

Lars Querndt

# Selektivvertrieb und eBay-Versteigerungen

Die kartellrechtliche Zulässigkeit des eBay-Ausschlusses aus dem Selektivvertrieb in Vertragshändlerverträgen und Markenlizenzen unter besonderer Berücksichtigung des Markenrechts

19

**Schriften zum Medien-, Urheber-  
und Wirtschaftsrecht**

Hrsg. v. Georgios Gounalakis

# Einführung

Die Bedeutung des Internets als Vertriebskanal ist weiter auf dem Vormarsch und reformiert die herkömmlichen Vertriebsstrukturen. Dies wird durch Statistiken belegt. Laut einer Studie der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) erwarben im Jahr 2009 Konsumenten in Deutschland für knapp 15,5 Milliarden Euro Waren und Dienstleistungen über das Internet, was zu jenem Zeitpunkt einem Zuwachs von 14 Prozent zum Vorjahr entsprach<sup>1</sup>. Neuere Erhebungen wie die des Handelsverbands Deutschland (HDE) zeigen die enorme und nach wie vor ansteigende Bedeutung des E-Commerce. Der prognostizierte Umsatz in diesem Bereich für das Jahr 2012 liegt bei 29,5 Mrd. Euro, was abermals eine Steigerung von 13 Prozent zum Vorjahr bedeutet<sup>2</sup>. Es gibt mittlerweile kaum noch Waren, die heutzutage nicht über das Internet erworben werden können. Der Online-Verkauf von (nicht-verschreibungspflichtigen) Medikamenten und Kontaktlinsen<sup>3</sup> zeugt ebenso davon wie das Entstehen von großen Internetversandhäusern mit einem umfassenden Warenangebot<sup>4</sup>. Weder Händler noch Hersteller und Markeninhaber können sich ernsthaft dieser Entwicklung verschließen, zumal das Internet mit seiner Erreichbarkeit und der Individualisierung der Kundenansprache ein zuvor nicht da gewesenes Marketingpotential entfaltet.

Genauso vielfältig wie das Internet selbst ist der Einsatz dieses Mediums als Absatzmittel. So unterhalten Hersteller selbst Internetauftritte, auf denen Waren der eigenen Marke erworben werden können<sup>5</sup>. Andererseits existieren marktstarke

---

1 Dazu die Statistiken der Gesellschaft für Konsumforschung, abrufbar unter [http://www.gfk.com/group/press\\_information/press\\_releases/005481/index.de.html](http://www.gfk.com/group/press_information/press_releases/005481/index.de.html) (zuletzt besucht am 08.11.2013).

2 Siehe die HDE-Statistik „E-Commerce-Umsatz in Deutschland 1999 bis 2011 und Prognose für 2012“, abrufbar unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/3979/umfrage/e-commerce-umsatz-in-deutschland-seit-1999/> (zuletzt besucht am 08.11.2013).

3 Vgl. nur <http://www.docmorris.de>; <http://www.misterspex.de>.

4 So <http://www.zalando.de>.

5 Exemplarisch seien die Auftritte von <http://www.dell.de> und <http://www.burberry.de> genannt. Unter diesen Adressen finden sich dann die Auftritte einzelner (zugelassener) Händler.

Einzelhandelsunternehmen wie *Saturn* und *Mediamarkt*, die ihr umfassendes Warenangebot verstärkt online bewerben und absetzen. Zuletzt bestehen gewisse Varianten, die durch das Internet populär geworden sind, wie der Vertrieb über Auktionsplattformen wie *eBay* oder die „marketplaces“ bei *amazon*.

In der vorliegenden Untersuchung liegt der Fokus auf den Herausforderungen, die das Internet an geschlossene selektive Vertriebsnetze stellt. Bei diesen Vertriebsnetzen zirkuliert die Markenware nur innerhalb eines zugelassenen Händlerkreises, der die vom Vertriebsbinder aufgestellten Kriterien erfüllt<sup>6</sup>. Hierdurch will sich der Vertriebsbinder den größtmöglichen Einfluss auf die Absatzmittler erhalten, um dadurch die Wahrnehmung des Produkts beim Endverbraucher zu beeinflussen. Ziel des Vertriebsbinders ist es, die Ware nur innerhalb eines geschlossenen Netzes ausgewählter Händler zu vertreiben, die allesamt die vom Vertriebsbinder auferlegten Kriterien erfüllen. Ein solches geschlossenes Vertriebsnetz schafft aber Konfliktpotential, weil es unter anderem Marktzutrittsschranken für Außenseiter begründet. Es kommt zu einer Schwächung des „Intrabrand“-Wettbewerbs, also des Wettbewerbs zwischen Anbietern von Produkten derselben Marke. Denn der Vertriebsbinder möchte seine Kontrollmöglichkeiten ausnutzen, indem er diesen zugelassenen Händlern umfassend die Wettbewerbsparameter vorgibt.

