

## 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 e.V.

Deutscher Fachverlag GmbH  
Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

Presse-Grosso und die achte GWB-Novelle

- 129 Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**  
Die Bildung kleinteiliger Streitgegenstände als Folge des TÜV-Beschlusses
- 135 Dr. Emil Schwippert**  
Nach TÜV und Branchenbuch Berg
- 140 Dr. Christof Krüger**  
Zum Streitgegenstandsbegriff
- 143 Prof. Dr. Inge Scherer**  
Massiver Irrtum bei Nr. 17 der „Schwarzen Liste“ des UWG-Anhangs?
- 147 Dr. Benjamin Raue**  
Richter und Kläger? Die Doppelrolle der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts
- 153 Dr. Peter J. Schröder**  
Ein Plädoyer gegen den Missbrauch des „Fliegenden Gerichtsstands“ im Online-Handel
- 160 Prof. Dr. Stefan Ernst**  
Die Double-opt-in-Bestätigungsmail als Werbung?
- 163 Prof. Dr. Walter Frenz**  
Kartellrecht im Kraftfahrzeugsektor – Häufig gestellte Fragen (FAQ)
- 167 Hermann Dück und Andreas Maschmer**  
Zwischen „Rule of reason“ und Immanenztheorie – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung
- 172 Expedia / Autorité de la concurrence u. a.**  
EuGH, Urteil vom 13.12.2012 – C-226/11
- 180 Monsterbacke**  
BGH, Beschluss vom 05.12.2012 – I ZR 36/11
- 182 Traum-Kombi**  
BGH, Urteil vom 28.06.2012 – I ZR 110/11
- 228 Verfassungsrechtliche Überprüfung von Kostenentscheidungen**  
VerfGH Bayern, Entscheidung vom 26.10.2012 – Vf. 101-VI-11
- 231** Kommentar von **Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**
- 247 GOLDBÄREN**  
LG Köln, Urteil vom 18.12.2012 – 33 O 803/11

außerhalb des sog. geschützten Bereichs (safe harbour), um angesichts der notwendigen Investitionen überhaupt ein Netz aufzubauen.<sup>37)</sup>

- 22** Es kann indes schwierig sein, eine bestimmte Bedingung für den Zugang zu einem solchen Netz als Qualitätskriterium einzustufen. Davon abzugrenzen sind quantitative Kriterien, die unzulässig sind. Ein solches nicht-qualitatives Kriterium stellt es dar, wenn der Hersteller den Zugang zu seinem Netz zugelassener Werkstätten dann verweigert, wenn die interessierte Werkstatt bereits für die Reparatur von Fahrzeugen der Marke eines konkurrierenden Kraftfahrzeuganbieters zugelassen ist. Schließlich können die Instandsetzungen für eine bestimmte Marke nicht nur von Unternehmen ausgeführt werden, die lediglich für Fahrzeuge einer einzigen Marke und nicht für Instandsetzungsarbeiten für Fahrzeuge anderer Marken zugelassen sind.<sup>38)</sup>
- 23** Hintergrund ist, dass der rein qualitative Selektivvertrieb nicht von Art. 101 AEUV erfasst wird, sondern unter die Gruppenfreistellung nach der KFZ-GVO fällt, sofern der Marktanteil der beteiligten Unternehmen weniger als 30 % beträgt.<sup>39)</sup> Handelt es sich um rein qualitative Kriterien, die für die Wahrung der Qualität erforderlich sind, fallen die Vertriebsvereinbarungen der beteiligten Unternehmen unabhängig von den Marktanteilen nicht unter Art. 101 AEUV.<sup>40)</sup> Tiefer gehend zeigt sich hier, dass zwar die Kraftfahrzeuganbieter ihr Netz zugelassener Werkstätten auf einem qualitativ hochwertigen Niveau halten müssen, aber nur dafür notwendige Kriterien und Einschränkungen benutzen dürfen. Das verhält sich ähnlich wie im Bereich der Personenfreizügigkeit, bei der gleichfalls der Zugang zu bestimmten Berufen und Tätigkeiten nur auf objektiv notwendige Kriterien gestützt werden darf, die zudem nicht diskriminierend angewendet werden müssen.<sup>41)</sup>

## VIII. Fazit

Das EU-Kartellrecht im Kraftfahrzeugsektor bietet sehr viele Fallstricke. Zugleich wird die breite Palette versuchter Maßnahmen deutlich, um unabhängige Werkstätten vom Markt fernzuhalten. Diese benötigen aber einen gleichberechtigten Zugang zur Plattform der Informationen und auch zu Fahrzeugteilen, um effektiv arbeiten zu können. Daher dürfen die Kraftfahrzeughersteller nicht lediglich Netze zugelassener Werkstätten teilhaben lassen. Zudem müssen sie die Vereinbarungen mit diesen zugelassenen Werkstätten so gestalten, dass die unabhängigen Werkstätten nicht praktisch ausgeschlossen bleiben. Betroffen sind nicht nur formale Hindernisse, sondern auch rein tatsächliche und indirekte. Gewisse Benachteiligungen unabhängiger Werkstätten können höchstens durch objektive Kriterien gerechtfertigt werden, die nicht diskriminierend angewendet werden. Diese Kriterien müssen einen sachlichen Hintergrund haben, namentlich um die Qualität der Werkstätten zu gewährleisten.

