

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Andreas Mundt

Verbraucherschutz braucht eine stärkere behördliche Komponente

### 1027 Dr. Emil Schwippert

Täter oder Störer – alles längst geklärt?

### 1032 Prof. Dr. Ronny Hauck

Grenzen des Geheimnisschutzes

### 1038 Dr. Friedrich Klinkert

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche mit Auslandsbezug vor inländischen Gerichten

### 1044 Dr. Thomas Nägele und Dr. Simon Apel

Der Markenwert als Rechtfertigung für ein qualitativ-selektives Vertriebssystem: von „Coty“ zu „Forever Living“ – und noch etwas weiter?

### 1049 Dyson u. a./BSH Home Appliances

EuGH, Urteil vom 25.07.2018 – C-632/16

### 1052 Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff

EuGH, Urteil vom 07.08.2018 – C-161/17

### 1056 Jehovan todistajat

EuGH, Urteil vom 10.07.2018 – C-25/17

### 1062 B-Vitamine

BGH, Beschluss vom 12.07.2018 – I ZR 162/16

### 1066 Ordnungsmittelandrohung durch Schuldner

BGH, Beschluss vom 07.06.2018 – I ZB 117/17

### 1067 Kommentar von Pascal Tavanti

### 1069 Namensangabe

BGH, Urteil vom 19.04.2018 – I ZR 244/16

### 1074 ORTLIEB

BGH, Urteil vom 15.02.2018 – I ZR 138/16

### 1081 goFit

BGH, Urteil vom 15.02.2018 – I ZR 201/16

### 1087 Riptide

BGH, Versäumnisurteil vom 22.03.2018 – I ZR 265/16

### 1089 Vererbbarkeit eines Benutzerkontos eines sozialen Netzwerks

BGH, Urteil vom 12.07.2018 – III ZR 183/17

### 1119 Verstoß gegen Werbeverbot

OLG Köln, Urteil vom 29.06.2018 – 6 U 179/17

### 1123 Kommentar von Martin W. Huff

RA Dr. Thomas Nägele und RA Dr. Simon Apel, Mannheim\*

## Der Markenwert als Rechtfertigung für ein qualitativ-selektives Vertriebssystem: von „Coty“ zu „Forever Living“ – und noch etwas weiter?

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Die „Coty“-Entscheidung des EuGH in Abgrenzung zur „Pierre Fabre“-Entscheidung
  1. Sachverhalt
  2. Wesentliche Aussagen der „Coty“-Entscheidung des EuGH und Klarstellungen zur „Pierre Fabre“-Entscheidung
  3. Zwischenfazit: Kartellrechtliche Maßstäbe für die Etablierung eines qualitativ selektiven Vertriebssystems
- III. Die „Forever Living“-Entscheidung des OLG Hamburg
  1. Sachverhalt
  2. Wesentliche Aussagen und Anwendung der „Coty“-Rechtsprechung: „Qualitativ hochwertige Produkte“ können qualitativ-selektives Vertriebssystem rechtfertigen
  3. Analyse
  4. Zwischenfazit: „Luxuswaren“  $\triangleq$  „qualitativ hochwertige Waren“
- IV. Die „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“-Entscheidung des OLG Düsseldorf
  1. Sachverhalt
  2. Wesentliche Aussagen: Schlussfolgerung von der kartellrechtlichen Zulässigkeit qualitativ-selektiven Vertriebs zur Ausnahme von der markenrechtlichen Erschöpfung
  3. Analyse
    - a) Schutz der Marke legitimer Zweck eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems
    - b) Und umgekehrt ...
- V. Schlussfolgerungen und Fazit

### I. Einleitung

- 1 Allmählich lichtet sich der rechtliche Nebel, der das unternehmerische Gestaltungsmittel des sog. „qualitativ-selektiven Vertriebs“<sup>1)</sup> umgab, und lässt die Konturen für dessen rechtliche Zulässigkeit wieder<sup>2)</sup> klar hervortreten: Das „Coty“-Urteil des EuGH<sup>3)</sup> hat klargestellt, dass das „Pierre Fabre“-Urteil des EuGH,<sup>4)</sup> das gelegentlich als Grund dafür angesehen wurde, um

auf Erhalt des Markenprestiges gestützten selektiven Vertriebssystemen (insbesondere hinsichtlich der oftmals besonders umstrittenen Verbote des Internetvertriebs) die rechtliche Anerkennung zu verweigern,<sup>5)</sup> sich nur auf eine Ausnahmekonstellation, nämlich das vollständige Verbot eines Internetvertriebs bezog.<sup>6)</sup> Das „Coty“-Urteil hat darüber hinaus die Maßstäbe für die Zulässigkeit eines selektiven Vertriebs unter Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>7)</sup> weiter konkretisiert.<sup>8)</sup>

Soweit ersichtlich wurden diese Maßstäbe nunmehr erstmals **2** von einem Oberlandesgericht aufgegriffen, nämlich vom OLG Hamburg in dem Urteil in Sachen „Forever Living“.<sup>9)</sup> Hierbei hat das OLG die Vorgaben des EuGH in „Coty“ dahingehend fortgedacht, dass ein selektives Vertriebssystem nunmehr ausdrücklich auch für Produkte, die nicht als „Luxusprodukte“,<sup>10)</sup> sondern (lediglich) als „qualitativ hochwertige Produkte“<sup>11)</sup> kategorisiert werden können, zulässig sein kann – wenngleich das „Forever Living“-Urteil keineswegs das erste Urteil ist, das die Grundsätze für die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme auch auf Nicht-Luxusprodukte anwendet.<sup>12)</sup>

Noch interessanter ist in diesem Zusammenhang das Urteil des **3** OLG Düsseldorf in Sachen „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“,<sup>13)</sup> da dieses zutreffend erkannt hat, dass die kartellrechtlich begründete Argumentation aus dem „Coty“-Urteil des EuGH auch auf die markenrechtliche Frage des Vorliegens der Voraussetzung einer Erschöpfung – bzw. einer Ausnahme davon – übertragbar ist.<sup>14)</sup> Der Clou liegt indes darin, dass dies eben auch umgekehrt gilt: *Objektive* Gründe, die einer markenrechtlichen Erschöpfung entgegenstehen, *rechtfertigen* die Etablierung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems.<sup>15)</sup>

Um dies herauszuarbeiten, wird nachfolgend zunächst die **4** „Coty“-Entscheidung des EuGH kurz dargestellt und von der Entscheidung „Pierre Fabre“ abgegrenzt (hierzu II.). Im Anschluss werden die „Forever Living“-Entscheidung des OLG Hamburg (hierzu III.) und die Entscheidung des OLG Düsseldorf „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf Seite 1146 f.

