

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3  
K&R

- Editorial: Datenschutz im Smart Home  
*Dr. Markus Böhme*
- 145 Der In-Game-Verkauf von Lootboxen – jugendgefährdendes Glücksspiel oder bloßes Transparenzproblem?  
*Dr. Patrick Ehinger und Lukas Schadomsky*
- 149 Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 1)  
*Prof. Dr. Christoph Degenhart*
- 155 Sensibilisierungsversuch des BayLDA – die Online-Selbsteinschätzung zur DSGVO  
*Orcun Sanli und Christoph Knopp*
- 160 Der Versand von E-Mails an falsche Empfänger  
*Dr. Bernd Lorenz*
- 163 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 165 EuGH: Verbraucher kann nur eigene Ansprüche gegen soziales Netzwerk geltend machen
- 178 BGH: Selektives Vertriebssystem mit Verbot für Preisvergleichsportale rechtswidrig mit Kommentar von *Dr. Christoph Rempe*
- 186 BGH: Festzins Plus: Irreführende Blickfangangabe bei Online-Werbung für Kapitalanlage
- 190 OLG Frankfurt a. M.: Vertrag über Kauf von Adressdaten mangels Einwilligung Betroffener nichtig
- 197 Hanseatisches OLG Bremen: Ermittlungsverfahren wegen Urheberrechtsverletzung im europäischen Online-Handel
- 199 OLG Dresden: Unverpixelte Bildberichterstattung im Zusammenhang mit Strafverfahren kann zulässig sein
- 212 BVerwG: Speicherung und Nutzung von Telekommunikations-Metadaten durch den BND rechtswidrig

21. Jahrgang

März 2018

Seiten 145 – 216

2014, 569 Rn. 14 – HOT). Weil der Verkehr die Marke so wahrnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen, kann ein Bedeutungsgehalt, der erst in mehreren gedanklichen Schritten ermittelt wird, die Annahme einer fehlenden Unterscheidungskraft nicht tragen (vgl. BGH, Beschl. v. 21. 12. 2011 – I ZB 56/09, GRUR 2012, 270 Rn. 12 = WRP 2012, 337 – Link economy; BGH, GRUR 2012, 1143 Rn. 10 – Starsat; BGH, Beschl. v. 6. 11. 2013 – I ZB 59/12, GRUR 2014, 565 Rn. 24 = WRP 2014, 576 smartbook; Beschl. v. 10. 7. 2014 – I ZB 18/13, GRUR 2014, 872 Rn. 50 = WRP 2014, 1062 – Gute Laune Drops; Beschl. v. 31. 5. 2016 – I ZB 39/15, GRUR 2016, 934 Rn. 18 = WRP 2016, 1109 – OUI).

**16** (2) Dem Zeichen „Pippi Langstrumpf“ fehlt als Name einer fiktiven Romanfigur ein enger beschreibender Bezug zu den Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen“.

**17** Das Bundespatentgericht ist davon ausgegangen, die Figur der „Pippi Langstrumpf“ rufe zahlreiche Assoziationen hervor, die vordergründig und naheliegend mit den Verhaltensweisen dieser Romanfigur in Beziehung stünden. Es hat hingegen nicht festgestellt, dass der Inhalt der Pippi-Langstrumpf-Romane oder die Verhaltensweisen der Romanfigur einen inhaltlichen Bezug zum Beherbergungsgewerbe aufweisen. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Annahmen des Bundespatentgerichts zutreffen, der Verkehr werde bei einer unter dem Zeichen „Pippi Langstrumpf“ angebotenen Beherbergungsdienstleistung annehmen, sie sei speziell auf die Bedürfnisse von Kindern ausgerichtet und es würden spezielle Spielzeuge oder Gerätschaften für Kinder vorgehalten.