- 37) Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeuersatzteilen, ABl. 2010 C 138, S. 16 (Rn. 70 ff.).
- 38) Häufig gestellte Fragen zur Anwendung des EU-Kartellrechts im Kraftfahrzeugsektor (FAQ) vom 27.08.2012, Frage 18.
- 39) Häufig gestellte Fragen zur Anwendung des EU-Kartellrechts im Kraftfahrzeugsektor (FAQ) vom 27.08.2012, Frage 18 mit Fn. 32 und 33; Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeuersatzteilen, ABl. 2010 C 138, S. 16 (Rn. 46).
- 40) Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeuersatzteilen, ABl. 2010 C 138, S. 16 (Rn. 43).
- 41) Etwa EuGH, 13.11.2003 – C-313/01, Slg. 2003, I-13467 (Rn. 62 ff.) – Morgenbesser; näher Frenz, Europarecht 1: Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2012, Rn. 1967 ff., 2487 ff.

Wiss. Mit. Hermann Dück und Wiss. Mit. Andreas Maschmer, Siegen\*

## Zwischen „Rule of reason“ und Immanenztheorie – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Die kartellrechtliche Problematik von Markenabgrenzungsvereinbarungen
- III. Voraussetzungen kartellrechtlicher Zulässigkeit
- IV. Dogmatische Lösungsansätze
  - 1. „Rule of reason“
    - a) Konstruktion
    - b) Rechtfertigung
    - c) Anerkennung
  - 2. Immanenztheorie

- a) Konstruktion
- b) Rechtfertigung
- c) Anerkennung

### 3. Einordnung

### V. Ergebnis

## I. Einleitung

Markenabgrenzungsvereinbarungen haben eine hohe Praxisrelevanz, da Markenanmelder/-inhaber hiermit die Koexistenz ihrer Markenanwartschaften/-rechte regeln können. Die Absprachen weisen den Parteien vertraglich den zu beanspruchenden Schutzzumfang ihrer jeweiligen Zeichen zu, um Kollisionen auszuschließen. Dabei sollen Abgrenzungsvereinbarungen meist nicht nur bestehende Markenrechte konkretisieren, sondern auch Unsicherheiten über deren Reichweite beseitigen.<sup>1)</sup>

\* Die Autoren sind Wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Peter Krebs, Universität Siegen. Der Autor Maschmer ist zudem Doktorand von Prof. Dr. Roger Zäch (Universität Zürich). Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 256.

1) Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 311.

- 2 Aufgrund des Zusammenwirkens von Unternehmen beim Vertragsschluss stehen Markenabgrenzungsvereinbarungen in einem Spannungsverhältnis zum Kartellrecht. Nach seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1975<sup>2)</sup> hat der BGH seine Rechtsprechung weiter konkretisiert und im „Jette Joop“-Urteil<sup>3)</sup> ausgeführt, dass sich die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Abgrenzungsvereinbarung, deren (primärer) Zweck nicht in der Beschränkung des Wettbewerbs liege, für die Dauer der Vereinbarung allein nach der markenrechtlichen Rechtslage bei ihrem Abschluss bemesse.<sup>4)</sup>
- 3 Das in der Abgrenzungsvereinbarung zum Ausdruck kommende Interesse der Beteiligten zur Regelung des markenrechtlichen Verhältnisses schließe dabei eine Kartellrechtswidrigkeit prinzipiell aus.<sup>5)</sup> Wenngleich sich der Rechtsprechung die einzelnen Voraussetzungen für eine kartellrechtliche Zulässigkeit derartiger Absprachen entnehmen lassen, fehlt es an einer expliziten dogmatischen Einordnung von Markenabgrenzungsvereinbarungen. Mit dem nachfolgenden Beitrag soll unter Zugrundelegung der Ergebnisse der Rechtsprechung eine solche Einordnung vorgenommen werden.

## II. Die kartellrechtliche Problematik von Markenabgrenzungsvereinbarungen

- 4 Abgrenzungsvereinbarungen können sowohl zwischen Konkurrenten als auch zwischen nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen abgeschlossen werden. Insbesondere im erstgenannten Fall beinhalten sie die Gefahr, dass neben der Vermeidung markenrechtlicher Streitigkeiten weitergehende kartellrechtlich verbotene Vereinbarungen bezweckt oder zumindest bewirkt werden. Ganz besonders betrifft dies die sachliche oder räumliche Aufteilung von Märkten.<sup>6)</sup>
- 5 Problematisch sind Abgrenzungsvereinbarungen vor allem in denjenigen Fällen, in denen über das Bestehen markenrechtlicher Abwehrrsprüche Ungewissheit herrscht.<sup>7)</sup> Einer Abgrenzungsvereinbarung liegt eine Verfügung über markenrechtliche Ansprüche zugrunde. Ist nicht hinreichend geklärt, ob das Markenrecht für einen der Beteiligten überhaupt Möglichkeiten des Eingreifens bietet, ist die Grundlage für den Abschluss einer Abgrenzungsvereinbarung folglich zumindest fraglich.
- 6 Einer Rechtfertigung bedürfen auch Vereinbarungen, die die Verwendung von Marken für bestimmte Waren und Dienstleistungen verbieten, einzelne Vertriebswege ausschließen, eine Benutzung nur in bestimmten Gebieten gestatten oder eine Pflicht beinhalten, nur an bestimmte Abnehmerkreise zu liefern. Bei grenzüberschreitenden Abgrenzungsvereinbarungen über verwechslungsfähige Marken im europäischen Binnenmarkt<sup>8)</sup> ist eine territoriale Erstreckung auf Mitgliedsstaaten, in denen kein nationaler (oder europäischer) Markenrechtsschutz besteht, angesichts naheliegender Marktaufteilung<sup>9)</sup> kritisch.

