrecht richtigerweise auszulegen sei. Deshalb setzte sie das Verfahren aus und legte gemäß Art. 234 EGV dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vor:

*1. Ist Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie dahin gehend auszulegen, dass der Markeninhaber die Rechte aus der Marke gegen einen Lizenznehmer geltend machen kann, der gegen eine Bestimmung eines Lizenzvertrages verstößt, nach der aus Gründen des Ansehens der Marke der Verkauf an Discounter untersagt ist?*

*2. Ist Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie dahingehend auszulegen, dass ein Lizenznehmer, der Waren unter einer Marke im Europäischen Wirtschaftsraum unter Missachtung einer Bestimmung des Lizenzvertrages, nach der aus Gründen des Ansehens der Marke der Verkauf an Discounter untersagt ist, in den Verkehr bringt, ohne Zustimmung des Markeninhabers handelt?*

*3. Im Fall der Verneinung: Kann der Markeninhaber eine solche Bestimmung geltend machen, um sich dem erneuten Vertrieb der Waren zu widersetzen, indem er sich auf Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie beruft?*

### III. Die Entscheidung

#### 1. Die erste Vorlagefrage

Die erste Vorlagefrage geht dahin, ob dem Markeninhaber gemäß Art. 8 Abs. 2 (i.V.m. Art. 5) MarkenRL Ansprüche gegen den Lizenznehmer zustehen, wenn dieser entgegen dem Lizenzvertrag die mit der Marke versehenen Produkte an einen Discounter weiterverkauft. Ein solcher Anspruch wäre nur dann zu bejahen, wenn die in Art. 8 Abs. 2 MarkenRL genannten Fallgruppen nicht abschließend wären, oder aber wenn das Verkaufsverbot unter eine der dort genannten Fallgruppen subsumiert werden könnte.

Der EuGH entschied, dass die Aufzählung in Art. 8 Abs. 2 MarkenRL, anders als von Dior behauptet, nicht beispielhaft, sondern abschließend formuliert sei. Daraus folgt, dass der Mar-

50) Beteiligt waren – in unterschiedlichen Rollen – die Dior SA in Frankreich und die niederländische Dior-Gesellschaft, das ist aber für die Darstellung der juristischen Kernpunkte unwesentlich und soll im weiteren unberücksichtigt bleiben.

51) Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 6 vom 11.1.1992, S. 35. Die Richtlinie 89/104/EWG wurde zum 22. Oktober 2008 durch die Richtlinie 2008/95/EG abgelöst.

keninhaber gegen den Lizenznehmer nur bei Verstößen gegen die ausdrücklich aufgeführten Punkte Ansprüche aus der Marke geltend machen kann.

Es sei aber möglich, das Verkaufsverbot als eine Klausel i.S.d. Art. 8 Abs. 2 MarkenRL zu werten, die die Qualität der vom Lizenznehmer hergestellten Waren betrifft. Zwar spräche die Bezugnahme auf die Herstellung zunächst dafür, dass die Qualität von Waren ausschließlich an solchen Eigenschaften festgemacht wird, die auf den Herstellungsprozess zurückzuführen sind. Anders herum wären Eigenschaften, die lediglich aus den Vertriebsmodalitäten resultieren, nicht erfasst. Allerdings sei bei Luxus- oder Prestigewaren eine extensive Auslegung des Qualitätsbegriffs gerechtfertigt. Hier gelte es zu bedenken, dass auch der Ruf der Ware für ihre Qualität relevant ist. Entsprechend stellte der EuGH fest, dass unabhängig von den übrigen Eigenschaften einer Ware eine Schädigung des Markenrufs bereits dazu führen kann, dass diese Waren nicht mehr in gleicher Weise als Luxus- oder Prestigewaren anerkannt werden. Deshalb können für diese Warengruppe Vertriebsformen, die ihren Ruf beeinträchtigen, zugleich ihre Qualität in Frage stellen.