**18** Fehlt ein inhaltlicher Bezug zwischen der namensgebenden Romanfigur und den geschützten Dienstleistungen, hat die Marke als solche keinen beschreibenden Charakter. Die inhaltlichen Zuschreibungen, die der Verkehr nach Auffassung des Bundespatentgerichts von der Romanfigur auf unter ihrem Namen angebotene Beherbergungsdienstleistungen überträgt, begründen allenfalls einen beschreibenden Anklang der angegriffenen Marke. Der Umstand, dass eine Marke als sprechendes Zeichen einen Hinweis nicht nur auf die betriebliche Herkunft, sondern auch auf die gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung gibt, steht der Annahme der Unterscheidungskraft jedoch nicht entgegen (BGH, Beschl. v. 18. 3. 1999 – I ZB 27/96, GRUR 1999, 988, 990 = WRP 1999, 1038 – House of Blues). Hier verhält es sich nicht anders als in Fällen, in denen nicht beschreibende Zeichen als Werbemittel etwa in Form von Werbeslogans, Qualitätshinweisen oder Aufforderungen zum Kauf der Waren oder Dienstleistungen verwendet werden, auf die sich die Marke bezieht. Wenn die Verkehrskreise das Zeichen (auch) als Herkunftshinweis für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen wahrnehmen, kann die Unterscheidungskraft nicht deshalb verneint werden, weil es gleichzeitig oder sogar in erster Linie als Werbemittel aufgefasst wird (vgl. EuGH, Urt. v. 21. 1. 2010 – C-398/08, Slg. 2010, I-535 = GRUR 2010, 228 Rn. 45 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH, Beschl. v. 31. 3. 2010 – I ZB 62/09, BGHZ 185, 152 Rn. 15 – Marlene-Dietrich-Bildnis II).

**19** IV. Die Entscheidung des Bundespatentgerichts kann danach nicht aufrechterhalten werden. Sie ist aufzuheben und die Sache an das Bundespatentgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 89 Abs. 4 S. 1 MarkenG).

## Vergütungspflicht für USB-Sticks und Speicherkarten aus tariffreier Zeit

BGH, Beschluss vom 14. 12. 2017 – I ZR 266/15

Volltext-ID: KuRL2018-178, www.kommunikationundrecht.de

ECLI:DE:BGH:2017:141217BIZR266.15.0

Verfahrensgang: OLG München, 26. 11. 2015 – 6 Sch 13/13 WG

§ 53 UrhG

**Der Senat hat angenommen, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe die Vergütung nicht in den Preis der von ihr in den Jahren 2008 und 2009 hergestellten und in Deutschland in Verkehr gebrachten USB-Sticks und Speicherkarten einfließen lassen können, weil zu dieser Zeit dafür kein Tarif der Verwertungsgesellschaften bestanden habe (vgl. BGH, GRUR-RR 2017, 486 Rn. 37). Diese Beurteilung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und erfordert kein Vorabentscheidungsersuchen. (Leitsatz der Redaktion)**

## Selektives Vertriebssystem mit Verbot für Preisvergleichsportale rechtswidrig

BGH, Beschluss vom 12. 12. 2017 – KVZ 41/17

ECLI:DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0

Verfahrensgang: OLG Düsseldorf, 5. 4. 2017 – VI-Kart 13/15 (V)

Art. 101 Abs. 1 AEUV; Art. 4 lit. c VO (EU) Nr. 330/2010

**Die betreffende Klausel im Vertriebssystem der Betroffenen sieht vor, dass den Einzelhändlern eine Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen generell untersagt ist. Damit handelt es sich um ein Per-se-Verbot, das unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Preissuchmaschine greift. Es handelt sich damit um eine rechtswidrige Kernbeschränkung. (Leitsatz der Redaktion)**

### Sachverhalt

Die Betroffene ist die deutsche Vertriebsgesellschaft der ASICS-Gruppe. Sie beabsichtigte, einen Selektivvertrieb einzuführen. Die dafür vorgesehenen Verträge, die einerseits für „konventionelle Händler“, andererseits für „Internethändler“ gelten sollten und als „Vertriebssystem 1.0“ bezeichnet wurden, sahen verschiedene Beschränkungen beim Vertrieb über das Internet vor. Den Händlern war untersagt, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten ASICS-Händlers zu leiten. Der Vertrag sah ferner ein Verbot vor, die Funktionalität von Preisvergleichsmaschinen zu unterstützen. Darüber hinaus war den Händlern verboten, Vertragswaren über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würde nicht abgebildet.

Das Bundeskartellamt leitete im September 2011 gegen die Betroffene ein Verfahren nach § 32 GWB wegen des Verdachts des Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 20 Abs. 1, 2 GWB a. F. ein. Noch vor Abschluss des

Verwaltungsverfahren gab die Betroffene die Durchführung der bisherigen Verträge auf. Sie wendet seitdem ein geändertes selektives Vertriebssystem an.

