

Kartellrecht

Loewenheim / Meessen / Riesenkampff / Kersting / Meyer-Lindemann

4. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74037-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Abstimmungen im Hinblick auf **Sortenschutzrechte** werden nicht durch die GVO Technologietransfer reguliert. Insoweit dürften allerdings deren Bestimmungen – soweit möglich – entsprechend anzuwenden sein. Der Bundesgerichtshof hat Inhabern von Sortenschutzrechten erlaubt, sich – vergleichbar mit Urhebern in Verwertungsgesellschaften²⁰⁹ – abzusprechen, und zwar im Hinblick auf Lizenzpreise, wenn eine individuelle Rechtswahrnehmung durch den Inhaber „kaum möglich“ ist.²¹⁰ Im Fall ging es um die kollektive Geltendmachung der sortenschutzrechtlichen Nachbaugebühr bei Landwirten durch die Rechteinhaber. Insoweit gehen nach Auffassung des Bundesgerichtshofes die Regelungen in § 10a Abs. 4 SortG und in Art. 3 Abs. 2, 5 Abs. 4 NachbauV dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV (§ 1 GWB) vor. Nach Auffassung des BKartA lässt sich § 10a SortG allerdings nicht analog auf Mindestpreisempfehlungen von berufsständischen Vereinigungen der Inhaber von Sortenschutzrechten mit Landwirten anwenden.²¹¹

b) Marken und sonstige Kennzeichen. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des § 1 GWB, die Marken (§§ 3, 4, 97, 106a, 107 MarkenG, Art. 1, 4, 74, 83, 182 UMG) einerseits oder andere Kennzeichen (§ 5 MarkenG; § 126 MarkenG) andererseits zum Gegenstand haben, werden grundsätzlich **von keiner Gruppenfreistellungsverordnung geregelt**. Im Hinblick auf Markenlizenzen bestehen allerdings zwei Ausnahmen im Rahmen der GVO Technologietransfer²¹² und der GVO Vertikal.²¹³ Ohne GVO muss für jeden Einzelfall nach der Lehre vom spezifischen Schutzgegenstand eine Interessenabwägung zwischen dem Inhalt des Zeichenrechts und den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen stattfinden. Es genügt für eine kartellrechtliche Zulässigkeit seit Aufgabe der Inhaltstheorie²¹⁴ für sich genommen nicht, dass das Zeichenrecht eine entsprechende beschränkte Abrede, z. B. Lizenzierung, erlaubt.²¹⁵

Die Hauptfunktion des Markenrechts (§§ 3, 4 MarkenG, Art. 1, 4 UMG), die seinen **spezifischen Schutzgegenstand** ausmacht, liegt darin, dem Verbraucher die Identität des Waren- oder Dienstleistungsursprungs zu garantieren.²¹⁶ Das ist die sogenannte **Herkunftsfunktion** (auch Zuordnungs- und Wiedererkennungsfunktion). Daneben steht die sogenannte **Qualitätsfunktion**. Diese Funktion bezieht sich auf die Gewähr, dass alle gekennzeichneten Erzeugnisse unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt wurden, das auch für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann.²¹⁷ Das ergibt sich im deutschen Markenrecht – das auf einer EU-Richtlinie beruht²¹⁸ – aus den nahezu unbegrenzten Möglichkeiten, Lizenzen zur Benutzung der Marke an Dritte zu vergeben (§ 30 Abs. 1 MarkenG). Als dritte Markenfunktion ist heute die **Werbefunktion** (auch Invest-

²⁰⁹ Dazu unten Rn. 96 ff.

²¹⁰ BGH WuW/E DE-R 1267, 1269 f. – *Nachbaugebühr*.

²¹¹ BKartA TB 2005/2006, S. 67 f. (zw.).

²¹² Dazu Rn. 60.

²¹³ Dazu Rn. 60.

²¹⁴ Oben Rn. 10.

²¹⁵ Zutreffend *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 Rn. 84; anders möglicherweise der Inhaltstheorie folgend OLG Hamburg WuW/E OLG 4429, 4432 – *Diamant-Zeichen*.

²¹⁶ EuGH GRUR 2010, 445 Tz. 77 – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2004, 428, 429 f. (Tz. 30) – *Henkel*; EuGH GRUR 2002, 804, 806 (Tz. 29) – *Philips*; EuGH Slg. 1974, 1183 – *Centrapharm/Winthrop*; EuGH Slg. 1990 I, 3711 – *Hag*; EuGH Slg. 1994 I, 2789 – *Ideal Standard*; BGH GRUR 2010, 835, Tz. 23 – *POWER BALL*; OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 398 (juris) – *FC St. Pauli II*; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 34 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663.

²¹⁷ EuGH Slg. 1994 I, 2789 – *Ideal Standard*; OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 398 (juris) – *FC St. Pauli II*; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 34 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663; *Fezer*, Markenrecht, Einl. D Rn. 1 ff.; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht – Markenrecht, Rn. 1060 ff.