Zugleich lehnte der EuGH aber einen Automatismus dahingehend ab, dass jede mögliche Beeinträchtigung des Rufs einer Luxusmarke auch deren Qualität i.S.v. Art. 8 Abs. 2 MarkenRL berührt. Da man dem einzelnen Produkt nicht ansieht, wo es gekauft wurde, müsse entscheidend sein, dass die Vertriebsform den Ruf aller mit der Marke versehenen Produkte in Frage stellt. Ob dies der Fall ist, bedarf der Prüfung, in welchem Umfang Waren über den jeweiligen Vertriebsweg abgesetzt werden. Tauchen derartige Waren nur vereinzelt bei Discountern auf, so könne dies nach Ansicht der EuGH womöglich sogar ohne jeden Einfluss auf den Ruf der Ware bleiben.

### 2. Die zweite Vorlagefrage

Die zweite wie auch die dritte Vorlagefrage betreffen nicht das Verhältnis des Markeninhabers zum Lizenznehmer, sondern die Erschöpfung der Marke und damit etwaige Ansprüche des Markeninhabers gegen Dritte. So enthält Art. 7 Abs. 1 MarkenRL eine Ausnahme zu Art. 5 MarkenRL. Demnach kann ein Markeninhaber gegenüber Dritten Rechte aus der Marke dann nicht mehr geltend machen, wenn die Waren von dem Inhaber des Markenrechts oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden und die Markenrechte damit erschöpft sind. Der EuGH verwies auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach die für den Eintritt der Erschöpfung notwendige Zustimmung angesichts ihrer weitreichenden Rechtsfolgen auf eine Weise geäußert werden muss, die einen Willen zum Verzicht auf dieses Recht mit Bestimmtheit erkennen lässt.[52] Aus dem Lizenzvertrag könne man eine solche Zustimmung nicht herauslesen, vielmehr enthalte dieser ein explizites Verbot, mit der Marke versehene Waren ohne Zustimmung des Markeninhabers an Discounter zu verkaufen. Allerdings stellte der EuGH auch fest, dass dann kein Anlass bestehe, dem Markeninhaber gegen Dritte Ansprüche aus der Marke zuzubilligen, wenn dieser auf die Kontrolle des Vertriebs verzichtet und vertragliche Kontrollmöglichkeiten nicht nutzt.

52) Vgl. EuGH, Urt. v. 20.11.2001, Zino Davidoff und Levi Strauss (C-414/99 bis C-416/99, Slg. 2001, I-8691, Rdn. 45 f.).

### 3. Die dritte Vorlagefrage

Ausgangspunkt für die dritte und letzte Vorlagefrage war Art. 7 Abs. 2 MarkenRL. Die Vorschrift bestimmt, dass der den Eintritt der Erschöpfung regelnde Abs. 1 dann keine Anwendung findet, „wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist“. Der EuGH entschied, dass sich aus dieser Bestimmung kein Recht des Markeninhabers herleiten lässt, wonach er sich dem Vertrieb von mit seiner Marke versehenen Waren durch einen Discounter nur deshalb widersetzen könnte, weil eine Bestimmung des Lizenzvertrages den Verkauf der Waren an Discounter untersagt. Denn würde man in einem solchen Verstoß automatisch einen „berechtigten Grund“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 MarkenRL sehen, so würde Art. 8 Abs. 2 MarkenRL seiner praktischen Wirksamkeit beraubt werden.

## IV. Stellungnahme

Das Urteil ist von entscheidender Bedeutung für das Lizenzgeschäft mit Premiumprodukten. Es adressiert erstmals die Frage nach den Wirkungen eines Lizenzvertrages auf die Rechtsfigur der Erschöpfung. Die extensive Auslegung des Qualitätsbegriffs betrifft unmittelbar nur Luxuswaren. Das dahinter stehende Argument, dass bei diesen regelmäßig auch der Ruf der Ware für ihre Qualität i.S.v. Art. 8 Abs. 2 MarkenRL relevant sei, rechtfertigt es aber, diesen Kreis weit zu ziehen.