Mit Beschl. v. 26.8.2015 stellte das Bundeskartellamt nach § 32 Abs. 3 GWB fest, dass die Anwendung des „Vertriebssystems 1.0“ durch die Betroffene gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Händlern rechtswidrig war.

Die Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (OLG Düsseldorf NZKart 2017, 316 = WuW 2017, 406). Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Betroffene mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

### Aus den Gründen

**5 II.** Die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 GWB liegen nicht vor.

**6 1.** Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass das Verbot, Preisvergleichsportale zu nutzen, gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verstoße und nicht freigestellt sei.

**7** Die betreffende Klausel im „Vertriebssystem 1.0“ der Betroffenen sieht vor, dass den Einzelhändlern eine Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen generell untersagt ist. Damit handelt es sich um ein Per-se-Verbot, das unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Preis-suchmaschine greift.

**8** Entgegen der Auffassung der Betroffenen kommt der Frage, ob ein solches generelles Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt, keine grundsätzliche Bedeutung zu.

**9** Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 34/11 Rn. 14 m. w. N.). Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache überdies dann zu, wenn sie eine Rechtsfrage aufwirft, die den BGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtete (BGH, Beschl. v. 6.3.2001 – KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 Rn. 6 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

**10 a)** Die Frage, ob ein Per-se-Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c der VO (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) darstellt, ist nicht klärungsbedürftig.

**11 aa)** Die Betroffene nimmt die Beurteilung des Beschwerdegerichts hin, das „Vertriebssystem 1.0“ unterfalle dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV.

**12 bb)** Nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO gilt die Freistellung nach Art. 2 nicht für vertikale Vereinbarungen, die die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems bezwecken.

**13 cc)** Die Frage, ob ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen die Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher durch den Einzelhändler bezweckt, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden. Sie ist gleichwohl nicht klärungsbedürftig, weil ihre Beantwortung nicht zweifelhaft ist und hierzu keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten werden.

**14 (1)** Nach Auffassung des Bundeskartellamts stellt eine Klausel, wonach es dem Einzelhändler generell, also unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Preisvergleichsmaschine, untersagt ist, eine solche durch Bereitstellung entsprechender Schnittstellen zu unterstützen, eine Regelung dar, die eine Beschränkung zumindest passiver Verkäufe an Endverbraucher durch die zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Einzelhändler bezweckt. Es handele sich damit um eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c Vertikal GVO. Das Beschwerdegericht hat sich dieser Einschätzung angeschlossen.

**15 (2)** Die Auffassung der Betroffenen, die Kommission vertrete im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce (Commission Staff Working Document vom 10.5.2017, Com[2017]229 final) eine abweichende Ansicht, trifft nicht zu.

**16** Die Kommission führt in ihrem Abschlussbericht zunächst aus, sie habe zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen bei der Verwendung von Preissuchmaschinen als Verstoß gegen Art. 101 AEUV anzusehen seien, bislang noch nicht Stellung genommen. Die Vertikal-Leitlinien (Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010/C 130/01) enthielten hierzu keine konkrete Beurteilung (Rn. 542).

**17** Nach einer Erläuterung der Unterschiede zwischen einem Online-Marktplatz und einer Preissuchmaschine (Rn. 543 bis 550) heißt es weiter, dass Beschränkungen in der Möglichkeit zur Nutzung von Preissuchmaschinen, die nicht an Qualitätskriterien anknüpfen, die effektive Nutzung des Internets als Vertriebskanal beschränkten. Danach sei ein Verbot der Nutzung solcher Instrumente ohne Anknüpfung an Qualitätskriterien eine potentielle Einschränkung der Möglichkeiten, die das Internet biete, und könne auf eine Beschränkung des passiven Verkaufs nach Art. 4 lit. b oder c Vertikal-GVO hinauslaufen (Rn. 552). Demgegenüber könnten Beschränkungen, die auf qualitative Kriterien gestützt seien, von der Vertikal-GVO gedeckt sein (Rn. 553).

**18** Diesen Ausführungen kann nicht entnommen werden, dass die Kommission ein Per-se-Verbot der Unterstützung von Preissuchmaschinen durch den Einzelhändler nicht als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO ansieht.

**19 (3)** Die Betroffene zeigt auch nicht auf, dass in Rechtsprechung oder Literatur eine andere Auffassung vertreten wird.