1) Das Sonderproblem des „quantitativ-selektiven Vertriebssystems“ bleibt nachfolgend außer Betracht, hierzu z. B. Schumacher, in: Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2. Aufl. 2012, § 8 Selektiver Vertrieb (Verordnung (EU) Nr. 330/2010), Rn. 45 und Simon, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S 9 Rn. 23 f., 57.  
 2) EuGH, 25.10.1977 – C-26/76, WRP 1978, 234 – Metro; Metzloff/Schaper, ZVertriebsR 2018, 1, 2.  
 3) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 – Coty.  
 4) EuGH, 13.10.2011 – C-439/09, WRP 2011, 1577 – Pierre Fabre.  
 5) BKartA, 26.08.2015 – B2 – 98/11, BeckRS 2016, 9244 Rn. 33 und öfter – ASICS; LG Frankfurt a. M., 31.07.2014 – 2-03 O 128/13, NZKart 2015, 243 – Coty (s. hierzu unten II. 1); aus der Literatur etwa Eickhoff, GWR 2011, 503; Mäger/von Schreitter, NZKart 2015, 62, 69; Neubauer, MMR 2012, 53, 54; Wegner, BB 2011, 2959, 29; angemessen differenzierend aber bereits etwa Lubberger, WRP 2015, 14 Rn. 12; Peperkorn/Heimann, GRUR 2014, 1175, 1178.

6) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 35, 52, 65 – Coty; zur Abgrenzung „Pierre Fabre“ und „Coty“ s. auch Brömmelmeyer, NZKart 2018, 62.  
 7) Die Wertungen gelten für § 1 GWB letztlich entsprechend.  
 8) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 24, 28 – Coty; Anm. z. B. Hoeren, MMR 2018, 80; Schröder, WRP 2018, 272.  
 9) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 – Forever Living; Anm. Eggers, ZLR 2018, 397.  
 10) Oder „Luxuswaren“ – nachfolgend werden beide Begriffe gebraucht.  
 11) Zur Bedeutung s. unten Rn. 19 ff.  
 12) Vgl. nur OLG Karlsruhe, 25.11.2009 – 6 U 47/08, WRP 2010, 412 – Scout; KG, 19.09.2013 – 2 U 8/09 Kart, WRP 2013, 1517 – Schulranzen. Der *Erstautor* war an diesen beiden Verfahren federführend als anwaltlicher Vertreter auf Seiten des Betreibers des selektiven Vertriebssystems beteiligt.  
 13) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb.  
 14) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 28 – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb; s. hierzu auch schon die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl, 26.07.2017 – C-230/16, BeckRS 2017, 118603 Rn. 71 in der Sache „Coty“ sowie den entsprechenden Hinweis von Rohlfen/Tenkhoff, GRURPrax 2018, 235 und Louven, CR 2018, 31, 34 f.; aus der Literatur auch schon Nolte, BB 2017, 1987, 1990.  
 15) Ähnlich – wenn auch für den umgekehrten, eine Rechtfertigung verneinenden Fall – Telle, NZKart 2015, 229, 230.

(hierzu IV.) dargestellt und einer Bewertung unterzogen. Im Anschluss hieran werden die Schlussfolgerungen aus diesen Analysen und ein kurzes Fazit gezogen (hierzu V.).

## II. Die „Coty“-Entscheidung des EuGH in Abgrenzung zur „Pierre Fabre“-Entscheidung

### 1. Sachverhalt

- 5 In „Coty“ ging es um Vorlagefragen des OLG Frankfurt a. M. an den EuGH.<sup>16)</sup> Die Klägerin des Ausgangsverfahrens vertreibt hochpreisige Kosmetika über ein qualitativ-selektives Vertriebssystem. Im Rahmen dieses Vertriebssystems untersagte sie ihren Distributoren den Internetvertrieb ihrer Produkte, soweit dieser nicht über einen eigenen Internetshop des Distributors erfolgt und „der Luxuscharakter der Produkte gewahrt bleibt“.<sup>17)</sup> Die Beklagte hielt dies für rechtswidrig. Während das LG Frankfurt a. M. ihr noch Recht gegeben hatte,<sup>18)</sup> fragte das OLG Frankfurt a. M. den EuGH darauf hin unter anderem, ob selektive Vertriebssysteme, die auf den Vertrieb von Luxus- und Prestigewaren gerichtet sind und primär der Sicherstellung eines „Luxusimages“ der Waren dienen, mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar sein können und ob ein pauschales Verbot von Internetverkäufen durch Distributoren über Verkaufsplattformen Dritter (im konkreten Fall Amazon) mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar sein könne.

### 2. Wesentliche Aussagen der „Coty“-Entscheidung des EuGH und Klarstellungen zur „Pierre Fabre“-Entscheidung

- 6 Der EuGH nutzte diese Gelegenheit für einige Klarstellungen gegenüber seiner „Pierre Fabre“-Entscheidung. Dort hatte er mit knappen Worten entschieden, dass der Schutz des Prestigecharakters einer Ware allein die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems nicht rechtfertigen könne.<sup>19)</sup> Zudem sei der vollständige Ausschluss des Internetvertriebs in einem qualitativ-selektiven Vertriebssystem wettbewerbswidrig.<sup>20)</sup>
- 7 In „Coty“ hat der EuGH an der letztgenannten Aussage festgehalten. Der Internetvertrieb darf innerhalb eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems nicht generell ausgeschlossen werden.<sup>21)</sup> Allerdings darf der Vertrieb über Verkaufsplattformen Dritter verboten werden, da dieser mangels Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten des Betreibers des selektiven Vertriebssystems das Risiko birgt, dass sich die Präsentation der betroffenen Waren verschlechtert und dadurch ihr Prestigewert („Luxusimage“) leidet.<sup>22)</sup>
- 8 Die erstgenannte Aussage aus dem „Pierre Fabre“-Urteil hingegen hat der EuGH in „Coty“ gekippt: Auch zum Erhalt des „Luxusimages“ bzw. Prestiges von „Luxuswaren“ kann die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems gerechtfertigt sein.<sup>23)</sup> Der EuGH stellt letztlich darauf ab, dass die Qualität einer „Luxusware“ darunter leiden kann, wenn das Luxusimage – die „luxuriöse Aura“ der Ware – beeinträchtigt würde, was durch ein qualitativ-selektives Vertriebssystem vermieden werden

darf. Entsprechend argumentiert der EuGH hinsichtlich eines möglichen Wertverlusts einer Luxusware, wenn die betroffene Ware vom Abnehmer nicht korrekt angewendet würde.<sup>24)</sup>