Der EuGH hat hier zwar nicht einen „Blankoscheck“ für Markeninhaber ausgestellt und – zu Recht – etwa die aktive Wahrnehmung von Kontrollmöglichkeiten verlangt (vgl. oben III.2.). Richtig und wichtig ist aber die gerade für die Gestaltung von Lizenzverträgen wie auch die strategisch-operative Beratung wichtige Feststellung, dass der Vertriebsweg eine qualitative Aussage im Sinne des Art. 8 Abs. 2 MarkenRL treffen kann. Die Begrenzung des Markeninhabers auf den Lizenzvertrag lehnt der EuGH zu Recht ab. Wer als Vertragspartner außerhalb der eingeräumten Lizenz Markenprodukte veräußert, verdient keine Privilegierung im Hinblick auf den Vorwurf, Markenrechte zu verletzen. Das ist schon konstruktiv überzeugend, denn der Lizenznehmer bewegt sich außerhalb des lizenzierten Bereichs und ist damit (bei allen Problemen von pauschalen Vergleichen) einem Parkplatzmieter vergleichbar, der statt des gemieteten Parkplatzes zwei Parkplätze desselben Eigentümers, nämlich den gemieteten und den angrenzenden Parkplatz besetzt. Das Recht zum Besitz bezüglich des einen Parkplatzes kann nicht dazu führen, dass der Besitz bezüglich des zweiten Parkplatzes irgendwie auch berechtigt und damit anders zu ahnden sein wird wie der unberechtigte Besitz eines Dritten. Würde man das Beispiel – im vollen Bewusstsein der damit einhergehenden Mängel – auf Wohnungen übertragen, so könnte bezüglich der zweiten Wohnung auch kein Mieterschutz geltend gemacht werden, denn diese war – wie der Vertrieb bei Discountern bei ausdrücklicher Untersagung dieses Vertriebswegs – nie Teil der vertraglich gewährten Rechtsposition. Mit dieser Gedankenkette könnte man die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 2 MarkenRL auf diesen Fall auch ganz grundsätzlich zu diskutieren beginnen, da es eben nicht um ein „wie“ im lizenzierten Bereich, sondern um das Überschreiten des lizen-

zierten Bereiches geht. Jedenfalls aber wird Art. 8 Abs. 2 MarkenRL in solchen Fällen und bezüglich so offener Kriterien wie „Qualität" sehr weit auszulegen sein.

Das Urteil wird auch für die Frage des Vertriebs bei eBay interessante Überlegungen eröffnen. Hier wird man sich sogar fragen können, ob nicht der vom EuGH abgelehnte „Automatismus" dahingehend, dass jede mögliche Beeinträchtigung des Rufs einer Luxusmarke auch deren Qualität i.S.v. Art. 8 Abs. 2 MarkenRL berührt, für eBay haltbar sein wird. Ein solcher Automatismus wird bei eBay-Fällen im Gegensatz zu dem hier erörterten EuGH-Fall jedenfalls nicht unvertretbar sein: Zum einen zeigen die laut LG München I generelle „Anrüchigkeit" des Vertriebswegs für bestimmte Produkte und der Vergleich mit Flohmärkten, dass Auktionsplattformen im Internet insgesamt nicht gerade ein Premium-Image genießen.[53)] Im Übrigen wäre wegen der Internationalität des Internet eine *de minimis* Ausnahme kaum denkbar, auch erübrigt sich eine sinnvolle Grenzziehung zwischen erlaubten und nicht erlaubten Verkaufshandlungen wie bei eigenen Online-Shops.