Dies gilt genauso für den Internetvertrieb. Denn den Vertriebsbindern ist der ungehemmte Internetvertrieb nicht selten ein Dorn im Auge, da sie neben Imageverlusten, Beratungsdefiziten und unerwünschten Trittbrettfahrer-Effekten vor allem die hohe Preisaktivität des Internets fürchten<sup>7</sup>. Dass dieses Kontrollbedürfnis kartellrechtliche Bedenken hervorgerufen hat, liegt auf der Hand<sup>8</sup>. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Selektivvertriebs existiert auf europäischer Ebene eine gefestigte Rechtsprechung, die in die „offline“-Ära vor Beginn des Internets zurückreicht und die Kriterien für die Zulässigkeit rein qualitativer selektiver Vertriebssysteme aufstellt<sup>9</sup>. Die Etablierung und Durchsetzung eines selektiven Vertriebssystems wirft Fragestellungen aus dem Kartellrecht, dem Markenrecht und dem Lauterkeitsrecht auf, zu denen bereits ein umfassender Meinungsstand in der Literatur existiert. Internetspezifische Beschränkungen waren jedoch nicht

---

6 Vgl. dazu nur die Definition des selektiven Vertriebs in Art. 1 lit. e Vertikal-GVO.

7 Darauf hinweisend *Haslinger*, WRP 2009, 279, 284.

8 Exemplarisch sei die Ankündigung einiger Sportartikelhersteller erwähnt, Verkäufe ihrer Händler über *eBay* oder *amazon* nicht mehr zulassen zu wollen, *Hegmann* Financial Times Deutschland v. 26.06.2012.

9 Siehe dazu *EuGH* Rs. C-26/76 Slg. 1977, 1875, 1905 – *Metro*; Rs. 31/80 Slg. 1980, 3775, 3790 – *L’Oréal*. Auf die dort niedergelegten Kriterien wird im Folgenden stets unter der Bezeichnung „Metro-Rechtsprechung“ Bezug genommen.

Gegenstand dieser Untersuchungen<sup>10</sup>. Während für den Unternehmer die Frage aufkommt, wie er das Internet in das existierende Vertriebsnetz integriert, stellt sich für den Juristen die Frage, ob die gefestigte Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf das Internet Änderungen erfahren müsste. Der BGH hatte bereits im Jahr 2004 Gelegenheit, zu einigen Aspekten des Internetvertriebs im Depotsystem des Parfümhandels Stellung zu beziehen<sup>11</sup>. Nunmehr liegt auf europäischer Ebene Rechtsprechung vor, die die Zulässigkeit eines Totalverbots des Internetvertriebs in einem selektiven Vertriebsnetz zum Gegenstand hat<sup>12</sup>. Ergänzend müssen zur Beurteilung des Internetvertriebs die Ausführungen der Kommission herangezogen werden, allen voran die Leitlinien zur Vertikal-GVO.

Dass die Funktionsfähigkeit eines selektiven Vertriebsnetzes von seinem Schutz gegen Außenseiter abhängt, scheint hierbei ein gewisser Konsens zu sein<sup>13</sup>. Dieser Konsens trifft hingegen noch keine Aussage darüber, wer Mitglied im System sein darf, und wer als Außenseiter zum „Zuschauen“ verurteilt ist. Diese Untersuchung widmet sich den internetspezifischen Herausforderungen an selektive Vertriebsnetze. Sie begrenzt sich exemplarisch auf die Zulässigkeit eines Ausschlusses der Internetauktionsplattform *eBay* aus dem Vertriebsnetz<sup>14</sup>. Eine Fokussierung auf die kartellrechtliche Zulässigkeitsprüfung würde dabei eigentlich bedeuten, dass der markenrechtliche Schutz des Selektivvertriebs vor Außenseitern ausgeklammert würde. Ein Anliegen dieser Arbeit ist es jedoch, das Verhältnis zwischen kartellrechtlicher Zulässigkeitskontrolle in Bezug auf den Selektivvertrieb und dem Markenrecht weiter aufzuschlüsseln. Hinsichtlich des markenrechtlichen Schutzes

---

10 Vgl. dazu nur die Monographien von *Unglaub, Wolter, Schulze zur Wiesche, Papadimitriou* und *Rosner*. Das Kartellrecht untersucht die Zulässigkeit von Vertriebsbindungen im Selektivvertrieb, während es im Markenrecht und Lauterkeitsrecht um die Sanktion von Verstößen gegen solche Vertriebsbindungen und damit den Vertrieb durch sog. „Außenseiter“ geht.