## III. Voraussetzungen kartellrechtlicher Zulässigkeit

Fraglich ist, wie derartige kartellrechtlich relevante Absprachen im Rahmen von Markenabgrenzungsvereinbarungen zu bewerten sind. Gemäß der Rechtsprechung des BGH werden Markenabgrenzungsvereinbarungen „(...) dann als kartellrechtlich unzulässig angesehen, wenn sie entweder eine Wettbewerbsbeschränkung (...) bezwecken oder bei ihrem Abschluss kein ernsthafter, objektiv begründeter Anlass zu der Annahme (...) besteht, dem begünstigten Vertragspartner stehe ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu.“<sup>10)</sup> Ausgehend von der Prämisse dieser Rechtsprechung ist eine Abgrenzungsvereinbarung mit dem Kartellrecht also vereinbar, wenn die Parteien hiermit keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken und die Vereinbarung die ohnehin bestehende Rechtslage hinsichtlich markenbezogener Verbotensrechte festhält.<sup>11)</sup>

Beim ersten Kriterium des BGH fällt auf, dass es gerade auf das *Bezwecken* einer Wettbewerbsbeschränkung ankommen soll. Es genügt demzufolge nicht, dass die Markenabgrenzungsvereinbarung objektiv betrachtet eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen könnte. Diese muss nach Ansicht des BGH zwischen den Parteien auch gewollt sein. Dabei ist bereits dies eine Entschärfung des geltenden Kartellverbots gemäß Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB, wonach eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt sein muss.<sup>12)</sup> Eine ggf. vorliegende Wettbewerbsbeschränkung wird aber stets zumindest bewirkt sein. Dass der BGH auf die diesbezügliche Intention der Beteiligten abstellt, deutet darauf hin, dass Markenabgrenzungsvereinbarungen nicht per se als Verstoß gegen das Kartellverbot gewertet werden sollen.

Mit dieser Wertung könnte das Gericht anerkannt haben, dass den Parteien regelmäßig daran gelegen ist, durch wechselseitige Verpflichtungen die Rechtslage zwischen ihnen zu klären. Vertragsrechtlich handelt es sich hierbei um einen Vergleich im Sinne von § 779 BGB,<sup>13)</sup> wobei den Beteiligten aufgrund der privatautonomen Rechtsgestaltung ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird.<sup>14)</sup> Sofern das Bestreben nach einer gegenseitigen Abgrenzung von Marken legitim sein sollte,<sup>15)</sup> gilt ein solcher Beurteilungsspielraum gerade auch im Hinblick auf eine diesbezügliche Vereinbarung.

Was die zweite Voraussetzung angeht, so geht der BGH davon aus, dass im Falle eines Rechtsstreits mit der gerichtlichen Untersagung der betreffenden Markenverwendung zu rechnen wäre. Dementsprechend würden die Parteien lediglich eine Absprache hinsichtlich der Nutzung von Marken für bestimmte Gruppen von Waren und Dienstleistungen treffen, um drohenden Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen. Nicht umsonst erkennt der BGH dies mit der Feststellung an, dass die Parteien durch den Abschluss der Markenabgrenzungsvereinbarung nicht (lediglich) in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beschränkt werden, sondern vielmehr Rechtssicherheit gewinnen, wodurch der Wettbewerb insgesamt gestärkt wird.<sup>16)</sup>

2) BGH, 22.05.1975 – KZR 9/74, NJW 1976, 194 ff. – Thermalquelle.

3) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768 ff. – Jette Joop.

4) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – Jette Joop.

5) Vgl. BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 771 – Jette Joop.

6) Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, VII B., Art. 101 AEUV, Rn. 34; vgl. Schlupe, GRUR 1985, 534, 539 („ideale(s) Vehikel für Wettbewerbsbeschränkungen“); Säcker/Molle, in: MüKo Eu-WettbR, 2007, Bd. 1, EG, Art. 81 Rn. 555; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 275 („Verdichtung zu einer absoluten Marktzutrittschranke“).

7) Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 Rn. 1104.

8) EuGH, 30.01.1985 – 35/83, Slg. 1985, 363, Rn. 33 – BAT; Kommission, Entscheidung v. 05.03.1975, ABl. 1975 L 125/27 – Sirdar/Phildar; Kommission, Entscheidung v. 23.12.1977, ABl. 1978 L 60/19 – Penneys; Kommission, VII. Wettbewerbsbericht, 1977, Rn. 138 ff. – Persil; Kommission, VIII. Wettbewerbsbericht, 1978, Rn. 125 ff. – Bayer/Tanabe; Fezer (Fn. 7), § 14 Rn. 1108; Streicher, WuW 2011, 954, 956.