²¹⁸ EU-Richtlinie 89/104/EWG ABl. Nr. C/1 vom 31.12.1988 = Bl. für PMZ 1989, 189; be-richtigt in ABl. 1989 Nr. L 159 vom 10.6.1989, 60 = Bl. für PMZ 1989, 350.

mentfunktion) anerkannt.²¹⁹ Die Werbefunktion der Marke meint einen Schutz der Marke auf Grund ihrer Werbewirksamkeit unabhängig davon, ob der Kunde über Herkunft oder Qualität getäuscht wird. Schutzgut ist damit nicht nur die Unterscheidungskraft einer Marke, sondern auch deren Suggestiv- und Attraktionskraft.²²⁰ Auf der Basis dieses spezifischen Gegenstandes des Kennzeichenrechts lassen sich einige generalisierungsfähige Aussagen zur kartellrechtlichen Behandlung treffen. Die neue **Gewährleistungsmarke** (§ 106a MarkenG, Art. 83 UMV) erfüllt lediglich eine Qualitätsfunktion, keine Herkunftsfunktion.

- 58 Aus der Anerkennung der vorgenannten Funktionen ergibt sich zunächst, dass jede Art von **Beschränkungen, die erforderlich sind**, um den vorgenannten Markenfunktionen Rechnung zu tragen, grundsätzlich zulässig und **nicht wettbewerbsbeschränkend gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV** (§ 1 GWB) sind.²²¹ Für andere Beschränkungen, die zwar eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV (§ 1 GWB) darstellen, aber zumindest in Zusammenhang mit dem spezifischen Schutzgegenstand stehen, dürfte überdies im Regelfall eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausscheiden, so dass bei Prüfung einer **bloß bewirkten Wettbewerbsbeschränkung** zumindest die **Spürbarkeit** zu untersuchen ist.²²² Diese kann fehlen, wenn die Marke für den Marktzutritt keine Bedeutung hat.²²³ Im Hinblick auf eine **Einzelfreistellung** (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB) ist für die kartellrechtliche Analyse zu bedenken, dass zwar aufgrund ihres Ausschließlichkeitscharakters Marken eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung immanent sein mag, sie umgekehrt aber auch zur Förderung des Wettbewerbs insbesondere im Hinblick auf Innovationen beitragen können; das Markenrecht ist seinerseits ein wesentlicher Bestandteil des Systems des unverfälschten Wettbewerbs.²²⁴
- 59 Nachfolgend wird auf Lizenzen (an Marken und geschäftlichen Bezeichnungen), Abgrenzungsvereinbarungen und Kollektivmarken eingegangen. Zu **Markenübertragungen (einschließlich Markenspaltungen)**,²²⁵ **Nebenabreden** bei Unternehmensveräußerungen²²⁶ und **Zulieferkonstellationen**²²⁷ siehe die separate Kommentierung oben.
- 60 **aa) Markenlizenzen.** Markenlizenzen sind grundsätzlich **nicht durch eine GVO gruppenfreigestellt**. Jedoch sind zwei Ausnahmen zu beachten. Die **erste Ausnahme** bildet **Art. 2 Abs. 3 GVO Technologietransfer**. Danach ist auch eine Markenlizenz im Rahmen einer Technologietransfervereinbarung (im Sinne des Art. 1 Abs. 1 lit. c) GVO Technologietransfer!) freigestellt, sofern sich die Markenlizenz unmittelbar auf die Produk-

²¹⁹ EuGH GRUR 2010, 445 Tz. 77 – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2010, 841, Tz 26 ff. – *Portakabin/Prinakabin*; EuGH GRUR 2009, 756 Tz. 58, 62 ff. – *Oréal/Bellure*; RegE zu § 30 MarkenG, Bundestagsdrucksache 12/6581, S. 86; siehe ferner OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 398 (juris) – *FC St. Pauli II*; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 34 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663; *Harte-Bavendamm/Scheller* WRP 1994, 571, 571; *Klaka* in: FS Traub, 1994, S. 188; *Ingerl/Rohnke* NJW 1994, 1247, 1251; *Jan Bernd Nordemann*, DZWir 1995, 315, 317; *Fezer*, Markenrecht, Einl. D 9; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht – Markenrecht, Rn. 1061 m.w.N.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 121; *Wolf* in: Münchener Kommentar Einl. Rn. 1277.

²²⁰ *Schweer*, Die erste Markenrechtsrichtlinie der EG und der Rechtsschutz bekannter Marken, 1992, S. 34 ff.; *Henning/Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher, Band I, 1988, S. 241 ff.; *Kouker* WRP 1994, 444, 447; *Jan Bernd Nordemann*, DZWir 1995, 315, 317.

²²¹ OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 33 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663; *Kreutzmann* WRP 2006, 453; *Fezer*, Markenrecht, § 30 MarkenG Rdnr. 61 f.; *Wolf* in: Münchener Kommentar Einl. Rn. 1278.

²²² Siehe Art. 101 Abs. 1 Rn. 271. Zur Spürbarkeit allgemein oben Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 288 ff.

²²³ *Harte-Bavendamm/von Bomhard* GRUR 1998, 530, 533, unter Berufung auf Europäische Kommission ABl. 1978 L 60, S. 19, 24 f. – *Pennys*.

²²⁴ OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 33 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663, unter Berufung auf EuGH GRUR 2003, 55, 57 – *Arsenal*, und EuGH GRUR 1998, 922, 924 – *Canon*.

²²⁵ Rn. 20 f.

²²⁶ Rn. 29.