53) So LG München I, Urt. vom 24.6.2008, vgl. oben unter IV. Das Gericht führte wörtlich aus: „Da schließlich auch der Vertriebsweg „Versteigerung" an sich bereits bei einigen. Verkehrskreisen den Ruf des Anrüchigen hat, kann, es angesichts dieser Umstände einem Unternehmen – wie der Beklagten, welches unbestritten auf die Qualität seiner Produkte und seines Vertriebsweges besonderes Augenmerk richtet, nicht untersagt, werden, bestimmte Vertriebskanäle nicht zu bedienen, wenn und solange dies – wie oben dargestellt – nicht zu einer Einschränkung des Kundenkreises führt. Vergleichbar wäre dies etwa mit dem – ebenfalls nicht zu beanstandenden – Verbot, die entsprechenden Waren auf Wochen- oder Flohmärkten anzubieten."

## D. Schlussfolgerungen für die Praxis

Der EuGH hat mit seinem Urteil ein wichtiges – und begrüßenswertes – Zeichen für die Vertragsfreiheit, insbesondere der Freiheit zur Führung und Formung der eigenen Marke, gesetzt. Jedes Recht ist theoretisch missbrauchsanfällig, jedoch kann auch das Missbrauchsargument missbraucht, d.h. zu extensiv benutzt werden, um legitime Rechtspositionen einer so nicht statthaften Beschränkung zu unterwerfen. Ebendies hätte die Auslegung der französischen Instanzgerichte aber für den Markeninhaber Dior bedeutet, der sich ohne Not auf vertragliche Ansprüche reduziert gesehen hätte. Letztlich liegt die Erhaltung einer bestimmten Qualitätsvorstellung, die in einer freien Wirtschaftsform dem Eigentümer überlassen sein sollte zu definieren, im Interesse auch der Lizenznehmer, profitieren diese doch auch über entsprechende Verkaufspreise von dem so gehaltenen Qualitäts- und Preisniveau. Der EuGH verdient Zuspruch für diese Klarstellung.

**Jan F. Krekel,** LL.M.
Rechtsanwalt, München

# Diensteanbieter als Überwachungsgaranten?

## Rechtliche und technische Grenzen der Kontrolle von (schutzrechtsverletzenden) Informationen im Internet

### INHALT

I. Einleitung und Problemstellung
II. Der Ausgangssachverhalt
III. Rechtliche Bewertung des OLG Hamburg
1. Anknüpfungspunkt für die Haftung des Marktplatzbetreibers
2. Der Marktplatzbetreiber als Überwachungsgarant
3. Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung
IV. Stellungnahme
1. Reichweite des erstinstanzlichen Urteils
2. Beschränkung der Prüfungspflichten auf erkennbare Verdachtsfälle
3. Zumutbarkeit der Durchführung von Bildvergleichen
4. Haftung des Marktplatzbetreibers als Täter einer Markenverletzung?
a) Keine Tatherrschaft des Marktplatzbetreibers
b) Keine Garantenstellung des Marktplatzbetreibers
c) Keine mittelbare Täterhaftung des Marktplatzbetreibers
5. Haftung des Marktplatzbetreibers wegen Beihilfe zur Markenverletzung durch die Anbieter?
a) Keine Rechtspflicht des Marktplatzbetreibers zur Verhinderung des Verletzungserfolges
b) Kein pflichtwidriges Vorverhalten des Marktplatzbetreibers
c) Kein Beihilfevorsatz des Marktplatzbetreibers
d) Rechtlich neutrales Verhalten des Marktplatzbetreibers
6. Keine Absicht des Marktplatzbetreibers zur Förderung schutzrechtsverletzender Verkaufsangebote Dritter
7. Widerklage des Marktplatzbetreibers
V. Fazit und Ausblick

## I. Einleitung und Problemstellung

Seit dem ersten Urteil des Bundesgerichtshofes („BGH") über die Verantwortlichkeit des Betreibers eines Internetmarktplatzes[1)] war diese Frage wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher und obergerichtlicher Entscheidungen sowohl in Deutschland als auch in anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union. Nachdem die Gerichte der Mitgliedstaaten hierbei

1) BGH GRUR 2004, 860 – „Internetversteigerung I".