9) EuGH, 13.07.1966 – 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322, 391 ff. – Grundig/Consten; Fezer (Fn. 7), § 14 Rn. 1105; Ribmann, Die kartellrechtliche Beurteilung der Markenabgrenzung, 2008, S. 24.

10) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 770 – Jette Joop; vgl. schon zuvor BGH, 22.05.1975 – KZR 9/74, NJW 1976, 194 ff. – Thermalquelle; BGH, 21.04.1983 – IZR 201/80, NJW 1983, 2143 ff. – Vertragsstraferrückzahlung.

11) Zu letzterem siehe auch Harte-Bavendamm/v. Bomhard, GRUR 1998, 530, 532; Harte, GRUR 1978, 501, 502 f.; a. A. Kraft, GRUR 1977, 760, 763.

12) Weiß, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 101 Rn. 103 ff.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 155 ff.; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Hrsg.), Kartellrecht, GWB, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 124 ff.

13) OLG Köln, 02.06.1999 – 6 U 127/98, NJWE-WettbR 2000, 136, 138; Fezer (Fn. 7), § 14 Rn. 1089; Ingerl/Rohneke, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 30 Rn. 137; Ribmann (Fn. 9), S. 26; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 276; Knaak, GRUR 1981, 386, 387; Scholz, GRUR 1994, 688, 691 f.; differenzierend Elmenhorst/Schopp, WRP 2012, 1356, 1357.

14) BGH, 22.05.1975 – KZR 9/74, NJW 1976, 194, 195 – Thermalquelle; BGH, 09.11.2006 – IX ZR 285/03, NJW-RR 2007, 263, 264; BGH, 22.09.2011 – IX ZR 1/11, NJW 2012, 61, 62; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 277.

15) Siehe bezüglich der Legitimität Punkt IV.

16) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 771 – Jette Joop; näher zur Förderung des Wettbewerbs siehe Punkt IV. 1. b).

## Dück/Maschmer – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung

- 11 Eine solche Bewertung wird auch durch die EuGH-Rechtsprechung impliziert, wonach „(...) Abgrenzungsvereinbarungen, durch die im beiderseitigen Interesse der Parteien der jeweilige Benutzungsumfang ihrer Zeichen festgelegt wird, um Verwechslungen und Konflikte zu vermeiden, nach Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag [nun Art. 101 Abs. 1 AEUV] grundsätzlich zulässig [sind], sofern mit ihnen nicht zugleich auch Marktaufteilungen oder andere Wettbewerbsbeschränkungen (...) [verbunden sind]“.<sup>17)</sup>

## IV. Dogmatische Lösungsansätze

- 12 Der BGH äußert sich nicht ausdrücklich dazu, mittels welcher rechtlichen Konstruktion Markenabgrenzungsvereinbarungen als im Regelfall wettbewerbskonform beurteilt werden können.<sup>18)</sup> Sowohl der Verzicht auf das hinreichende bloße Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung als auch die Anerkennung berechtigter Interessen der Beteiligten, die in der Abgrenzungsvereinbarung ihren Ausdruck finden, beinhalten eine Einschränkung des Wettbewerbsrechts.
- 13 Beide Aspekte deuten darauf hin, entsprechende Verträge nach deutschem Verständnis bereits durch eine teleologische Reduktion als ungeschriebene Einschränkung vom Kartellverbot auszunehmen.<sup>19)</sup> Als dogmatische Konstruktionen kommen hierfür im Kontext des Wettbewerbsrechts grundsätzlich zwei Ansätze in Betracht. Dabei handelt es sich zum einen um die „Rule of reason“ und zum anderen um die Immanenztheorie, welche im Folgenden jeweils näher dargestellt und voneinander abgegrenzt werden.
1. „Rule of reason“
- a) Konstruktion
- 14 Zunächst könnten allgemeine Vernunftgründe der aus dem amerikanischen Recht stammenden sog. „Rule of reason“<sup>20)</sup> eingreifen. Hiernach kann eine Stärkung des Wettbewerbs in einem anderen Bereich als Kompensation der Beschränkung infolge der Markenabgrenzungsvereinbarung positiv berücksichtigt werden.<sup>21)</sup> Dogmatisch hat die „Rule of reason“ ihre Berechtigung noch am ehesten im Zuge einer möglichen Freistellung vom Kartellverbot.<sup>22)</sup>
- 15 Der „Rule of reason“ liegt letztlich stets ein Abwägungsprozess zugrunde, in dessen Rahmen Wettbewerbsbeschränkungen in

Kauf genommen werden, um wettbewerbliche Vorteile in anderen Bereichen, denen wertungsmäßig Vorrang eingeräumt wird, zu erreichen.<sup>23)</sup> Die „Rule of reason“ berücksichtigt somit gerade auch außerhalb einer Vereinbarung auftretende Effekte. Aus diesem Blickwinkel heraus stellt sich die Konstruktion als nachgelagerte Rechtfertigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung dar.

## b) Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung mittels der „Rule of reason“ setzt voraus, **16** dass die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Markenabgrenzungsvereinbarungen durch eine anderweitige Verbesserung des Wettbewerbs kompensiert wird, die Vereinbarungen für die Verbesserung kausal sind und der kompensatorische Effekt höher zu bewerten ist als die Beschränkung.