²²⁷ Rn. 30 ff.

tion oder den Verkauf der Vertragsprodukte bezieht. Die Freistellung soll Markenlizenzen privilegieren, die dem Lizenznehmer ermöglichen, die lizenzierten Technologierechte besser zu verwerten. Eine Markenlizenz kann insoweit insbesondere über die Herkunfts- und Qualitätsfunktion der Marke erreichen, dass der Verbraucher Herkunft und Qualität der lizenzierten Technologie eindeutig zuordnen kann. Die GVO Technologietransfer ist in diesem Zusammenhang selbst dann anwendbar, wenn die Parteien mehr an der Nutzung des Markenzeichens als an der Nutzung der Technologie interessiert sind.²²⁸ Die **zweite Ausnahme** gilt im Hinblick auf die **GVO Vertikal**: Wenn eine Markenlizenz sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen bezieht und nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung darstellt, fällt die Lizenzvereinbarung unter die GVO Vertikal (Art. 2 Abs. 3 GVO Vertikal).²²⁹

Greifen diese Ausnahmefälle nicht, muss im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw 61 des § 1 GWB für jeden Einzelfall nach der Lehre vom spezifischen Schutzgegenstand eine **Interessenabwägung zwischen dem spezifischen Schutzgegenstand** des Kennzeichensrechts einerseits **und den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen** andererseits stattfinden. Als spezifischer Schutzgegenstand sind Herkunfts-, Qualitäts- und (bei bekannten Marken) die Werbefunktion zu berücksichtigen.²³⁰ Danach hat der Markeninhaber bei Markenlizenzen auch kartellrechtlich sehr weitgehende Befugnisse, die Herstellung und den Vertrieb der mit der Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu organisieren.

Tendenziell kartellrechtsfest ist zunächst die **sachlich ausschließliche Markenlizenz**.²³¹ Der Markeninhaber kann eine Markenlizenz beschränkt auf ein ganz bestimmtes Produkt oder eine ganz bestimmte Leistung erteilen. Das gehört zum Inhalt des Markenrechts und ist nach § 30 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, Art. 22 UMV mit dinglicher Wirkung vom Markenrecht abspaltbar. Eine solche sachliche Ausschließlichkeit erzeugt Wettbewerbsbeschränkungen in zwei Richtungen: Zunächst schließt sie den Markeninhaber (Lizenzgeber) selbst von der Nutzung aus. Außerdem ist es für den Lizenznehmer unmöglich, unter Verwendung der Marke mit dem Lizenzgeber im Hinblick auf andere Waren oder Dienstleistungen in Wettbewerb zu treten, sofern die Marke dafür auch Schutz gewährt. Herkunfts- und Qualitätsfunktion erfordern zwingend solche Beschränkungsmöglichkeiten, so dass sie grundsätzlich kartellrechtsfest sind.²³²

Auch ein **ausschließlicher Markennießbrauch** ist grundsätzlich kartellrechtsneutral.²³³ Das Gleiche gilt für **Sublizenz- und Übertragungsverbote**.²³⁴ Kartellrechtsfest können außerdem alle Vorgaben im Zusammenhang mit der **Qualitätssicherung** sein, also Vorgaben für die Produktqualität und Zusammensetzung²³⁵ einschließlich Kontrollrechten, soweit sie notwendig sind, um eine gleich bleibende Warenqualität zu gewährleis-

²²⁸ Europäische Kommission, Leitlinien Technologietransfer, Tz. 47, unter Hinweis in Fn. 35 darauf, dass dies eine Änderung im Vergleich zur früheren Kommissionspraxis darstellt: „Nunmehr könnte die Technologietransfer-Vereinbarung, die Gegenstand der Entscheidung der Kommission in der Sache *Moosehead/Whitbread* (ABl. L 100 vom 20.4.1990, S. 32) war, unter die TT- GVO fallen; siehe insbesondere Erwägungsgrund 16 der Entscheidung in dieser Sache.“

²²⁹ Siehe die separate Kommentierung zur GVO Vertikal.

²³⁰ Siehe auch oben Rn. 57.

²³¹ Siehe dazu auch allgemein oben Rn. 21.

²³² Europäische Kommission ABl. 1990 L 100/3, 35 – *Mousehead/Whitbread*; OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 404 (juris) – *FC St. Pauli II*.

²³³ OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 404 (juris) – *FC St. Pauli II*.

²³⁴ *Ullrich/Heinemann* in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, GRUR B Rn. 32; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122; *Wolf* in: Münchener Kommentar Einl. G. Rn. 1354.

²³⁵ Europäische Kommission ABl. 1998 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campari* = GRUR Int. 1978, 371, 374; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 35 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663; *Jestaedt* in: Langen/Bunte, Nach Art. 101 Rn. 1264; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122.