**20 b)** Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH veranlasst.

**21 aa)** Der Gerichtshof hat die Frage, ob ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen in einem selektiven Vertriebssystem eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt, bislang nicht entschieden.

**22** Anders als die Klausel, um die es in der Entscheidung „Pierre Fabre“ (EuGH, Slg. 2011, I-9447) ging, führt die hier in Rede stehende Klausel nicht dazu, dass dem Ein-

zelhändler der Verkauf über das Internet de facto unmöglich gemacht wird, sondern beschränkt sie lediglich die Möglichkeiten, die dieser Vertriebsweg bietet. In der Entscheidung „Coty Germany GmbH“ (Urt. v. 6. 12. 2017 – C-230/16) ging es um eine Klausel, die es den autorisierten Einzelhändlern eines selektiven Vertriebssystems für Luxusartikel verbot, beim Verkauf der Vertragswaren im Internet nach außen erkennbar nicht autorisierte Drittunternehmen einzuschalten.

**23** bb) Es ist nicht zweifelhaft, dass unter den hier vorliegenden Umständen ein solches Per-se-Verbot als Beschränkung zumindest des passiven Verkaufs an Endverbraucher durch die Einzelhändler zu qualifizieren ist und damit eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt.

**24** (1) Durch dieses Verbot ist es den Einzelhändlern unabhängig davon, wie die jeweilige Preisvergleichsmaschine konkret ausgestaltet ist, untersagt, Preisvergleichsmaschinen durch die Bereitstellung entsprechender Schnittstellen zu unterstützen. Dies hat zur Folge, dass das Online-Angebot des Einzelhändlers über eine solche Preisvergleichsmaschine nicht aufgefunden werden kann.

**25** Ein solches Verbot führt zu einer wesentlichen Beschränkung des Einzelhändlers im Online-Handel. Im Hinblick auf das große Produktangebot im Internet und die Vielzahl der dort tätigen Anbieter kommt Preissuchmaschinen eine erhebliche Bedeutung zu. Sie ermöglichen es den Internetnutzern, die sich bereits für ein konkretes Produkt entschieden haben und dieses erwerben wollen, gezielt danach zu suchen, welcher Händler es zu welchen Konditionen anbietet. Ein Einzelhändler kann danach durch ein preislich günstiges Angebot und die Verknüpfung mit einer Preissuchmaschine die Chance deutlich verbessern, dass Internetnutzer, die sich für das betreffende Produkt interessieren, sein Online-Angebot wahrnehmen.

**26** (2) Das Bundeskartellamt und das Beschwerdegericht haben angenommen, dass eine solches Verbot jedenfalls dann, wenn es – wie hier – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Preisvergleichsmaschine gelten soll, also nicht etwa an Qualitätsanforderungen anknüpft, als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO einzuordnen ist.

**27** (3) Die Auffassung der Betroffenen, die Kommission sei in ihrem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce zu einer anderen Einschätzung gelangt, trifft, wie bereits ausgeführt, nicht zu. Die Betroffene zeigt auch sonst nicht auf, dass in Rechtsprechung oder Literatur der von ihr vertretene Standpunkt geteilt wird.

**28** (4) Auch aus der bereits erwähnten Entscheidung des EuGH vom 6. 12. 2017 (C-230/16 „Coty Germany GmbH“) ergeben sich keine Zweifel an dieser Beurteilung.

**29** Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung ausgesprochen, dass ein den Händlern in einem selektiven Vertriebssystem für Luxuswaren auferlegtes Verbot, beim Verkauf der Vertragswaren im Internet nach außen erkennbar nicht autorisierte Drittunternehmen einzuschalten, unter den dort vorliegenden Umständen keine Kernbeschränkung i. S. von Art. 4 lit. b oder c Vertikal-GVO darstelle. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, dass den Händlern nach den vertraglichen Bestimmungen unter bestimmten Bedingungen gestattet war, über das Internet auf Drittplattformen und mittels Online-Suchmaschinen Werbung zu betreiben, was es den Kunden ermögli- che, mittels solcher Suchmaschinen Zugang zum Internet-Angebot der Händler zu erlangen (Rn. 67).