11 *BGH KZR 2/02 (juris)* = GRUR 2004, 351 – *Depotkosmetik im Internet*.

12 *EuGH* Urt. v. 13.11.2011 Rs. C-439/09 = MMR 2012, 50 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

13 So aus ökonomischer Sicht *Cleary Gottlieb Steen & Hamilton/CRA International White Paper* S. 5 Ziff. 5; sehr weitgehend *Fezer* GRUR 1999, 102 f., der den Selektivvertrieb als investive Unternehmensleistung mit einer immaterialgüterrechtlichen Dimension sieht; kritisch zum Ganzen *Emmerich* FS Erdmann S. 561, 567 ff.

14 Hierzu liegt in Deutschland sich widersprechende Rechtsprechung vor, was diese internetbeschränkende Klausel zu einem interessanten Forschungsgegenstand macht, vgl. dazu einerseits *LG Mannheim* Az.: 7 O 263/07 Kart. = GRUR-RR 2008, 253; *OLG Karlsruhe* Az.: 6 U 47/08 Kart. = GRUR-RR 2010, 109; andererseits *LG Berlin* Az.: 16 O 729/07 Kart. = BB 2009, 1381; *KG Berlin* Az.: 2 U 8/09 Kart. (*juris*).

von Selektivvertriebssystemen haben sich nämlich im Zuge des EuGH-Urteils „Copad/Dior“ interessante Entwicklungen ergeben, die ihrerseits Auswirkungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeitsprüfung entfalten könnten<sup>15</sup>. Der EuGH hatte dort über die Existenz eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs zu urteilen. Dieser könnte daraus resultieren, dass der Lizenznehmer gegen eine Vertriebsvorgabe verstößt, die Lizenzware nur im Selektivvertrieb unter Ausschluss von Discountern zu veräußern. Selbst wenn sich diese Entscheidung nicht explizit auf den Internetvertrieb oder den Vertrieb über Internetauktionsplattformen bezieht, folgt doch hieraus, dass ein „falscher“ Vertriebsweg einen markenrechtlichen Unterlassungsanspruch nach sich ziehen kann. Dehnt man das markenrechtliche Verbotungsrecht so weit aus, stellt sich die Frage, ob und wie dies mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser Vertriebsbindung in Einklang zu bringen ist, die der EuGH mit keinem Wort anspricht. Immerhin könnte die Gefahr bestehen, dass mit dem Verbotungsrecht die Wahl eines Vertriebswegs sanktioniert wird, der kartellrechtlich nicht zulässig aus dem Selektivvertrieb ausgeschlossen werden kann. Kann hier ein Widerspruch entstehen, den man in die kartellrechtliche Zulässigkeitsprüfung einbinden müsste? Diese Problematik wird im Laufe dieser Untersuchung aufgegriffen werden.

Markenrechtliche Wertungen können aber nicht nur bei dieser vertriebskartellrechtlichen Prüfung in den klassischen Vertragshändlerverträgen eine Rolle spielen. Die Integration des Internets in ein selektives Distributionsnetz kann ebenso bei Markenlizenzverträgen auf Konflikte stoßen. Der Sachverhalt der „Copad/Dior“-Entscheidung zeigt als Beispiel aus der Praxis, dass bei Markenlizenzverträgen genauso Abreden hinsichtlich des Vertriebs getroffen werden. So kann der Lizenzgeber den Lizenznehmer verpflichten, die markierte Ware nur im Rahmen eines selektiven Vertriebsnetzes abzugeben<sup>16</sup>. Hieran kann sich die Problematik der Behandlung des Internets als Vertriebskanal wie in der oben dargestellten, herkömmlichen Vertriebskette anschließen. Diese Frage ist ungeklärt und in der Literatur noch nicht behandelt worden. Besonders interessant ist an dieser Konstellation, dass es sich um dieselbe Vertriebsbindung handelt, sich jedoch die rechtliche Herangehensweise grundlegend von der vertriebskartellrechtlichen Prüfung unterscheidet. Wenn es dabei um die Bestimmung des kartellrechtsneutralen spezifischen Gegenstands der Marke geht, muss unter anderem geklärt werden, ob die

---

15 *EuGH* Rs. C-59/08 Slg. 2009 I-3421 = *EuZW* 2009, 453 – *Copad/Dior*.

16 *EuGH* Rs. C-59/08 Slg. 2009 I-3421 = *EuZW* 2009, 453 – *Copad/Dior*.