ten.²³⁶ Bezugspflichten im Hinblick auf bestimmte Rohstoffe vom Lizenzgeber werden aber nur akzeptiert, wenn eine besondere (aus den Markenfunktionen resultierende) Rechtfertigung gegeben ist. Diese kann sich aus der Gewährleistung der Warenqualität ergeben, z. B. bei Zutaten für eine geheime Rezeptur.²³⁷ Auch länderspezifische Qualitätsdifferenzierungen sind zulässig; sie können sogar Belieferungsverbote für bestimmte Territorien, für die andere Qualitätsstandards gelten, rechtfertigen.²³⁸ Auch Wettbewerbsbeschränkungen, die die Markenlizenz auf einen bestimmten **Produktionsbetrieb oder bestimmte Produktionsstätten** festlegen, sollten danach regelmäßig schon wegen Gewährleistung der Herkunftsfunktion mit Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB vereinbar sein. Etwas anderes gilt nur, wenn Produktionsorte ausgeschlossen werden, an denen kein Markenschutz besteht.²³⁹ Die Markenbenutzung darf jedenfalls auf bestimmte Produktionsstätten beschränkt werden, um einen (marktverwirrenden) Parallelimport von anderen Produktionsstätten mit anderen Produktionsqualitäten unter einer identischen Marke auszuschließen.²⁴⁰ Als „Produktionsstätte“ kann auch das Internet allein festgelegt, eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden, soweit dies wegen der Qualitätsfunktion der Marke gerechtfertigt ist; der Internetvertrieb kann insoweit ausgeschlossen werden, als dies die Werbefunktion z. B. einer berühmten Marke notwendig macht.²⁴¹ Für Markenlizenzen, die sich auf die Nutzung und Verbreitung von Waren und Dienstleistungen beziehen und die nicht den Hauptgegenstand einer Vertikalvereinbarung bilden, gelten allerdings kartellrechtlich etwas strengere Regelungen nach der GVO Vertikal.²⁴² Nach Erstverbreitung und damit einhergehender Erschöpfung greifen ohnehin die Regelungen der GVO Vertikal zum Internetvertrieb; allerdings kann die Erschöpfung insbesondere wegen Verletzung der Werbefunktion der Marke ausgeschlossen sein, so dass dann auch **bestimmte (Online- oder physische) Vertriebsstätten** insbesondere in selektiven Vertriebssystemen ausgeschlossen werden können.²⁴³

Auch **Ausübungspflichten** erscheinen als im Regelfall durch den spezifischen Schutzgegenstand gerechtfertigt,²⁴⁴ weil dadurch der Wert der Marke gesteigert und außerdem die Marke vor der Lösungsreife durch Nichtbenutzung geschützt werden kann. **Mengenbeschränkungen** sollten entgegen einer älteren Auffassung der Kommission²⁴⁵ ebenfalls zulässig sein, sofern markenrechtliche Interessen, etwa Reputationspflege, eine Begrenzung des Angebotes erfordern.²⁴⁶ Auch **Vorgaben für die Werbung und für die Verpackung** sind zulässig, sofern sie unmittelbar oder mittelbar die Benutzung oder Reputation

²³⁶ *Loewenheim* GRUR 1982, 46, 470; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122; *Wolf* in: Münchener Kommentar Einl. G. Rn. 1354.

²³⁷ Europäische Kommission ABl. 1978 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campari* = GRUR Int. 1978, 371, 374; Europäische Kommission GRUR Int. 1986, 116, 122 – *Velcro/Alpix*; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122.

²³⁸ Europäische Kommission ABl. 1978 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campari* = GRUR Int. 1978, 371.

²³⁹ EuGH v. 25.2.1986, C-193/83 Tz. 85 – *Windsufing International* (zu Patenten); siehe auch Rn. 25 oben.

²⁴⁰ OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 36 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663.

²⁴¹ *Jan Bernd Nordemann* in: Bröcker/Czychowski/Schäfer, Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 12 Rn. 137. Insbesondere kommt hier der Ausschluss von Internetplattformen in Betracht, die das Markenimage gefährden.

²⁴² Siehe unten Rn. 62 sowie zum Internetvertrieb nach der GVO Vertikal eingehend Art. 4 GVO Vertikal Rn. 252 ff.

²⁴³ Eingehend unten Rn. 62 und die Kommentierung zu Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO.

²⁴⁴ Europäische Kommission ABl. 1978 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campari* = GRUR Int. 1978, 371; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 4011 Tz. 35 (juris) – *Kalksteinprodukte* = WRP 2013, 1663; *Fezer*, Markenrecht, § 30 MarkenG Rn. 71.

²⁴⁵ Europäische Kommission ABl. 1978 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campari* = GRUR Int. 1978, 371.

²⁴⁶ Wie hier: *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122.

der Marke betreffen, darüber hinaus eher nicht.²⁴⁷ Unproblematisch sind die **Anerkennung der Inhaberschaft des Lizenzgebers** an der Marke²⁴⁸ sowie seine Verpflichtung, die Marke über den gesamten Lizenzzeitraum aufrechtzuerhalten.

Wettbewerbsverbote für den Lizenznehmer, Waren oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Lizenzgebers nicht zu vertreiben, sind jedenfalls nicht durch den spezifischen Schutzgegenstand des Markenrechts privilegiert. Sie richten sich nach den allgemeinen Regeln.²⁴⁹ Auch **Nichtangriffsvereinbarungen** sind eigentlich nicht vom spezifischen Schutzgegenstand des Markenrechts gerechtfertigt, werden jedoch im Regelfall als eine nicht spürbare Wettbewerbsbeschränkung angesehen, weil dem Lizenznehmer regelmäßig ein Ausweichen auf eine andere Marke offensteht. Etwas anderes mag nur gelten, wenn die Existenz einer Marke eine spürbare Marktzutrittschranke bildet,²⁵⁰ z.B. bei einer Marke, die wegen ihrer Bekanntheit möglicherweise die Grenze zur generischen Bezeichnung überschritten hat (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG).