**30** Abgesehen davon, dass das „Vertriebssystem 1.0“ keine Luxuswaren betrifft, war den betroffenen Händlern nach diesem Vertrag nicht nur die Unterstützung der Funktionalität von Preissuchmaschinen verboten. Ihnen war dar über hinaus untersagt, einem Dritten zu gestatten, Markenzeichen von ASICS auf der Internetseite eines Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des Händlers zu leiten. Schließlich war es ihnen verboten, Vertragswaren über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würden nicht abgebildet. Bei einer solchen Kombination von Beschränkungen war – anders als in dem vom EuGH zu beurteilenden Fall – nicht gewährleistet, dass die Kunden, die sich für Produkte der Betroffenen interessieren, in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internet-Angebot der Vertragshändler haben.

**31** 2. Auch die von der Betroffenen aufgeworfene Frage nach der Reichweite der Bindungswirkung nach Art. 33 Abs. 4 S. 1 GWB in der bis zur 9. GWB-Novelle geltenden Fassung rechtfertigt die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht.

**32** a) Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die Anwendung des „Vertriebssystems 1.0“ durch die Betroffene gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Händlern rechtswidrig war. Es hat diese Feststellung damit begründet, dass der betreffende Vertrag gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verstoße, eine Gruppenfreistellung ausscheide, weil der Vertrag Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO enthalte, und die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nicht erfüllt seien.

**33** Kernbeschränkungen sieht das Bundeskartellamt zum einen im Verbot, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten Händlers zu leiten, zum anderen in dem Per-se-Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen durch die Bereitstellung entsprechender Schnittstellen.

**34** b) Das Beschwerdegericht hat diesen Beschluss zutreffend dahin verstanden, dass er die Anwendung des „Vertriebssystems 1.0“ als solches für rechtswidrig erklärt, mithin die Bewertung, dass beide Klauseln je für sich als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO anzusehen sind, nur der Begründung dieser Feststellung dient.

**35** Danach war das Beschwerdegericht nicht daran gehindert, die Zurückweisung der Beschwerde damit zu begründen, dass die Auffassung des Bundeskartellamts hinsichtlich des generellen Verbots der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen zutreffe, und die Frage, ob auch die weitere Klausel als Kernbeschränkung einzuordnen sei, offen zu lassen. Denn die Feststellung, dass die Anwendung des „Vertriebssystems 1.0“ rechtswidrig war, ist bereits dann gerechtfertigt, wenn diese Vereinbarung eine Klausel enthält, die als Kernbeschränkung zu qualifizieren ist und die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nicht vorliegen.

**36** c) Die Frage, ob ein Vertrag, der eine Regelung enthält, die eine Kernbeschränkung i. S. von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt, deshalb stets insgesamt nichtig ist oder nicht, wird unterschiedlich beurteilt (für Gesamtnichtigkeit Vertikal-Leitlinien Rn. 70; Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 4 Vertikal-VO Rn. 111 m. w. N.; Nolte in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., nach Art. 101 AEUV Rn. 406; anders etwa Krauß in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., § 1 GWB Rn. 321 m. w. N.). Diese Frage stellt sich jedoch

im Streitfall nicht. Sie ist gegebenenfalls in einem nachfolgenden Rechtsstreit zu beantworten. Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren: 3 Millionen Euro

## Kommentar

### Beschränkungen des Online-Vertriebs

RA Dr. Christoph Rempe, Bielefeld\*

#### I. Die Entscheidung

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit Beschränkungen des Internetvertriebs in Händlerverträgen, nachdem der EuGH in seiner Entscheidung „Coty-Germany“<sup>1</sup> entschieden hatte, dass für Luxusartikel Plattformverbote im Internetvertrieb unter bestimmten Bedingungen zulässig sein können. Es ist daher spannend zu sehen, wie der BGH vor dem Hintergrund dieser Entscheidung nun ähnliche Beschränkungen des Internetvertriebs bewertet.