Seine dieser Argumentation entgegenstehende „Pierre Fabre“-Entscheidung rechtfertigt der EuGH in „Coty“ damit, dass diese letztlich nur einen Einzelfall entschieden habe, in dem der Betreiber des qualitativ-selektiven Vertriebssystems zu weit gegangen sei – insbesondere wegen des vollständigen Verbots eines Internetvertriebs der betroffenen Produkte; ein genereller Ausschluss der Möglichkeit von qualitativ-selektiven Vertriebssystemen für Kosmetika und Körperpflegeprodukte (sofern es sich um „Luxuswaren“ handelt) sei hiermit nicht verbunden gewesen.<sup>25)</sup>

### 3. Zwischenfazit: Kartellrechtliche Maßstäbe für die Etablierung eines qualitativ selektiven Vertriebssystems

Nach der Antwort des EuGH auf die erste Vorlagefrage in „Coty“ verstößt ein qualitativ-selektives Vertriebssystem damit nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn der Zugang zum System

- nach vorher festgelegten objektiven Kriterien erfolgt
- die einheitlich für alle Wiederverkäufer festgelegt sind und diskriminierungsfrei angewendet werden, und
- wenn die festgelegten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen,<sup>26)</sup>

und zwar auch dann, wenn es primär um die Sicherstellung des „Luxusimages“ der betroffenen Waren geht.<sup>27)</sup> „Pierre Fabre“ als den spezifischen Umständen des Einzelfalles geschuldete Entscheidung steht dem nicht entgegen.<sup>28)</sup>

So bemerkenswert wie bedauerlich ist, dass der EuGH in „Coty“ an den zwar plakativen, aber inhaltlich farblosen und rechtlich nicht definierten Begriffen „Luxuswaren“<sup>29)</sup> bzw. „Luxusimage“<sup>30)</sup> für diejenigen Waren festhält, für die er die Einrichtung von qualitativ-selektiven Vertriebssystemen aus Prestige Gründen für angemessen hält.<sup>31)</sup> Auf andere Warenkategorien geht der EuGH – wohl auch mangels Entscheidungserheblichkeit<sup>32)</sup> – nicht näher ein.<sup>33)</sup> Die Abgrenzung bleibt folglich im Dunkeln.<sup>34)</sup>

Zudem ist der EuGH auch insoweit nicht konsequent, als er bei Luxuswaren wohl nicht nur einen Verlust des Markenprestiges, sondern auch die Vermeidung etwaiger Anwendungs- und Bedienfehler durch die Abnehmer der betroffenen Produkte als Rechtfertigungsgrund für die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems (und ein damit einhergehendes Verbot des Vertriebs der Waren über Verkaufsplattformen Dritter im Internet) ansieht.<sup>35)</sup> Letzteres gilt aber gerade nicht (nur oder zwingend) für „Luxuswaren“, sondern für alle Waren, die für ihre volle Entfaltung einer korrekten Anwendung bedürfen und bei denen diese nicht völlig trivial oder selbsterklärend ist.<sup>36)</sup>

16) OLG Frankfurt a. M., 19.04.2016 – 11 U 96/14 (Kart), GRUR-RR 2016, 368, dort auch näher zum Sachverhalt.

17) OLG Frankfurt a. M., 19.04.2016 – 11 U 96/14 (Kart), GRUR-RR 2016, 368.

18) LG Frankfurt a. M., 31.07.2014 – 2-03 O 128/13, NZKart 2015, 243; hierzu z. B. *Telle*, NZKart 2015, 229 ff.

19) EuGH, 13.10.2011 – C-439/09, WRP 2011, 1577 Rn. 46 – Pierre Fabre, s. auch die Nachweise oben Fn. 5; weniger strikt aber bereits die Deutung etwa durch *Lubberger*, WRP 2015, 14 Rn. 12; *Peperkorn/Heimann*, GRUR 2014, 1175, 1178.

20) EuGH, 13.10.2011 – C-439/09, WRP 2011, 1577 Rn. 58 – Pierre Fabre.

21) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 52 – Coty.

22) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 49 – Coty.

23) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 26, 46 – Coty unter Verweis auf EuGH, 23.04.2009 – C-59/08, WRP 2009, 938 Rn. 28 f. – Copad m. w. N.

24) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 26, 28 – Coty.

25) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 30 ff. – Coty.

26) Sog. „Metro-Kriterien“, vgl. EuGH, 25.10.1977 – C-26/76, WRP 1978, 234 Rn. 27 – Metro; hierzu nur *Palzer*, EWS 2018, 90, 93.

27) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 30 ff. – Coty; *Louven*, CR 2018, 31, 33.

28) *Louven*, CR 2018, 31, 33 f.

29) Den die Rechtsprechung offenbar zumindest teilweise gleichwohl als Abgrenzungskriterium zu verwenden gedenkt, s. nur BGH, 12.12.2017 – KVZ 41/17, WRP 2018, 337 Rn. 30 – Preissuchmaschinenverbot II zur (Un-)Zulässigkeit des Verbots der Unterstützung von Preissuchmaschinen durch den Hersteller gegenüber Einzelhändlern.

30) Krit. *Schröder*, WRP 2018, 272 Rn. 19: Begriff habe „rein emotionale Dimension“.

31) *Brümmelmeyer*, NZKart 2018, 62, 64; *Palzer*, EWS 2018, 90, 94; *Thyri*, EuZW 2017, 424, 427 f.

32) *Metzlaff/Schaper*, ZVertriebsR 2018, 1, 3: „wohl primär der Vorlagefrage geschuldet“.

33) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 32 – Coty.

34) Krit. auch *Louven*, CR 2018, 31, 33, 34 f.; *Metzlaff/Schaper*, ZVertriebsR 2018, 1, 9.

35) EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 28 – Coty.

36) Vgl. *Hoeren*, MMR 2018, 80 zu technisch komplizierten Werkzeugen.