Ferner gilt die regelmäßige kartellrechtliche Privilegierung für **geografisch ausschließliche Markenlizenzen**.²⁵¹ Die gegenteilige ältere Auffassung der Europäischen Kommission, die eine einfache Gebietsausschließlichkeit als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert,²⁵² ist wenig überzeugend. Die Gebietsausschließlichkeit gewährleistet Herkunfts- sowie Qualitätsfunktion, gehört insoweit zum Inhalt des Markenrechts und ist mit dinglicher Wirkung abspaltbar, § 30 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG, Art. 22 Abs. 1 UMV. Privilegiert ist auch die aus der ausschließlichen Lizenzerteilung folgende Beschränkung des Lizenzgebers, selbst nicht in dem Gebiet tätig zu sein.²⁵³ Insoweit ist der Meinung zu widersprechen, dass die Ausschließlichkeitswirkung gegenüber dem Lizenzgeber nicht zum spezifischen Schutzgegenstand des Markenrechts gehört.²⁵⁴ Die vom Markenrecht gewährte Ausschließlichkeit und damit sein spezifischer Schutzgegenstand beinhaltet wie selbstverständlich auch die Möglichkeit einer Ausschließlichkeit gegenüber dem Lizenzgeber.²⁵⁵ Es besteht auch die Möglichkeit für den Lizenzgeber, eine nur auf bestimmte EU-Staaten begrenzte Verbreitungslizenz zu gewähren.²⁵⁶

Allerdings gelten die Privilegierungen der vorerwähnten geografischen Lizenznehmer- und Lizenzgeberbeschränkungen nicht über das erstmalige Inverkehrbringen mit Zustimmung des Markeninhabers hinaus. Sobald ein mit einer Marke versehenes Produkt einmal mit Zustimmung des Markeninhabers in Verkehr gelangt ist, ist das **Markenrecht er-**

²⁴⁷ Vgl. auch *Loewenheim*, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 1970, S. 411 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122, *Fezer*, Markenrecht, § 30 MarkenG Rn. 28 m. w. N.

²⁴⁸ Europäische Kommission ABl. vom 23.3.1990 L 100, S. 32 – *Mousehead/Whitbread* = GRUR Int. 1990, 626.

²⁴⁹ Siehe hierzu z. B. Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 192 ff. und die separate Kommentierung zu Art. 5 GVO Vertikal. Siehe ferner zu einem Wettbewerbsverbot in einem ausschließlichen Markennießbrauchsvertrag OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 406 (juris) – *FC St. Pauli II*: Kein längeres Wettbewerbsverbot als 10 Jahre.

²⁵⁰ Europäische Kommission ABl. 1978 L 70/69 vom 23.12.1977 – *Campani* = GRUR Int. 1978, 371; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122.

²⁵¹ OLG Hamburg WuW/E OLG 4429, 4432 – *Diamant-Zeichen*; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 Rn. 74, 121 f.; *Sack* WRP 1999, 595; *Niebel* WRP 2003, 482, 486. Allgemein zu gebietsausschließlichen Lizenzen oben Rn. 21.

²⁵² Europäische Kommission ABl. vom 23.3.1990 L 100, S. 32 – *Mousehead/Whitbread* = GRUR Int. 1990, 626; wohl zustimmend *Christoph*, S. 111 f. Sehr kritisch wie hier *Niebel* WRP 2003, 482, 486.

²⁵³ Wie hier *Niebel* WRP 2003, 482, 486; *Sack* RIW 1997, 449, 454 f.

²⁵⁴ So aber – jedoch nicht speziell für Markenrechte – *Christoph*, S. 112 mwN, insbesondere unter Berufung auf Europäische Kommission WuW/E EV 623, 624 – *AOIP/Beyard*; *Axster* GRUR 1985, 581, 582. Wie hier a. A. OLG Frankfurt WuE/E DE-R 2018, 2021 – *Harry Potter*.

²⁵⁵ Statt aller *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 Rn. 16. Vgl. auch § 31 Abs. 3 Satz 2 UrhG, der diese Selbstverständlichkeit für das Urheberrecht sogar ausdrücklich anspricht.

²⁵⁶ OLG Frankfurt WuE/E DE-R 2018, 2021 – *Harry Potter*.