Der Turnschuh-Hersteller Asics hatte über seine deutsche Vertriebsgesellschaft ein „Vertriebssystem 1.0“ aufgelegt. Dabei handelte es sich um ein selektives Vertriebssystem, das sehr restriktive Regelungen zum Online-Vertrieb enthielt. Zwar war der Online-Vertrieb grundsätzlich gestattet. Allerdings sollten sich Online-Händler wie konventionelle Händler an bestimmte Beschränkungen und Verbote halten. Es wurde allen Händlern verboten, Preisvergleichsportale zu nutzen, also entsprechende Schnittstellen zur Verfügung zu stellen. Außerdem wurde allen Händlern verboten, Dritten zu gestatten, Markenzeichen von Asics auf den Internetseiten der Dritten zu verwenden und zwar vor allem zu dem Zweck, Kunden auf die Internetseite des Asics-Händlers zu leiten. Verboten war zum Beispiel die Verwendung der Marke als Suchwort etwa beim Keyword-Advertising mit Google AdWords.

Das Bundeskartellamt nahm deshalb ein Verwaltungsverfahren gegen Asics Deutschland auf, weil es vor allem in diesen beiden Klauseln eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Internetvertrieb sah. Asics hat daraufhin das „Vertriebssystem 1.0“ durch ein „Vertriebssystem 2.0“ abgelöst, das derartige Beschränkungen nicht mehr enthielt. Daraufhin hat das Bundeskartellamt mit Entscheidung vom 26. 8. 2015 nachträglich festgestellt, dass das gesamte „Vertriebssystem 1.0“ aufgrund dieser beiden Klauseln rechtswidrig war.<sup>2</sup>

Dagegen legte Asics-Deutschland Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein, die mit Entscheidung vom 5. 4. 2017 zurückgewiesen wurde.<sup>3</sup> Das OLG Düsseldorf erkannte in den Klauseln des „Vertriebssystems 1.0“ eine rechtswidrige Kernbeschränkung im Vertikal-Verhältnis zwischen Asics und den Händlern im selektiven Vertriebssystem.<sup>4</sup>

Mit der vorliegenden Entscheidung hat nun auch der BGH diese Auffassung des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf bestätigt, dass das Verbot zur Nutzung von Preisvergleichsportalen eine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung und nicht durch die Vertikal-GVO freigestellt sei. Die Klausel im „Vertriebssystem 1.0“ enthält ein per se-Verbot zur Nutzung von Preisvergleichsportalen und zwar unabhängig davon, wie diese im

Einzelnen konkret ausgestaltet sind. Dieses generelle Verbot zur Nutzung von Preisvergleichsportalen stellt eine Kernbeschränkung gem. Art. 4 lit. c Vertikal-GVO dar. Ob das tatsächlich der Fall ist, sieht Asics-Deutschland anders und hält diese Frage für klärungsbedürftig, weil bislang höchstrichterlich noch nicht darüber entschieden wurde. Entscheidend kommt es somit auf die Frage an, ob das generelle Verbot der Nutzung von Preisvergleichsportalen eine nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO verbotene Kernbeschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems bezweckt oder nicht. Bemerkenswert ist dazu die klare Aussage des BGH, dass diese Frage bereits deshalb nicht klärungsbedürftig sei, weil die Antwort darauf nur sein könne, dass es eine unzulässige Beschränkung ist und hierzu keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten würden.<sup>5</sup>

Durch das generelle Verbot zur Nutzung von Preisvergleichsportalen, also des per se-Verbots wird jedenfalls die Möglichkeit des passiven Verkaufs an Endverbraucher beschränkt, was durch die Klausel im „Vertriebssystem 1.0“ auch bezweckt ist. Denn dem Verbraucher wird die Möglichkeit genommen, zu den jeweiligen Online-Shops der Händler zu gelangen. Das „Vertriebssystem 1.0“ beinhaltet somit ein generelles Werbeverbot, in dem die Nutzung der Preisvergleichsportale verboten ist. Dieses Werbeverbot lässt sich auch mit einem selektiven Vertriebssystem nicht rechtfertigen, wie aus der Regelung des Art. 4 lit. c Vertikal-GVO folgt. Betrachtet man das per se-Verbot zur Nutzung von Preisvergleichsportalen daher als schlichtes Werbeverbot, so muss man dem BGH bei seiner Einschätzung, dass diese Frage nicht umstritten ist, zustimmen.