## Nägele/Apel, Der Markenwert als Rechtfertigung für qualitativ-selektives Vertriebssystem

- 13 Die Ausführungen des EuGH lassen jedoch gleichwohl den Schluss zu, dass der Gerichtshof den Begriff „Luxuswaren“ relativ weit versteht<sup>37)</sup> und hierunter letztlich alle Waren fasst, die (auch) wegen ihres Prestigewertes gekauft werden.<sup>38)</sup> „Coty“ lässt den nationalen Gerichten also (nach „Pierre Fabre“ wieder eindeutig) Spielraum,<sup>39)</sup> was die Zulässigkeit von qualitativ-selektiven Vertriebssystemen für bestimmte Waren angeht.<sup>40)</sup>

### III. Die „Forever Living“-Entscheidung des OLG Hamburg

- 14 Das OLG Hamburg hat in der „Forever Living“-Entscheidung diesen Spielraum in begrüßenswerter Weise genutzt.<sup>41)</sup>

#### 1. Sachverhalt

- 15 Der Sachverhalt ähnelt jenem in „Coty“, jedoch ging es nicht um (hochpreisige) Kosmetika, sondern um (hochpreisige) Nahrungsergänzungsmittel.<sup>42)</sup> Für diese betreibt die Klägerin ein qualitativ-selektives Vertriebssystem und bietet den teilnehmenden Zwischenhändlern gegen eine geringe Gebühr die Möglichkeit an, für den Internetvertrieb von der Klägerin betreute Online-Shops zu verwenden. Der Vertrieb über Verkaufsplattformen von Drittanbietern ist den Teilnehmern verboten und die Klägerin geht dagegen vor, wenn ihre Waren auf solchen Verkaufsplattformen Dritter angeboten werden. Die Klägerin verwendet im Vergleich zum Wettbewerb – was unstrittig blieb – hochwertige Rohstoffe mit hohem Wirk- und Reinheitsgrad. Zudem legt sie – was ebenfalls unstrittig blieb – großen Wert darauf, dass die Zwischenhändler die Abnehmer persönlich beraten und betreuen, um den Abnehmern genau die Produkte anzubieten und zu verkaufen, die deren Bedürfnissen am besten entsprechen und um eine korrekte Anwendung sicherzustellen.<sup>43)</sup> Zudem erzielt die Klägerin am Markt gegenüber vergleichbaren Produkten des Wettbewerbs wesentlich höhere Preise.

#### 2. Wesentliche Aussagen und Anwendung der „Coty“-Rechtsprechung: „Qualitativ hochwertige Produkte“ können qualitativ-selektives Vertriebssystem rechtfertigen

- 16 Das OLG Hamburg stellt zunächst fest, dass das streitgegenständliche qualitativ-selektive Vertriebssystem von der Klägerin in einer Weise betrieben wird, die den hergebrachten Grundsätzen aus der „Metro“-Entscheidung des EuGH<sup>44)</sup> entspricht. Es basiert auf objektiven Auswahlkriterien, die einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden und es gewährt jedem Zugang, der sie erfüllt.<sup>45)</sup> Weiter sei es auch erforderlich, um die von der Klägerin gewünschte Produktpäsentation zu gewährleisten, ohne dass der Internetvertrieb absolut untersagt würde.<sup>46)</sup>

Dann folgt der eigentliche Kernpunkt der Entscheidung: Das OLG Hamburg stellt sich auf den Standpunkt, dass die Sicherung des Images der Produkte der Klägerin als qualitativ hochwertige Waren am Markt die Unterhaltung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems rechtfertigen.<sup>47)</sup>

Das OLG Hamburg stellt hierzu fest, dass es keinen hinreichenden Grund (insbesondere keine gesetzgeberische Anweisung) gebe, bei der Zulässigkeit der Etablierung von qualitativ-selektiven Vertriebssystemen pauschal zwischen „technisch hochwertigen Waren und Luxuswaren“ einerseits und sonstigen Waren andererseits zu differenzieren.<sup>48)</sup> Es fehle schon an tauglichen Abgrenzungskriterien. Entscheidend sei doch vielmehr, dass es Waren gebe, die im Markt als, verglichen mit dem Wettbewerb, (qualitativ) hochwertig angesehen würden. Dieses Ansehen sei unabhängig von einem „Luxusimage“ schutzfähig und -bedürftig.<sup>49)</sup> Die qualitative Hochwertigkeit könne Maßnahmen erfordern, die etwa begleitende Beratung oder die Art der Präsentation der Waren in einer Weise steuere, dass die Qualität und Besonderheit der Produkte erhalten werde und das Image der Produkte als qualitativ hochwertig und besonders erhalten bleibe.<sup>50)</sup> Dass im Einzelfall ein solches schutzwürdiges Image besteht, könne etwa durch relevante Preisunterschiede zu vergleichbaren Waren des Wettbewerbs festgestellt werden, die günstiger angeboten würden.<sup>51)</sup> Das OLG Hamburg sieht seine Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, ohne dass es einer Vorlage bedürftig hätte und ohne dies näher auszuführen.<sup>52)</sup>

#### 3. Analyse

Das Gericht macht sich – anknüpfend an die bereits von der Vorinstanz herausgearbeiteten Gedanken<sup>53)</sup> – frei von dem vom EuGH stereotyp verwendeten Begriff der „Luxusware“, für die der Schutz des Markenprestiges einen legitimen Zweck für die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems bietet. Zu Recht weist das OLG Hamburg darauf hin, dass der Begriff der „Luxusware“ letztlich nicht trennscharf ist und auch nicht vom Gesetzgeber verwendet wird.<sup>54)</sup> So spricht jedenfalls Art. 1 Abs. 1 lit. e) Vertikal-Gruppenfreistellungs-VO nur von der Auswahl der Händler anhand von „festgelegten Merkmalen“,<sup>55)</sup> in der Metro-Entscheidung sprach der EuGH lediglich von „objektiven Gesichtspunkten qualitativer Art“.<sup>56)</sup> Das OLG Hamburg versteht den EuGH daher so, dass neben der Erforderlichkeit der Sicherstellung der richtigen Anwendung eines Produkts das Marktansetzen eines „qualitativ hochwertigen Produkts“ grundsätzlich die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems rechtfertigen kann.<sup>57)</sup>

Das OLG Hamburg nennt in seiner Entscheidung eine ganze Reihe von objektiven Anknüpfungspunkten, die ein solches schutzwürdiges Produktimage als „qualitativ hochwertig“ begründen können: Neben der Qualität der tatsächlichen Inhalts-

37) Eggers, ZLR 2018, 397, 398.