schöpft, weil dann der Markeninhaber die hinreichende Möglichkeit hatte, auf die Erfüllung der Herkunfts- und Qualitätsfunktion zu achten. Jedenfalls innerhalb der EU und auch im gesamten Gebiet des EWR kann das mit der Marke gekennzeichnete Produkt ohne gebietsmäßige Beschränkung zirkulieren (§ 24 MarkenG, Art. 15 UMV).²⁵⁷ Die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes auch für Fälle, in denen die Erschöpfung den Gebietsschutz aufhebt, verletzt Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB; eine Freistellung scheidet regelmäßig aus.²⁵⁸ Allenfalls dann kommt eine Freistellung in Betracht, wenn der Gebietsschutz entsprechend den Leitgedanken aus Art. 4 GVO Vertikal gelockert vereinbart wird,²⁵⁹ vor allem im Stadium der Markterschließung.²⁶⁰ Auch kann der Effizienzeinwand dazu führen, dass eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB zu gewähren ist.²⁶¹ Ausnahmsweise kann jedoch die Erschöpfungswirkung entfallen, wenn berechnete Gründe des Markeninhabers gegeben sind (§ 24 Abs. 2 MarkenG; Art. 15 Abs. 2 UMV). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das bei Rufschädigung der Marke (Beeinträchtigung der Werbefunktion) denkbar.²⁶² Die Prüfung ist streng; es muss eine erhebliche Schädigung des Rufes der (bekanntesten) Marke im konkreten Fall drohen.²⁶³ Bei einem Luxusimage kann deshalb im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems der Vertrieb über bestimmte (sachliche gerechtfertigte) Online- oder physische Ladengeschäfte ohne Verstoß gegen Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO untersagt werden,²⁶⁴ so dass bei dem Vertrieb über solche Verkaufsstätten eine Erschöpfung ausscheidet.²⁶⁵ Pauschale Verbote sind demgegenüber kartellrechtlich zurückhaltend zu behandeln.²⁶⁶

Für ein **unkörperliches Inverkehrbringen** mit Zustimmung des Markeninhabers gelten andere Grundsätze. Jedenfalls ist eine Parallelität der urheberrechtlichen und markenrechtlichen Erschöpfung wünschenswert. Dann ist aber im Einklang mit der urheberrechtlichen Erschöpfung davon auszugehen, dass bei unkörperlichem Inverkehrbringen eine Erschöpfungswirkung nicht eintritt.²⁶⁷ Das gilt nicht nur für temporäre Nutzungen bzw. für

²⁵⁷ EuGH GRUR Int. 1998, 188 = WRP 1998, 851 = NJW 1998, 3185 – *Silhouette*; Joller GRUR Int. 1998, 751 ff.; Fezer GRUR 1999, 99, 105; Albert/Heath GRUR 1998, 642; Loewenheim GRUR 1997, 307; Beier GRUR Int. 1989, 603.

²⁵⁸ EuGH Slg. 1966, 390 f. – *Grundig/Consten* = GRUR Int. 1966, 580; Europäische Kommission ABl. vom 23.3.1990 L 100, S. 32 – *Mousehead/Whitbread* = GRUR Int. 1990, 626; Niebel WRP 2003, 482, 486.

²⁵⁹ Niebel WRP 2003, 482, 490.

²⁶⁰ Europäische Kommission ABl. vom 23.3.1990 L 100, S. 32 – *Mousehead/Whitbread* = GRUR Int. 1990, 626.

²⁶¹ Auf EU-Ebene entsteht dann allerdings regelmäßig ein Zielkonflikt mit dem Integrationsziel Binnenmarkt, vgl. Heinemann GRUR 2008, 949, 951.

²⁶² EuGH GRUR Int. 1998, 140 Tz. 43 – *Dior/Evora*.

²⁶³ EuGH GRUR Int. 1998, 140 Tz. 45 ff. – *Dior/Evora*; OLG München GRUR-RR 2019, 259 Tz. 26 – *SISLEY*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 29 f. – *Japanischer Kosmetikhersteller*.

²⁶⁴ Siehe EuGH GRUR 2018, 211 Tz. 25 ff. – *Coty Germany*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 30 – *Japanischer Kosmetikhersteller*; OLG Frankfurt GRUR 2018, 1171 Tz. 44 ff. – *Luxusparfüm im Internet II*. Außerhalb des Bereichs der Luxusgüter genauso für anspruchsvolle, qualitativ hochwertige und höherpreisige Endprodukte: OLG Hamburg GRUR 2018, 750 juris Rn. 33 ff. – *Nahrungsergänzungsmittel bei eBay*. Siehe zum Ganzen ausführlich die Kommentierung zu Art. 4 lit b) und c) Vertikal-GVO.

²⁶⁵ OLG München GRUR-RR 2019, 259 Tz. 24 ff. – *SISLEY*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 25 ff. – *Japanischer Kosmetikhersteller*; Wölfl, Münchener Kommentar, Einl. Rn 1291.

²⁶⁶ BGH NZKart 2018, 96 Tz. 6, 23 – *Preisvergleichsmaschinenverbot II, Vertriebssystem 1.0.*; OLG München v. 20.10.2016, U 2267/16 Kart, juris Tz. 11. Siehe zum Ganzen ausführlich die Kommentierung zu Art. 4 lit b) und c) Vertikal-GVO.

²⁶⁷ BGH GRUR 2000, 699, 701 – *Kabelweitersendung*; ferner EuGH Slg. 1980, 881 – *Coditel/Ciné Vög I*; EuGH EuGH v. 6.10.1982 C-262/81 – *Coditel/Ciné-Vög Films II* = Slg. 1982, 3381 = NJW 1983, 1255, 1256; Europäische Kommission ABl. 1989 L 284/36 – *Filmeinkauf*; Bergmann in: FS Erdmann, S. 17, 27. *Dustmann/Engels* in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 19a UrhG Rn. 28 ff. Allerdings gilt für Software unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Erschöpfung bei Inver-

die Sendung von Werken im Internet, sondern auch für mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellte Vervielfältigungen von Produkten, z. B. bei Download aus dem Internet.