Anerkennung der „sonstigen“ Markenfunktionen neben der Herkunftsfunktion<sup>17</sup> Auswirkungen auf die Reichweite des spezifischen Gegenstands hat oder ob sich bei diesem vertriebsrechtlichen Aspekt keine schutzrechtspezifischen Besonderheiten finden lassen. Gerade bei den schwer bestimmbareren Image- und Investitionsschutzfunktionen der Marke, die in dieser vertriebsrechtlichen Konstellation einschlägig sein könnten, sollte man kritisch hinterfragen, welchen Mehrwert eine funktionenorientierte Definition des kartellrechtsneutralen spezifischen Gegenstands der Marke im Vergleich zur herkömmlichen (vertriebs-)kartellrechtlichen Prüfung entfaltet.

Diese Arbeit hat sich nicht zum Ziel gesetzt, in diesem Abschnitt eine (weitere) Grundlagenforschung zum Lizenzkartellrecht hervorzubringen<sup>18</sup>. Die Ausführungen sollen daher auf die hier untersuchte vertriebsspezifische Konstellation und die damit verbundenen Probleme eines schutzrechtspezifischen Lizenzkartellrechts beschränkt bleiben.

Die Untersuchung gliedert sich in drei Kapitel: Im Grundlagenteil wird der wirtschaftliche Hintergrund sowie die rechtliche Bewertung von selektiven Vertriebssystemen beleuchtet. Die Darstellung greift die Unterscheidung zwischen dem Selektivvertrieb in Markenlizenzen und in Vertragshändlerverträgen auf. Darüber hinaus werden die Auswirkungen des Internets auf den Wettbewerb insgesamt und den Selektivvertrieb im Besonderen dargestellt. Die beiden Hauptteile gliedern sich entsprechend den gewählten Konstellationen nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Ausschlusses von *eBay* aus dem Selektivvertrieb in Vertragshändlerverträgen im zweiten Kapitel und in Markenlizenzvereinbarungen im dritten Kapitel.

Das zweite Kapitel widmet sich zunächst der Anwendbarkeit der „Metro“-Rechtsprechung auf das *eBay*-Verbot, wobei im Rahmen der Rechtfertigung von Vertriebsbeschränkungen eine Unterscheidung zwischen Imageschutz und Investitionsschutz vorgenommen wird. Hierbei wird ebenfalls der bereits angesprochenen Frage nach der Berücksichtigung markenrechtlicher Wertungen

---

17 Dazu zuletzt in aller Deutlichkeit *EuGH* Rs. C-487/07 Slg. 2009 I-5185 Rn. 58 = MarkenR 2009, 369 – *L'Oréal/Bellure*; einschränkend hingegen *Kommission* Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken COM/2013/162 S. 6, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0162:-FIN:DE:PDF> (zuletzt besucht am 08.11.2013).

18 Grundlegend hierfür das Werk von *Heinemann*; in neuerer Zeit seien beispielsweise die Monographien von *Kleißl* und *Feil* erwähnt.

nachgegangen. Danach wird die Möglichkeit der Gruppenfreistellung auf Basis der Vertikal-GVO sowie der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV diskutiert.

Das dritte Kapitel wendet sich dann der Zulässigkeit der in Rede stehenden Vertriebsbindung in Markenlizenzvereinbarungen zu. Nach einigen grundlegenden Ausführungen zur Markenlizenz und dem Lizenzkartellrecht wird die Reichweite des spezifischen Gegenstands für diesen Sachverhalt herausgearbeitet. Neben dem Versuch, dies allein auf Basis einer Auslegung der Markenfunktionen zu bewerkstelligen, wird ein Vergleich zu bereits in der Rechtsprechung entschiedenen Klauseln gezogen. Dabei werden Wertungen der Vertikal-GVO ebenso angesprochen wie die Besonderheit, dass die in einer Markenlizenzvereinbarung enthaltene Verpflichtung zum Aufbau eines entsprechenden Selektivvertriebs erst noch der Umsetzung durch den Lizenznehmer bedarf. Schließlich wird die Frage untersucht, ob schutzrechtspezifische Besonderheiten existieren, die ein anderes Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung zu derjenigen im Vertragshändlervertrag rechtfertigen können. Darüber hinaus finden andere Ansätze neben der Lehre vom spezifischen Gegenstand Erwähnung, die zur Lösung des Konflikts zwischen Schutzrechtsverwertungen durch Lizenzen und dem Kartellrecht angewendet werden.

Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick auf künftige Entwicklungen im Hinblick auf *eBay* und die markenrechtliche Funktionenlehre.