38) Rohrßen, DB 2018, 300, 302 f.; ders., GRURPrax 2018, 39, 41; Palzer, EWS 2018, 90, 94.

39) Etwas anders akzentuiert Siegert, BB 2018, 131, 133: „Raum für kontroverse Deutungen“.

40) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das OLG Frankfurt a. M. im Ausgangsverfahren zwischenzeitlich das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und der Klage stattgegeben hat, OLG Frankfurt a. M., 12.07.2018 – 11 U 96/14 (Kart). Bei Fertigstellung dieses Beitrags lagen die Urteilsgründe noch nicht vor. Schröder, WRP 2018, 272 Rn. 53 sieht den genannten Spielraum kritisch und fordert eine restriktive Handhabung.

41) Im Ergebnis ebenso schon die Vorinstanz LG Hamburg, 04.11.2016 – 315 O 396/15, BeckRS 2016, 130057 Rn. 30 ff., die den farblosen Begriff der „Luxusware“ ebenfalls bereits auf qualitativ hochwertige Produkte ausgedehnt hatte.

42) Näher OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 1-16 – Forever Living.

43) Es ist von außen betrachtet durchaus bemerkenswert, dass die geschilderten Punkte vom Beklagten nicht bestritten wurden, vgl. Weiß, GRURPrax 2018, 272 („Besonderheit“ des Falles).

44) EuGH, 25.10.1977 – C-26/76, WRP 1978, 234 Rn. 27 – Metro.

45) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 22 ff. – Forever Living.

46) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 30 f., 37 ff. – Forever Living.

47) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 30 f. – Forever Living.

48) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 31 – Forever Living.

49) Vgl. OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 31 – Forever Living.

50) Vgl. OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 31 – Forever Living.

51) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 32 – Forever Living.

52) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724 Rn. 30, 36 – Forever Living.

53) S. oben Fn. 41.

54) S. oben Text zu und in Fn. 34.

55) Vgl. hierzu auch Hoffmann, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Losebl., 44. EL 2018 (Stand: 09.2015), § 2 Art. 101 AEUV Rn. 277 ff.; die Leitlinien der Kommission zur Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung anerkennen als objektive Gründe ohne „Luxusbezug“ die „Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts“, ABl. C 130/36 v. 19.05.2010 Rn. 175.

56) EuGH, 25.10.1977 – C-26/76, WRP 1978, 234 Rn. 20 – Metro.

57) S. oben Text zu und in Fn. 49.; entsprechend aus der Literatur etwa Rohrßen, GRURPrax 2018, 39, 41.

## Nägele /Apel, Der Markenwert als Rechtfertigung für qualitativ-selektives Vertriebssystem

stoffe sind dies insbesondere auch Zusatzleistungen der Vertriebspartner des Herstellers (Beratung und Betreuung) sowie die im Vergleich zum Wettbewerb (nicht nur unwesentlich) höheren Preise, die der Hersteller am Markt verlangen kann.<sup>58)</sup>

- 21) Aber auch diese Aufzählung ist nicht abschließend: Das, was das OLG Hamburg umschreibt, ist, dass die betroffenen Waren des Herstellers, der das qualitativ-selektive Vertriebssystem nutzt, dem Verbraucher gegenüber einen (nicht nur unerheblichen)<sup>59)</sup> Mehrwert gegenüber vergleichbaren am Markt Angebotenen bietet, der – worin auch immer er begründet liegt – den Absatz am Markt zu einem im Vergleich (nicht nur unwesentlich) höheren Preis ermöglicht. Dieser Mehrwert kann in Beratungsleistungen, intensiver Betreuung, Innovation, Machart oder Leistungsfähigkeit des Produkts liegen. Er kann aber freilich – auch bei nicht als „luxuriös“<sup>60)</sup> wahrgenommenen Produkten – auch ausschließlich ein mit dem jeweiligen Produkt verbundener Imagewert sein,<sup>61)</sup> etwa weil es als besonders sportlich, innovativ, modern, intellektuell oder jugendlich gilt. Dieser Imagewert wird ganz wesentlich durch Präsentation und Marketing bestimmt und ist in gewisser Weise – auch wenn es in aller Regel eine Korrelation geben wird – von der tatsächlichen Qualität der Produkte unabhängig.
- 22) Nach der Entscheidung des OLG Hamburg wird man folglich auch in diesem „Prestigewert“ einen Mehrwert der betroffenen Ware sehen müssen, der grundsätzlich durch die Errichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems geschützt werden darf. Die „Coty“-Entscheidung des EuGH birgt insoweit keine Restriktionen, da auch nach dieser Entscheidung der „Prestigewert“ einer Ware ein qualitativ-selektives Vertriebssystem rechtfertigen kann, soweit die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gewahrt sind.<sup>62)</sup>

#### 4. Zwischenfazit: „Luxuswaren“ $\triangleq$ „qualitativ hochwertige Waren“

- 23) Die „Forever Living“-Entscheidung des OLG Hamburg benennt klar den Kern des vom EuGH verwendeten farblosen „Luxuswaren“-Begriffs: Gemeint sind Waren, die dem Abnehmer einen (spürbaren) Mehrwert gegenüber vergleichbaren Produkten des Wettbewerbs bieten und für die er bereit ist, (spürbar) mehr auszugeben.<sup>63)</sup> Worin dieser Mehrwert besteht, ist letztlich nicht entscheidend. Er kann auch – was die „Forever Living“-Entscheidung nicht anspricht und auch nicht ansprechen musste – im reinen Schutz des Images einer Ware bestehen, wenn es dieses ist, das das Produkt vom Wettbewerb (nicht nur unerheblich) differenziert. Die Rechtsprechung des EuGH steht diesem Verständnis nicht entgegen.

### IV. Die „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“-Entscheidung des OLG Düsseldorf

- 24) Die bisher referierte Rechtsprechung betrachtet den Aspekt der Zulässigkeit eines qualitativ-selektiven Distributivsystems allein aus dem Blickwinkel des Kartellverbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Die Thematik hat jedoch auch eine markenrechtliche Facette:<sup>64)</sup> Hier stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen bestimmte Vertriebsmethoden einen Nachteil für den Ruf und das Prestige einer Marke begründen, die es dem Markeninhaber ermöglichen, den Vertrieb seiner Produkte über bestimmte Vertriebskanäle zu untersagen und ob ein Weitervertrieb über solche „verbotenen“ Kanäle ggf. den Eintritt der markenrechtlichen Erschöpfung (§ 24 Abs. 2 MarkenG, Art. 15 Abs. 2 UMV) für diese Waren verhindert.