Markenabgrenzungsvereinbarungen enthalten für die beteiligten Parteien zunächst einmal eine Einschränkung,<sup>24)</sup> welche etwa bei denselben sachlichen Märkten aus einer Änderung der Markengestaltung resultieren<sup>25)</sup> bzw. im Falle unterschiedlicher Tätigkeitsfelder das Ergebnis der Abgrenzung der markenrechtlichen Schutzbereiche sein kann.<sup>26)</sup> Im erstgenannten Fall wird der Wettbewerb dadurch positiv beeinflusst, dass sich die Verwechslungsgefahr für Marktteilnehmer verringert oder vor der Vereinbarung bestehende Beschränkungen wegfallen.<sup>27)</sup> Beides betrifft andere Bereiche des Wettbewerbs als das Segment der Einschränkung (Markengestaltung).

In der zweiten Konstellation wird zwischen den Parteien der Wettbewerb zwar schon deshalb nicht gestärkt, weil in der Regel eine sachliche Abgrenzung bezüglich des Tätigkeitsbereichs erfolgt. Eine Kompensation kann aber insoweit vorliegen, als der Wettbewerb gegenüber Dritten gefördert werden könnte. So ist der Markteintritt weiterer Teilnehmer<sup>28)</sup> geeignet, den Wettbewerb im Verhältnis zu den Unternehmen zu intensivieren, in deren Geschäftsfeld das neu eintretende Unternehmen tätig werden würde. Auch hier erfolgt der Ausgleich (des eingeschränkten sachlichen Marktes) in einem anderen wettbewerbslichen Bereich.

Kausalität ist jeweils dann zu bejahen, wenn die positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den Abschluss einer Markenabgrenzungsvereinbarung zurückzuführen sind. Jedenfalls beiseitigt eine entsprechende Vereinbarung rechtliche Unsicherheiten und schont die Ressourcen von Unternehmen, welche sich somit auf das Marktgeschehen konzentrieren können. Eine derart wettbewerbsfördernde Tendenz zeigt sich mitunter darin, dass Markenabgrenzungsvereinbarungen für beide Parteien **19**

17) So BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 771 – Jette Joop, unter Bezugnahme auf EuGH, 30.01.1985 – 35/83, Slg. 1985, 363 ff. – BAT; ähnlich auch Kommission, Entscheidung v. 16.12.1982, ABl. 1982 L 379/19, S. 25 – Toltec/Dorcet („Beschränkungen der Benutzung eines prioritätsjüngeren Warenzeichens [stellen] in Fällen, in denen Warengleichartigkeit und ernsthafte Verwechslungsfähigkeit bestehen und der Inhaber des älteren Zeichens daher mit großer Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, die Eintragung und Benutzung des jüngeren Zeichens zu verhindern, keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 dar, da der Verbotsanspruch im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs vom Bestand des älteren Zeichens gehört“).

18) So auch Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 276.

19) Hinsichtlich des Charakters einer ungeschriebenen Einschränkung siehe Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 147; vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 12), § 1 Rn. 174.

20) Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 147; Weiß, in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 101 Rn. 108 ff.; Joliet, The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, 1967, S. 77 ff.; Ribmann (Fn. 9), S. 108 ff.; Ulmer, RIW 1985, 517 ff.; zum amerikanischen Antitrust-Recht vgl. GayK, Restriktionen des Tatbestands des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrags – Anwendungsfälle einer Rule of Reason in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften?, 1991, S. 24 ff.; Reymann, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots – Zur Wiederherstellung der systematischen Grundaussagen des Art. 81 EG, 2004, S. 217 ff.; Schmitz, WuW 2002, 6, 8 f.

21) Weiß, in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 101 Rn. 108; vgl. Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 148; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 12), § 1 Rn. 176; Schmitz, WuW 2002, 6, 14; Köhler, WuW 1999, 445, 450 f.

22) Vgl. EuG, 18.09.2001 – T-112/99, Slg. 2001, II-2459, Rn. 72 ff. – M6/TF1; EuG, 23.10.2003 – T-65/98, Slg. 2003 II-4653, Rn. 106 f. – van den Bergh Foods; Kommiss-

sion, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 11; vgl. Zimmer/Paul, JZ 2008, 611, 618 f.; jedenfalls hinsichtlich wettbewerbslicher Abwägungen Roth, in: FS Mestmäcker, 2006, S. 411, 429 ff.; kritisch Schlussanträge GA Roemer v. 27.04.1966, EuGH, 13.07.1966 – 56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322 ff. – Grundig/Consten; Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 11; Ribmann (Fn. 9), S. 112 f.

23) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), III. AEUV, Art. 101 Abs. 1 Rn. 134 f.; Weiß, in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 101 Rn. 108; Ribmann (Fn. 9), S. 108.

24) Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 278.

25) Kommission, VII. Wettbewerbsbericht, 1977, Rn. 138 ff. – Persil; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 275.

26) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768 ff. – Jette Joop; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 275.

Als weitere (i. d. R. unzulässige und daher hier außer Betracht bleibende) Einschränkungen sind Abgrenzungen entsprechend dem räumlichen Schutzbereich sowie nach Vertriebswegen zu nennen; siehe hierzu Säcker/Molle, in: MüKo EuWettbR (Fn. 6), Art. 81 Rn. 560; Jestaedt, in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. 2010, Bd. 2, Fallgruppen Rn. 282.