Bei Inverkehrbringen **außerhalb des EWR** ist jede Erschöpfung abzulehnen,²⁶⁸ so dass außerhalb der EU ohne Konflikt mit Art. 101 Abs. 1 AEUV gebietsmäßige Aufteilungen der Marken auch nach Inverkehrbringen der Ware mit Zustimmung des Markeninhabers erfolgen können. Damit wird ein Investitionsschutz durch Distributionssysteme innerhalb der EU und des EWR bei Erschließung von Drittlandsmärkten anerkannt. Insbesondere kann der Markeninhaber den Vertrieb der mit der Marke gekennzeichneten Waren in die EU oder den EWR verbieten. Zu Recht weist *Fezer*²⁶⁹ allerdings auf einige Einschränkungen für Markenlizenzverträge im Zusammenhang mit einer EuGH-Entscheidung hin.²⁷⁰ Zumindest muss geprüft werden, ob Vertragsklauseln, die zur Abschottung von Drittmarkten führen, nicht auch eine Wettbewerbsbeschränkung in der EU und im EWR bewirken. Kartellrechtlich bedenklich können marktaufteilende Vertragsklauseln unter drei Voraussetzungen sein: (1) Der Gemeinschaftsmarkt der betreffenden Erzeugnisse wird durch eine oligopolistische Struktur gekennzeichnet, (2) es besteht ein spürbarer Unterschied zwischen den innerhalb und den außerhalb der Gemeinschaft geforderten Preisen der Markenwaren, und (3) der innergemeinschaftliche Handel wird spürbar beeinträchtigt, weil die zur Ausfuhr auf Märkte außerhalb der Gemeinschaft bestimmten Erzeugnisse nicht nur einen unbedeutenden Prozentsatz des Gesamtmarktes dieser Erzeugnisse im Gebiet der EU und des EWR ausmachen.²⁷¹

Die Verpflichtung zur Zahlung von **Lizenzgebühren** ist demgegenüber grundsätzlich 63 kartellrechtlich neutral und stellt grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung (Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB) dar.²⁷² Das gilt auch für Mindestlizenzgebühren.²⁷³ Anders kann es sein bei absatzbezogenen Vergütungen, die außerhalb des sachlichen oder räumlichen Schutzgegenstandes liegen, also z. B. bei Lizenzgebühren auch für Territorien, in denen nie Markenschutz bestand oder in denen er weggefallen ist.²⁷⁴

Vertikale Preisbindungen der nachgelagerten Marktstufe können im Hinblick auf den spezifischen Schutzgegenstand des Markenrechts grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden.²⁷⁵ Auch in vertikaler Richtung kann allerdings die grundsätzliche Festlegung, dass der Lizenznehmer Dritte nur entgeltlich beliefern darf (ohne Festschreibung der konkreten Höhe), dem spezifischen Schutzgegenstand entsprechen, wenn damit dem berechtigten Interesse des Lizenzgebers Rechnung getragen wird, sich über Lizenzgebühren zu refinanzieren.²⁷⁶ Unklar ist, ob **vertikale Preisbindungen** zum **Schutz der Marke vor Rufschädigung mittels „Verramschung“** ausnahmsweise zulässig sind. Grundsätzlich

kehrbringen online: EuGH GRUR 2012, 904 – *UsedSoft/Oracle*; dazu *Czychowski* in: Fromm/Nordemann, aaO., § 69c Rn. 32 ff. mwN.; *Dustmann/Engels* in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 19a UrhG Rn. 29. Siehe aber das derzeit anhängige EuGH-Vorlageverfahren C-263/18 – *Tom Kabinet*, im Hinblick auf die Erschöpfung bei E-Books.

²⁶⁸ Vgl. EuGH GRUR Int. 1998, 188 = WRP 1998, 851 = NJW 1998, 3185 – *Silhouette*; eingehend *Fezer*, Markenrecht, § 24 Rn. 189.

²⁶⁹ *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 24 MarkenG Rn. 189.

²⁷⁰ EuGH, C-306/96, Slg. 1998, I-1997 = GRUR Int 1998, 598 – *Javico/Yves Saint Laurent*.

²⁷¹ *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 24 MarkenG Rn. 189; dem folgend: *J. B. Nordemann*, FS *Fezer*, S. 275.

²⁷² Siehe oben Rn. 26. Außerdem: OLG Hamburg WuW/E DE-R 4443 Tz. 405 (juris) – *FC St. Pauli II*; *Fezer*, Markenrecht, § 30 MarkenG Rn. 72.

²⁷³ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 30 MarkenG Rn. 122; *Fezer*, Markenrecht, § 30 Rn. 72. Siehe dazu auch oben Rn. 26.

²⁷⁴ Eingehend oben Rn. 18, 26.

²⁷⁵ Eingehend oben Rn. 26. Ferner *Ellger* in: Immenga/Mestmäcker, EU-WettbR, III. Abschnitt (5. Auflage), Art. 101 Abs. 3 Rn. 202; *Fezer*, Markenrecht, § 30 Rn. 79.