#### 1. Sachverhalt

Genau diese Konstellation war Gegenstand der Entscheidung **25** „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“ des OLG Düsseldorf, einem Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren.<sup>65)</sup> Die Verfügungsklägerin ist die exklusive Lizenznehmerin für Deutschland an den Marken eines japanischen Herstellers von hochpreisigen Kosmetikartikeln, dessen deutsche Vertriebsgesellschaft sie zugleich ist. Sie vertreibt ihre Produkte über ein qualitativ-selektives Vertriebssystem. Die Verfügungsbeklagte ist eine Handelskette, die in Deutschland eine dreistellige Zahl von Supermärkten betreibt; dort werden nicht nur Lebensmittel, sondern auch u. a. Haushaltswaren, Elektroartikel, Textilien, Schuhe und Kosmetikprodukte angeboten. Neben ihren „Brick stores“ bietet die Verfügungsbeklagte ihr Sortiment auch in einem eigenen Online-Shop feil. Zum Vertriebssystem der Verfügungsklägerin gehört die Verfügungsbeklagte nicht. Gleichwohl vertrieb sie Produkte der Verfügungsklägerin in einem Ladengeschäft und ihrem Online-Shop. Das Landgericht hatte die einstweilige Verfügung zunächst erlassen,<sup>66)</sup> diese dann aber nach Verweisung an eine Kammer für Handelssachen durch die Verfügungsbeklagte<sup>67)</sup> im Urteilsverfahren unter Berufung auf den markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz, soweit angefochten, aufgehoben.<sup>68)</sup>

#### 2. Wesentliche Aussagen: Schlussfolgerung von der kartellrechtlichen Zulässigkeit qualitativ-selektiven Vertriebs zur Ausnahme von der markenrechtlichen Erschöpfung

Das OLG Düsseldorf hat das landgerichtliche Urteil und die Beschlussverfügung wiederhergestellt, also erneut erlassen. Das OLG Düsseldorf versagt der Verfügungsbeklagten die Berufung auf die markenrechtliche Erschöpfung mit dem Argument, dass die Umgehung des selektiven Vertriebssystems der Verfügungsklägerin für die von dieser in Deutschland exklusiv verwerteten Marken die Gefahr einer Rufschädigung begründe.<sup>69)</sup> Ein Wiederverkäufer müsse bei Waren mit „Luxus- und Prestigecharakter“, um den berechtigten Interessen des Markeninhabers nicht sittenwidrig zuwiderzuhandeln, darauf achten, diesen Charakter sowie die von den Waren ausgehende „luxuriöse Aura“ nicht zu schädigen.<sup>70)</sup> Tut er dies nicht, könne dem Vertrieb der (an sich) markenrechtlich erschöpften Ware § 24 Abs. 2 MarkenG bzw. Art. 15 Abs. 2 UMV entgegen gehalten werden.<sup>71)</sup>

58) S. oben Text zu und in Fn. 50 f.

59) Man wird freilich davon ausgehen müssen, dass dieser Mehrwert hinreichend sicher identifizierbar und daher nicht nur völlig unerheblich ist, vgl. auch *Eggers*, ZLR 2018, 397, 399; weiter in etwas anderem Kontext offenbar *Siegert*, BB 2018, 131, 134 f.

60) Nach Wikipedia bedeutet „Luxus (...) Verhaltensweisen, Aufwendungen oder Ausstattung, welche über das übliche Maß (den üblichen Lebensstandard) hinausgehen bzw. über das in einer Gesellschaft als notwendig oder sinnvoll erachtete Maß. Luxus fasst damit Phänomene zusammen, die für einen großen Teil der Bezugsgruppe als erstrebenswert gelten.“, <https://de.wikipedia.org/wiki/Luxus>.

61) Vgl. *Eggers*, ZLR 2018, 397, 399.

62) S. oben Text zu und in Fn. 23 f.

63) Ähnl. *Brömmelmeyer*, NZKart 2018, 62, 64.

64) S. schon oben Text in Fn. 14.

65) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb.

66) LG Düsseldorf, 06.03.2017 – 2a O 69/17 (n.v.).

67) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 6 ff. – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb.

68) LG Düsseldorf, 27.06.2017 – KfH (n.v.) – Das Az. ist im Urteil des OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 17 – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb nicht mitgeteilt.

69) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 28 ff. m. w. N. – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb.

70) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 26, 37 – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb unter Berufung u. a. auf EuGH, 04.11.1997 – C-337/95, GRURInt 1998, 140 Rn. 43, 45 ff. – Dior/Evora.

71) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 29 ff. – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb.

## Nägele/Apel, Der Markenwert als Rechtfertigung für qualitativ-selektives Vertriebssystem

27 Hierbei zieht das OLG Düsseldorf ausdrücklich eine Parallele zu den kartellrechtlichen Wertungen des EuGH in „Coty“ zur Zulässigkeit eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems<sup>72)</sup> und hält fest, dass offenbar auch der EuGH davon ausgeht, dass der Schutz des Luxusimages von Waren unter dem Kartell- wie auch dem Markenrecht berücksichtigt werden müsse.<sup>73)</sup> Da es auch im vorliegenden Fall um „hochwertige und -preisige Waren mit Luxus- und Prestigecharakter“ gehe und innerhalb des selektiven Vertriebssystems der Verfügungsklägerin strenge Anforderungen an die diesen Charakter stützenden Vertriebsumstände bestünden, denen der Vertrieb der Waren in Online-Shop und „Brick Store“ der Verfügungsbeklagten nicht genügte, stellten beide Vertriebsarten eine Gefährdung des exklusiven Charakters der betroffenen Waren dar.<sup>74)</sup>