27) Bezüglich Gebietsaufteilungen siehe Kommission, VII. Wettbewerbsbericht, 1977, Rn. 138 ff. – Persil.

28) Vgl. hierzu Säcker/Molle, in: MüKo EuWettbR (Fn. 6), Art. 81 Rn. 557; Kirchhoff, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 278, wonach Markenabgrenzungsvereinbarungen eine prokompetitive Wirkung dadurch entfalten, dass die wettbewerblich erwünschte Verteilung eines knappen Zeichenvorrats sowie die Zulassung neuer Marken ermöglicht werden.



## Dück/Maschmer – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung

Kosten- und Zeiteinsparungen durch Vermeidung ggf. langwieriger Widerspruchs- und Gerichtsverfahren bewirken.<sup>29)</sup>

- 20 Bei unmittelbarer Konkurrenz wird das Ziel eines weitgehend unbeschränkten Wettbewerbs erst durch eine Abstimmung zwischen den Wettbewerbern gefördert. Im Falle von Wettbewerb gegenüber Dritten wird ein Marktzutritt eines an einer Abgrenzungsvereinbarung beteiligten Unternehmens zwar nicht zwingend durch die Abgrenzungsvereinbarung ermöglicht.<sup>30)</sup> Zumindest aber erhöht eine solche Absprache die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Unternehmens. Dies gilt in besonderem Maße, wenn der jeweilige Markenname für das Unternehmen zentral und die Verwendung einer anderen Bezeichnung deutlich weniger attraktiv ist.<sup>31)</sup> Ein Anreiz für neue Marktteilnehmer ergibt sich somit bereits aufgrund des Umstands, dass diese die gewünschte Marke nutzen können, ohne der Gefahr von Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich bestehender Markenrechte anderer Unternehmen ausgesetzt zu sein.<sup>32)</sup>
- 21 Eine vergleichsweise geringe Einschränkung z. B. der Marken-gestaltung vermag eine Verbesserung der Wettbewerbssituation im Horizontalverhältnis grundsätzlich zu rechtfertigen. Nachvollziehbar ist es auch, Beschränkungen im markenrechtlichen Verhältnis zwischen nicht im Wettbewerb stehenden Parteien hinzunehmen, wenn hierdurch der Wettbewerb gegenüber Dritten gestärkt werden kann. Dass die Beteiligten angesichts ihrer Betätigung in sachlich unterschiedlichen Bereichen meist nur auf *potenziellen* Wettbewerb untereinander verzichten, hierdurch aber *tatsächlichen* Wettbewerb gegenüber dritten Unternehmen generieren, mag hierfür ein zusätzliches Argument sein.

## c) Anerkennung

- 22 Der BGH könnte eine solche Abwägung womöglich vorgenommen haben, als er im Kontext seiner Ausführungen zur geltungserhaltenden Reduktion bei sachlich und räumlich zu weitreichenden Unterlassungsverpflichtungen anmerkte, dass Abgrenzungsvereinbarungen dazu dienen, das Wettbewerbspotenzial zu erschließen,<sup>33)</sup> Konflikte und Prozesse zu vermeiden und an Marken insbesondere wegen ihrer qualitäts- und herkunftssichernden Funktion regelmäßig ein erhebliches Verbraucherinteresse besteht.<sup>34)</sup> Wenngleich die Europäische Kommission stellenweise Tendenzen in Richtung einer „Rule of reason“ zeigt,<sup>35)</sup>

lehnen die europäischen Gerichte diese bislang ab.<sup>36)</sup> Inwieweit dies gerechtfertigt ist, kann allerdings dahinstehen, wenn speziellere Ausnahmen wie z. B. die Immanenztheorie einschlägig sind.

## 2. Immanenztheorie

## a) Konstruktion

Die Immanenztheorie<sup>37)</sup> lässt Wettbewerbsbeschränkungen zu, die für den Vertragserfolg eines durch die Rechtsordnung allgemein anerkannten Vertragstyps erforderlich sind, wenn die Beschränkungen als Nebenbestimmungen (sog. „ancillary restraints“) eines im Übrigen kartellrechtlich nicht zu beanstandenden Vertrags ausgestaltet sind.<sup>38)</sup> Letztlich wären die vereinbarten Beschränkungen also der Vereinbarung immanent.<sup>39)</sup> Gerade weil eine solche Vereinbarung der Erreichung eines berechtigten inhärenten Anliegens dient, werden hierfür notwendige Beschränkungen des Wettbewerbs hingenommen.<sup>40)</sup>

Da es bei der Immanenztheorie ausschließlich um den in der Vereinbarung liegenden Gegenstand selbst geht, erfolgt im Gegensatz zur „Rule of reason“ keine Abwägung im eigentlichen Sinn; vielmehr markieren die im Rahmen der Immanenzschränke angeführten Aspekte das vertragsimmanente Ziel, welches es durch die Abgrenzungsvereinbarung zu erreichen gilt.<sup>41)</sup> Die Immanenzschränke stellt daher eine im Vorfeld einer Wettbewerbsbeschränkung anzuesiedelnde Tatbestandsrestriktion dar.<sup>42)</sup>

## b) Rechtfertigung

Für eine Subsumtion unter die Immanenztheorie muss der Vertrag über die Markenabgrenzung als solcher durch die Rechtsordnung allgemein anerkannt und auch legitim im Sinne des Wettbewerbsrechts sein (Kartellrechtsneutralität).<sup>43)</sup> Es sind allenfalls solche Beschränkungen des Wettbewerbs zulässig, die im Hinblick auf das Vertragsziel erforderlich sind. Derartige

29) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – Jette Joop; *Ulrich/Heinemann*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), Art. 101 AEUV Rn. 34 c; *Fammler*, in: Handbuch Markenpraxis II, A. Rn. 1; *Oppenhoff*, GRUR 1968, 508, 509; *Bökel*, GRUR 1972, 28; *Kraft*, GRUR 1977, 760, 761; *Harte*, GRUR 1978, 501; *Scholz*, GRUR 1994, 688; *Streicher*, WuW 2011, 954.