²⁷⁶ OLG Hamburg v. 27.7.2017, Az. 3 U 220/15 Kart juris Rn. 198 ff. – *DIN-Normen* dort für das berechnete Interesse von urheberrechtlichen Verwertern. Auch im Markenrecht sind solche Konstellationen denkbar.

sind vertikale Preisbindungen Kernbeschränkungen (siehe Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO) und stellen – auch in Markenlizenzverträgen – eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Allerdings ist auch zu bedenken, dass es zu den anerkannten Markenfunktionen bei bekannten Marken gehört, dass sie eine schützenswerte Suggestiv- und Attraktionskraft entwickelt haben (sog. Werbefunktion). Diese Suggestiv- und Attraktionskraft kann aber gefährdet sein, wenn Produkte mit der Marke verramscht werden; das kann insbesondere das Luxusimage von Marken beeinträchtigen. Der Schutz der Marke vor Rufschädigung ist ein durch die Rechtsprechung anerkanntes Interesse insbesondere des Markenherstellers von bekannten Luxusprodukten.²⁷⁷ Allerdings muss eine erhebliche Schädigung des Rufes der (bekannten) Marke im konkreten Fall drohen,²⁷⁸ so dass auch die Verramschung im konkreten Einzelfall diese strenge Voraussetzung erfüllen muss. In der Literatur wird in diesen Konstellationen gefordert, dass vertikale Preisbindungen bei bekannten Marken ausnahmsweise denkbar sein sollten.²⁷⁹ Die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen gehen darauf aber nicht ein. Auch der EuGH hat sich hierzu noch nicht klar geäußert, allerdings betont, dass es im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV legitim sei, wenn der Markenartikelhersteller die Aufrechterhaltung eines „gewissen Preisniveaus“ anstrebe.²⁸⁰ Jedenfalls sollte unter den folgenden Voraussetzungen eine vertikale Preisbindung bei bekannten Marken ausnahmsweise möglich sein: Wer vertikal Preise bindet und berechnete Interessen zum Schutz seiner Werbefunktion verfolgt, sollte wegen des Spannungsverhältnisses zwischen Kartell- und Markenrecht allenfalls noch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken (und nicht mehr bezwecken), so dass insbesondere eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB denkbar wird. Für die Einzelfreistellung kann eine vertikale Preisbindung einen Effizienzgewinn darstellen. Als Verbraucherbeteiligung kommt die Erhaltung der Werbefunktion der (bekannten) Marke in Betracht. Für die Abnehmer liegt der Vorteil darin, dass sie höhere Umsätze und Gewinne mit dem Markenprodukt erzielen können.²⁸¹ Allerdings ist die Unerlässlichkeit sehr streng zu prüfen; nur wenn keine andere Maßnahme denkbar ist, die Marke vor Rufschädigung zu bewahren, kommt eine Preisbindung in Betracht. Eine mildere Maßnahme ist beispielsweise dadurch denkbar, dass bestimmte Verkaufsstätten ohne Verstoß gegen Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO untersagt werden,²⁸² so dass bei Vertrieb über solche Verkaufsstätten eine Erschöpfung ausscheidet.²⁸³ Außerdem muss der Ruf so schützenswert sein, dass eine Preisbindung als Kernbeschränkung des Wettbewerbs angemessen ist; letztlich

²⁷⁷ Siehe EuGH GRUR 2018, 211 Tz. 25 ff. – *Coty Germany*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 30 – *Japanischer Kosmetikerhersteller*; OLG Frankfurt GRUR 2018, 1171 Tz. 44 ff. – *Luxusparfüm im Internet II*. Europäische Kommission, ABl. v. 19.8.1992, L 236/11 Rn. 5 – *Givenchy*; best. durch EuG v. 12.12.1996, T-88/92 = Slg. 1996 II-1961 Rn. 114: „Es liegt in der Tat im Interesse der Verbraucher von Luxuskosmetika, dass das Luxusimage solcher Produkte, ohne das sie nicht mehr als Luxusprodukte angesehen würden, nicht beeinträchtigt wird“. Siehe zum Ganzen ausführlich die Kommentierung zu Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO.

²⁷⁸ EuGH GRUR Int. 1998, 140 Tz. 45 ff. – *Dior/Evora*; OLG München GRUR-RR 2019, 259 Tz. 26 – *SISLEY*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 29 f. – *Japanischer Kosmetikerhersteller*.

²⁷⁹ Dafür: *Lettl WRP* 2011, 710, 735 Rn. 133 ff.; *Hermanns WuW* 2010, 1103 ff.; *Kapp WuW* 2011, 38.

²⁸⁰ EuGH v. 25.10.1977, C-26/76 Tz. 21 – *Metro/SABA*.

²⁸¹ *Lettl WRP* 2011, 710, 735 Rn. 135.

²⁸² EuGH GRUR 2018, 211 Tz. 25 ff. – *Coty Germany*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 30 – *Japanischer Kosmetikerhersteller*; OLG Frankfurt GRUR 2018, 1171 Tz. 44 ff. – *Luxusparfüm im Internet II*. Außerhalb des Bereichs der Luxusgüter genauso für anspruchsvolle, qualitativ hochwertige und höherpreisige Endprodukte: OLG Hamburg GRUR 2018, 750 juris Rn. 33 ff. – *Nahrungsergänzungsmittel bei eBay*. Siehe zum Ganzen ausführlich die Kommentierung zu Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO.

²⁸³ OLG Düsseldorf GRUR-RR 2018, 335 Tz. 25 ff. – *Japanischer Kosmetikerhersteller*; Wolf, Münchener Kommentar, Einl. Rn 1291.