Weiter nimmt der BGH eine Abgrenzung zur aktuellen Entscheidung des EuGH in Sachen „Coty-Germany“<sup>6</sup> vor. Bei der Entscheidung des EuGH ging es um ein selektives Vertriebssystem für Luxusartikel (Kosmetika), das sich auf nicht-autorisierte Internet-Plattformen von Dritten bezog. Die Lage ist hier jedoch anders, weil in den Vertriebsbedingungen von Coty-Germany den Händlern unter bestimmten Bedingungen erlaubt war, auf Drittplattformen und Online-Suchmaschinen im Internet Werbung zu betreiben, – als „elektronisches Schaufenster, damit der Luxuscharakter der Produkte gewahrt bleibt“<sup>7</sup> – sodass die Kunden auf das Online-Angebot der Händler gelangen konnten. Beim „Vertriebssystem 1.0“ von Asics-Deutschland war dies jedoch gerade nicht der Fall, weil den Händlern unabhängig von der Nutzung von Preissuchmaschinen auch verboten war, überhaupt unter Nutzung des Markenzeichens von Asics auf Internetseiten von Dritten zu werben, um Kunden auf den eigenen Online-Shop umzuleiten. Außerdem enthielt das „Vertriebssystem 1.0“ von Asics-Deutschland auch noch ein Plattformverbot bezogen auf Ebay, Amazon usw. Dieses Bündel an Beschränkungen in Kombination führt den BGH zu seiner Schlussfolgerung, dass damit die Internetwerbung so gut wie ausgeschlossen sei.<sup>8</sup>

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 EuGH, 6. 12. 2017 – C-230/16, K&R 2018, 34.

2 BKartA, Entscheidung vom 26. 8. 2015 – B2-98/11, abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidung\\_n/Kartellverbot/2015/B2-98-11.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidung_n/Kartellverbot/2015/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=3), zuletzt abgerufen am 5. 2. 2018.

3 OLG Düsseldorf, 5. 4. 2017 – VI-Kart 13/15 (V), GRUR 2017, 942.

4 OLG Düsseldorf, 5. 4. 2017 – VI-Kart 13/15 (V), GRUR 2017, 942, 946, Rn. 51 ff.

5 BGH, 12. 12. 2017 – KVZ 41/17, K&R 2018, 178, 179, Rn. 13.

6 EuGH, 6. 12. 2017 – C-230/16, K&R 2018, 34.

7 EuGH, 6. 12. 2017 – C-230/16, K&R 2018, 34.

8 BGH, 12. 12. 2017 – KVZ 41/17, K&R 2018, 178, 180, Rn. 30.

## II. Praxisfolgen

Diese Entscheidung des BGH zusammen mit der Entscheidung des EuGH in Sachen „Coty-Germany“ wird für eine Vielzahl von Vertriebsverträgen, die den Internetvertrieb zum Gegenstand haben, relevant sein. Es ist damit endgültig klar, dass per-se-Verbote zur Nutzung von Online-Plattformen, ohne die Möglichkeit, wenigstens über andere Internetseiten Werbung zu betreiben, zukünftig ausgeschlossen sind. Spannend bleibt noch, wie das LG Frankfurt a. M., das dem EuGH die Sache „Coty-Germany“ vorgelegt hatte,<sup>9</sup> weiter entscheiden wird.

Die Entscheidung bedeutet jedoch nicht, dass Markenhersteller ihren Händlern überhaupt keine Vorgaben zum Internetvertrieb machen dürfen. Das Bundeskartellamt grenzt insoweit allerdings zwischen echten Qualitätsanforderungen für einen effizienten Vertrieb und „überschießenden“ Beschränkungen des Onlinehandels ab.<sup>10</sup>

Qualitätsanforderungen für die Ausgestaltung des eigenen Online-Shops sowie für den Werbeauftritt bei anderen Online-Plattformen sind damit grundsätzlich erlaubt, solange diese vor allem auch in Kombination mit weiteren Beschränkungen nicht dazu führen, dass dem Online-Händler jedwede Werbemöglichkeit genommen wird. Per-se-Verbote aller Art sind damit ausgeschlossen. Schon lange gilt dies zum Beispiel für den so genannten Internet-Mitvertrieb, also den Absatz von Produkten auch über den Online-Shop eines konventionellen Händlers.<sup>11</sup>

Andererseits hat der BGH in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Coty-Germany“ ein „Schlupfloch“ gelassen: Einzelne Plattform-Verbote können ausnahmsweise rechtmäßig sein, wenn dem jeweiligen Händler der passive Verkauf an Verbraucher nicht generell unmöglich gemacht wird, insbesondere durch ein Bündel an Verboten und Beschränkungen. Für die Praxis muss daraus folgen, dass in engen Rahmen die Nutzung einzelner Online-Plattformen verboten werden kann, wenn ansonsten noch andere Online-Plattformen offenstehen.