### 3. Analyse

#### a) Schutz der Marke legitimer Zweck eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems

28 Das OLG Düsseldorf hat zum *Markenrecht* mit großer Klarheit ausgesprochen, was sich in dieser Deutlichkeit der *kartellrechtlichen* Rechtsprechung des EuGH (bislang) nicht entnehmen lässt.<sup>75)</sup> Unabhängig davon, ob die Zulässigkeit eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems kartellrechtlich geprüft wird oder ob es um die markenrechtliche Zulässigkeit eines Wiederverkaufs außerhalb des Systems unter dem Gesichtspunkt des Unangemessenheitseinwands gegen die Erschöpfung geht,<sup>76)</sup> kann das vom Systembetreiber verfolgte Ziel, das Prestige seiner Marke zu erhalten, *für sich betrachtet* legitimer Grund sowohl kartellrechtlich für die Einrichtung eines solchen Systems als auch markenrechtlich für die Unterbindung eines Warenvertriebs außerhalb des Systems sein.<sup>77)</sup>

#### b) Und umgekehrt ...

29 An dieser Stelle kann jedoch nicht stehen geblieben werden: Unabhängig von einem etwaigen „Luxuscharakter“ oder „-image“ der betroffenen Waren oder Marken muss es einem Markeninhaber stets möglich sein, den Ruf seiner Marke aufzubauen<sup>78)</sup> und zu verteidigen.<sup>79)</sup> Denn den (wesentlichen) Wert einer Marke macht letztlich stets der Ruf aus, den diese bzw. die die Marken (legal) verwendenden Unternehmen am Markt genießen.<sup>80)</sup> Es ist nicht einzusehen, warum pauschal nur bei „Premiumprodukten“ ein entsprechender Markenwert durch Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems verteidigt werden können sollte. Auch hier gilt, dass letztlich jeder mit einer Marke verbundene (nicht unerhebliche) Mehrwert gegenüber am Markt vorhandenen Vergleichsprodukten ein geeigneter

Grund für die Einrichtung eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems sein kann.<sup>81)</sup> Ein so verstandenes und objektiv fundiertes „Prestige“ ist Kern des zu schützenden Produkt- und Markenwertes und ein besser geeigneter Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit eines qualitativ-selektiven Vertriebssystems als der wolkige und unbestimmte Begriff der „Luxusware“ bzw. „Luxusmarke“.

Da auch der EuGH Wettbewerbsbeschränkungen zum Schutz des Kernbereichs von Immaterialgüterrechten für zulässig hält,<sup>82)</sup> und auch der Schutz des Rufs der Marke als spezifischer Gegenstand des Markenrechts anerkannt ist,<sup>83)</sup> stehen der hiesigen Lesart auch keine funktionalen oder unionsrechtlichen Einwände entgegen. Den kartell- wie markenrechtlichen Fragen, die sich sowohl bei der Beurteilung qualitativ-selektiver Vertriebssysteme als auch bei Fragen der (Verneinung der) markenrechtlichen Erschöpfung stellen, ist ein moderner Begriff des Immaterialgüterrechts Marke als multifunktionales Kommunikationsmittel am Markt<sup>84)</sup> zu Grunde zu legen. Diesen haben auch Gesetzgeber und Rechtsprechung längst anerkannt, indem sie neben der traditionell geschützten Herkunftsfunktion<sup>85)</sup> mittlerweile eine Reihe weiterer Markenfunktionen akzeptieren, u. a. die Werbe-, die Kommunikations- und die Qualitätsfunktion, die Investitionsfunktion und die Vertrauens- und Garantiefunktion der Marke.<sup>86)</sup>

Anknüpfungspunkt für die kartell-<sup>87)</sup> und markenrechtliche Beurteilung ist folglich an sich nicht das Produkt, sondern die Marke.<sup>88)</sup> Über die Marke entscheidet der Unternehmer über die Art und Weise der Positionierung seines Produkts am Markt und damit über die erforderliche Ausgestaltung des Vertriebs für das Produkt – und nicht umgekehrt. Daraus folgt, dass sachliche Kriterien für eine qualitative Selektion von Wiederverkäufern gerechtfertigt sind, wenn sie Ausdruck der o. g. Markenfunktionen sind bzw. deren Schutz dienen.

Führt man diese Überlegungen weiter, müssen wohl auch Entscheidungen wie jene des BGH in „Preissuchmaschinen II“<sup>89)</sup> kritisch hinterfragt werden, die diese markenfunktionale Betrachtung grundlegend verkennen. Das würde an dieser Stelle aber zu weit führen.

### V. Schlussfolgerungen und Fazit

Das „Coty“-Urteil des EuGH hat zu einer Klarstellung der rechtlichen Ausgangslage für die Beurteilung der Zulässigkeit qualitativer selektiver Vertriebssysteme geführt. Das Urteil „Forever Living“ des Oberlandesgerichts Hamburg hat diesen Kriterienkatalog konsequent auf ein selektives Vertriebssystem, das keine Luxuswaren betraf, angewandt. Das Urteil „Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb“ des Ober-

72) S. oben II.

73) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 28 – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb, gestützt wohl auf das Zitat des markenrechtlichen Urteils EuGH, 23.04.2009 – C-59/08, WRP 2009, 938 – Copad in EuGH, 06.12.2017 – C-230/16, WRP 2018, 33 Rn. 25 – Coty und öfter.

74) OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 30 ff. – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb – u. a. werde die Ware wahllos neben Alltags- und Massenprodukten, darunter auch besonders günstigen Produkten unter der Handelsmarke der Verfügungsbeklagten, angeboten und eine Produktberatung finde nicht statt.

75) S. oben Fn. 73.

76) § 24 Abs. 2 MarkenG, Art. 15 Abs. 2 UMW.

77) S. erneut OLG Düsseldorf, 06.03.2018 – I-20 U 113/17, WRP 2018, 1102 (in diesem Heft) Rn. 28 f. – Kein Erschöpfungseinwand bei rufschädigendem Produktvertrieb; ähnlich auch schon OLG Karlsruhe, 25.11.2009 – 6 U 47/08, WRP 2010, 412 – Scout; vgl. auch Louven, CR 2018, 31, 33, 35 f.

78) Vgl. Eggers, ZLR 2018, 397, 399 unter Bezugnahme auf BGH, 12.12.2017 – KZR 50/15, WRP 2018, 340 – RIMOWA.

79) Vgl. auch Siegert, BB 2018, 131, 134.

80) Daher werden Herkunfts- und Qualitätsfunktion der Marke oft als besonders bedeutsam betont, vgl. nur EuGH, 18.06.2009 – C-487/07, WRP 2009, 930 Rn. 63 – L'Oréal/Bellure; EuGH, 23.04.2009 – C-59/08, WRP 2009, 938 Rn. 28 f. – Copad; Hacker, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. 2018, Einl. Rn. 42 f. m. w. N.