Es bleibt abzuwarten, wie in der Zukunft durch das Bundeskartellamt und die Gerichte entsprechende Klauseln in Vertriebsverträgen bewertet werden.

<sup>9</sup> LG Frankfurt a. M., 31. 7. 2014 – 2-03 O 128/13.

<sup>10</sup> BKartA, Entscheidung vom 26. 8. 2015 – B2-98/11, Rn. 21.

<sup>11</sup> EuGH, 13. 10. 2011 – C-439/09, K&R 2011, 783 – Pierre-Fabre; dazu: Peepkorn/Heimann, GRUR 2014, 1175.

## Gezielte Behinderung durch wiederholtes Zuleiten widerrufener Portierungsaufträge

**BGH**, Urteil vom 11. 10. 2017 – I ZR 210/16

ECLI:DE:BGH:2017:111017UIZR210.16.0

Verfahrensgang: OLG Düsseldorf, 25. 8. 2016 – I-20 U 107/15;  
LG Düsseldorf, 3. 7. 2015 – 38 O 133/14

§ 4 Nr. 4 UWG

**Ein Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen handelt gemäß § 4 Nr. 4 UWG unlauter, wenn er zu seinen Gunsten von Kunden eines Wettbewerbers erteilte, vor Ausführung widerrufenen Portierungsauf-**

**träge in Kenntnis des Widerrufs erneut systematisch und planmäßig dem Wettbewerber zuleitet, so dass der unzutreffende Eindruck entsteht, die Kunden hätten sich zum wiederholten Male zu seinen Gunsten entschieden. (Leitsatz des Gerichts)**

### Sachverhalt

Die Parteien sind Wettbewerber beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen. Die Klägerin unterhält ein Telefonfestnetz mit Hausanschlüssen für Endkunden. Will ein Kunde der Klägerin künftig die Leistungen der Beklagten oder eines anderen Anschlussanbieters in Anspruch nehmen, bedarf es technischer Umsetzungen durch die Klägerin. Hierzu rechnet die regelmäßig vom Kunden gewünschte Mitnahme der Rufnummer (Portierung).

Im Einklang mit von einem Arbeitskreis der Telekommunikationsnetzbetreiber und -hersteller (AKNN) aufgestellten Regeln leitet der neue Anbieter die Kündigungsmitteilung und den Portierungsauftrag des Kunden über elektronische Schnittstellen an die Klägerin. Nach Eingang der Wechselanzeige ruft ein Mitarbeiter der Klägerin den Kunden an, um die Kündigung zu verifizieren; nach der Behauptung der Beklagten erfolgen diese Anrufe im Rahmen eines „Kundenrückgewinnungsprogramms“ der Klägerin. Entschließt sich der Kunde vor Ausführung der Portierung, die Kündigung rückgängig zu machen, führt die Klägerin die Portierung nicht durch und informiert den neuen Anbieter hierüber durch eine mit „SON“ gekennzeichnete Mitteilung.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe nach Erhalt der Nachricht „SON“ systematisch und planmäßig ohne neuerlichen Kontakt zum Kunden Kündigungsmitteilungen und Portierungsaufträge erneut an die Klägerin geleitet. Dadurch sei der unzutreffende Eindruck entstanden, die Kunden hätten sich zum wiederholten Male zugunsten der Beklagten entschieden. Die Klägerin konkretisiert diesen Vortrag anhand einer Liste von Einzelfällen.

Das LG hat der Klage antragsgemäß stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt (OLG Düsseldorf, MMR 2017, 30). Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

### Aus den Gründen

**7 I.** Das Berufungsgericht hat angenommen, das von der Klägerin beanstandete Verhalten der Beklagten stelle keine gezielte Behinderung der Klägerin im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG a. F.) in Form eines unlauteren Abfangens von Kunden dar. [...]

**9 II.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht verneint werden.

**10 1.** Da der auf Verletzungshandlungen gestützte Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, ist die Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme wettbewerbswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz wettbewerbswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 2. 3. 2017 – I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 13 = WRP 2017, 1081 – Komplettküchen, m. w. N.). Für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2017, 922 Rn. 13 –