81) S. oben III. 3, III. 4.; etwas enger offenbar Moritz, ZVertriebsR 2017, 31 f.: Nicht einzusehen, warum der subjektiv vom Markeninhaber angestrebte Reputationsschutz eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen solle, aber Aufbau und Schutz von Reputation könne objektiv wettbewerbsrechtlich erwünscht sein.

82) EuGH, 04.10.2011 – C-403/08, C-429/08, WRP 2012, 434 Rn. 94 ff. – Football Association Premier League Ltd/QC Leisure u. a.

83) EuGH, 04.11.1997 – C-337/95, GRURInt 1998, 140 Rn. 43, 45 ff. – Dior/Evora; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2010, Einl. D MarkenG Rn. 9; Hacker, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 128 m. w. N.

84) Grundlegend Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2010, Einl. D MarkenG Rn. 1 ff.; vgl. auch EuGH, 18.06.2009 – C-487/07, WRP 2009, 930 – L'Oréal und hierzu wiederum Fezer, WRP 2010, 165, 177 ff.

85) „Hauptfunktion“, s. nur EuGH, 17.10.1990 – C-10/89, GRURInt 1990, 960 Rn. 13 ff. – HAG II; BGH, 13.06.2002 – I ZB 1/00, WRP 2002, 1281 – Bar jeder Vernunft.

86) Vgl. Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2010, Einl. D MarkenG Rn. 1 ff., § 2 MarkenG Rn. 66 (dort unter Bezugnahme auf den Bekanntheitsschutz in § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG).

87) Zum ebenfalls nicht immer einfachen Verhältnis Kartellrecht/UWG bei selektiven Vertriebssystemen, dem hier nicht vertieft nachgegangen werden kann, s. etwa Simon, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S 9 Rn. 75 ff.

88) Vgl. auch Simon, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S 9 Rn. 52.

89) BGH, 12.12.2017 – KVZ 41/17, WRP 2018, 337 – Preissuchmaschinenverbot II; hierzu allgemein z. B. Fiedler/Serafimova, NZKart 2018, 252.

landesgerichts Düsseldorf hat darüber hinaus zutreffend die Verbindung zwischen den kartellrechtlichen Kriterien zur Rechtfertigung eines selektiven Vertriebssystems und den Kriterien für die Anwendung einer Ausnahme vom markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz hergestellt, die sich ihrerseits aus dem ge-

schützten Kern des markenrechtlichen Immaterialgüterrechts ableiten. Daraus folgt dann auch umgekehrt, dass diese einander entsprechenden Kriterien einen qualitativen selektiven Vertrieb rechtfertigen. Sie gehören zum Kern des Immaterialgüterrechts Marke und schützen und fördern den Wert der Marke.

## RECHTSPRECHUNG

### Wettbewerbsrecht

#### Dyson u. a. / BSH Home Appliances

RL 2005/29/EG Art. 7; RL 2010/30/EU Art. 3 Abs. 1 Buchst. b); VO (EU) Nr. 665/2013 Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4

*EuGH, Urteil vom 25.07.2018 – C-632/16*

ECLI:EU:C:2018:599

**1. Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates ist dahin auszulegen, dass es keine „irreführende Unterlassung“ im Sinne dieser Vorschrift darstellt, wenn dem Verbraucher die Informationen über die Testbedingungen, die zu der auf dem Etikett über die Energieklasse der Staubsauger nach den Vorgaben in Anhang II der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 665/2013 der Kommission vom 3. Mai 2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energieverbrauchskennzeichnung von Staubsaugern angegebenen Energieeinstufung geführt haben, vorenthalten werden.**

**2. Die Delegierte Verordnung Nr. 665/2013 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen ist dahin auszulegen, dass sie dem entgegensteht, dass an anderer Stelle als auf dem Etikett über die Energieklasse der Staubsauger nach den Vorgaben in Anhang II der Delegierten Verordnung Nr. 665/2013 Etiketten oder Symbole angebracht werden, die auf die Informationen auf dem Energieetikett verweisen, wenn diese Anbringung beim Endverbraucher zu Irreführung oder Unklarheit hinsichtlich des Energieverbrauchs des fraglichen im Einzelhandel vertriebenen Staubsaugers während seines Gebrauchs führen kann; dies unter Berücksichtigung aller einschlägigen Gesichtspunkte aus Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.**

### Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 665/2013 der Kommission vom 3. Mai 2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energieverbrauchskennzeichnung von Staubsaugern (ABl. 2013, L 192, S. 1) sowie von Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. 2005, L 149, S. 22, berichtigt in ABl. 2009, L 253, S. 18).

Es ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der Dyson Ltd und der Dyson BV (im Folgenden zusammen: Dyson) einerseits und der BSH Home Appliances NV (im Folgenden: BSH) andererseits über unlautere Geschäftspraktiken, die BSH anzulasten seien, weil sie zum einen Informationen zur Energieleistung der von ihr vertriebenen Staubsauger vorenthalten und zum anderen auf der Verpackung der von ihr vertriebenen Staubsauger weitere Informationen als die auf dem Energieklasse-Etikett der Staubsauger nach den Vorgaben in Anhang II der Delegierten Verordnung Nr. 665/2013 (im Folgenden: Energieetikett) verbindlich vorgeschriebenen hinzugefügt hat.

### Rechtlicher Rahmen

(...)

### Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Sowohl Dyson als auch BSH vertreiben Staubsauger, die nach der Delegierten Verordnung Nr. 665/2013 beim Verkauf mit einem Energieetikett zu versehen sind. Dieses Etikett spiegelt die Ergebnisse von Tests wider, die mit einem leeren Behältnis ausgeführt wurden. Dyson wirft BSH u. a. vor, den Verbraucher in die Irre geführt und sich unlauterer Geschäftspraktiken schuldig gemacht zu haben. Vor diesem Hintergrund erhob Dyson eine Klage vor dem vorlegenden Gericht, dem Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (Präsident des Handelsgerichts Antwerpen, Belgien).

Das vorlegende Gericht weist als Erstes den Vorwurf von Dyson zurück, BSH habe sich einer unlauteren Geschäftspraktik bedient, indem sie auf den Energieetiketten der von ihr vertriebenen Staubsauger die Energieklasse A vermerkt habe. Die mit einem leeren Behältnis durchgeführten Tests führten nämlich