30) So ist es den Parteien unbenommen, unter anderen Marken im Geschäftsverkehr aufzutreten; siehe hierzu *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 275; vgl. auch BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – Jette Joop.

31) Vgl. BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768 ff. – Jette Joop, bei Identität zwischen dem Namen des Markeninhabers und der Markenbezeichnung; vgl. hinsichtlich der Markenbedeutung auch Kommission, VII. Wettbewerbsbericht, 1977, Rn. 138 ff. – Persil.

32) *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 276, 284, argumentiert, dass das Ermöglichen einer „gesicherten Markennutzung“ bzw. die Herbeiführung „rasch gesicherter Wettbewerbsbedingungen“ angesichts erheblicher Investitionen für den Markenaufbau erforderlich sei; hinsichtlich der Legitimität ist ein individualrechtlicher Investitionsschutz allenfalls mittelbar im Sinne der Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.

33) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – Jette Joop; vgl. *Harte-Bavendamm/v. Bomhard*, GRUR 1998, 530, 532.

34) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – Jette Joop; *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 278, 284.

35) Vgl. für den Bereich der Nebenabreden Kommission, Entscheidung v. 14.07.1992, ABl. 1992 C 199/12, S. 16 – Thomas Cook/LTU/West LB; Kommission, Entscheidung v. 08.07.1992, ABl. 1992 C 201/26 – Ericsson/Ascom; Kommission, Entscheidung v. 17.03.1993, ABl. 1993 C 88/08 – Matra/Cap Gemini Sogeti; siehe dagegen Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101/97, Rn. 11.

36) EuG, 02.05.2006 – T-328/03, Slg. 2006, II-1231, Rn. 69 – O2; EuG, 23.10.2003 – T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Rn. 106 f. – van den Bergh Foods; vgl. EuGH, 08.07.1999 – C-235/92, Slg. 1999, I-4539, Rn. 133 – Montecatini; EuG, 18.09.2001 – T-112/99, Slg. 2001, II-2459, Rn. 72 – M6/TF1.

37) *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 12), § 1 Rn. 175 ff.; *Rißmann* (Fn. 9), S. 118 ff.; vgl. *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 147 ff.; *Steindorff*, BB 1977, 569 ff.; *Fuchs*, BB 1993, 1893 ff.; *Schwintowski*, WuW 1997, 769; *Beater*, WuW 2000, 584, 591.

38) *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 12), § 1 Rn. 175; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 147; *K. Schmidt*, Kartellverbot und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen, 1978, S. 81 f.; *Steindorff*, BB 1977, 569, 570; *Belke*, ZHR 143 (1979), 74, 90.

39) *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 147; vgl. auch den Begriff der Schutzrechtsimmanenz bei *Janoschek*, Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, 1975, S. 82 ff.

40) EuGH, 15.12.1994 – C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Rn. 34 – DLG; Kommission, Entscheidung v. 13.04.1994, ABl. 1994 L 117/30, Rn. 22 – SCK und FNK; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 12), § 1 Rn. 175 f.; *Rißmann* (Fn. 9), S. 119 („conditio sine qua non für Bestand oder Ausübung des betroffenen Rechtsinstituts“).

41) Siehe *Rißmann* (Fn. 9), S. 119 ff., auch hinsichtlich der Verbindung des Immanenzgedankens zum Konzept des spezifischen Gegenstands (S. 121); zur sog. Funktionslehre unter Verweis auf *Loewenheim*, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 1970, S. 214 ff., siehe *Janoschek* (Fn. 40), S. 88 ff.; von „Funktionsnotwendigkeit“ spricht auch *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 101 Rn. 111; vgl. auch *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 149, der ausgehend vom „Zwei-Kategorien“-Ansatz des BGH, 18.02.2003 – KVR 24/01, WRP 2003, 1131 ff., bei der ersten Kategorie des Immanenzgedankens die Funktionsnotwendigkeit betont, im Hinblick auf die zweite Kategorie sodann von einer umfassenden Würdigung der wettbewerblichen Situation spricht; inwieweit der zweite Ansatz sich von der Immanenztheorie entfernt und quasi als „Rule of reason“ gewertet werden kann, vgl. *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 150.

42) *Rißmann* (Fn. 9), S. 108, 119; *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 278, 284, bezüglich der Charakterisierung im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 Rn. 150, vertritt die Ansicht, bei der Abgrenzung beider Immanenzkategorien des BGH handle sich um eine rein begriffliche Frage, „weil auch nicht zwingend notwendige, aber dennoch berechnete Interessen an einer Wettbewerbsbeschränkung einer Vereinbarung, immanent, sein können“, i. E. also beide als Tatbestandsrestriktionen zu berücksichtigen seien.

43) Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 30. Aufl. 2012, § 5 Rn. 4.246, wonach die Verfolgung eines kartellrechtlich legitimen Zwecks prinzipiell auch mit dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsschutz konform ist.

## Dück/Maschmer – Zur dogmatischen Einordnung der Markenabgrenzungsvereinbarung

Einschränkungen dürfen zudem nicht über bloße Nebenabreden hinausgehen.

- 26 Das kartellrechtsneutrale Element von Markenabgrenzungsvereinbarungen ist im Wesentlichen in der Festlegung markenrechtlicher Schutzbereiche zu sehen.<sup>44)</sup> Die mit der Markenabgrenzung verbundene Beschränkung stellt ein Instrument dar, mittels welchem potenziell kollidierende Marken überhaupt erst koexistierend genutzt werden können. Angesichts der wettbewerbsfördernden Wirkung kann das Abgrenzungsanliegen als legitim und eine solche Absprache als anerkannter Vertragstypus bezeichnet werden.
- 27 Beschränkende Vorrechtserklärungen und Nichtangriffsabreden sind insoweit erforderlich, als sie dieses Anliegen sicherstellen und keine weiterreichenden Verpflichtungen der Vertragsparteien begründen.<sup>45)</sup> Die Grenze der Zulässigkeit dürfte dementsprechend z. B. bei Gebietsaufteilungen und erweiterten Vorrechtserklärungen (Löschungsreife) zu sehen sein.
- 28 Übliche gegenseitige Verzichtserklärungen sind dagegen als bloße Nebenbestimmungen einer Markenabgrenzungsvereinbarung zu qualifizieren und als solche unschädlich.<sup>46)</sup> Der Charakter einer Nebenabrede resultiert daraus, dass Vorrechtserklärungen und Nichtangriffsabreden keinem Selbstzweck dienen und den Wettbewerb nicht um ihrer selbst willen beschränken, hierin also gerade nicht der Hauptzweck der Markenabgrenzungsvereinbarung liegt.<sup>47)</sup> Vielmehr sollen solche Absprachen dazu verhelfen, den (Haupt-)Zweck einer rechtmäßigen Markennutzung zu realisieren.<sup>48)</sup>

### c) Anerkennung

- 29 Beleg für die Berechtigung einer solchen Ausnahme im Rahmen der Immanenztheorie könnte der Vergleich mit einer anderen anerkannten Fallgruppe sein. Anerkannt ist die Immanenzschränke im Falle eines begrenzten Wettbewerbsverbots beim Unternehmenskauf,<sup>49)</sup> da dem Käufer Gelegenheit zur Übernahme der Marktposition des Veräußerers gegeben werden soll, dessen Unternehmen seinen Wert vor allem aus den bestehenden Beziehungen zu Kunden, Lieferanten und Beschäftigten bezieht.<sup>50)</sup>
- 30 Interessanterweise nimmt der BGH, freilich in einem anderen Zusammenhang, und zwar bezüglich der Festlegung von sachlichen, räumlichen und zeitlichen Grenzen von Unterlassungspflichten im Rahmen der Markenabgrenzungsvereinbarung, Be-

zug auf den Unternehmenskauf. So heißt es, dass „eine Übertragung der etwa für Wettbewerbsverbote der in Unternehmensveräußerungsverträgen geltenden zeitlichen Grenzen auf markenrechtlichen Abgrenzungsvereinbarungen (...) nicht in Betracht [kommt]. Das berechtigte Bedürfnis nach einer Abgrenzung der Benutzungsbefugnisse für verwechslungsfähige Marken besteht deshalb (...) zeitlich unbegrenzt.“<sup>51)</sup>

Die Gegenüberstellung geht in diesem Fall so weit, dass jedenfalls vom zeitlichen Aspekt her ein stärkeres Schutzbedürfnis im Falle von Markenabgrenzungsvereinbarungen befürwortet wird. Daneben sprechen losgelöst von der „Rule of reason“ auch die oben erwähnten Positivkriterien<sup>52)</sup> für eine Anerkennung der Markenabgrenzungsvereinbarung als Fallgruppe der Immanenztheorie. Eine Subsumtion unter die Immanenzschränke führt im Ergebnis dazu, dass jedenfalls solche Markenabgrenzungsvereinbarungen, welche sich in den Grenzen der für die Immanenzschränke geltenden Erfordernisse halten, vom Kartellverbot ausgenommen sind.

### 3. Einordnung

Unabhängig von ihrer jeweiligen Anerkennung bzw. Ablehnung durch Rechtsprechung und Literatur stellt sich die Frage, unter welche der beiden Konstruktionen Markenabgrenzungsvereinbarungen am ehesten subsumiert werden können. Will man die Entscheidung des BGH in diesen strukturellen Rahmen einordnen, kommt einer Aussage maßgebliche Bedeutung zu: „Sie<sup>53)</sup> beschränken nicht den Marktzugang *an sich*<sup>54)</sup>, sondern nur die Möglichkeit, mit einer bestimmten Marke zu werben.“<sup>55)</sup>

Die vom BGH genannten, mit Markenabgrenzungsvereinbarungen verfolgten Ziele sind somit weniger als vermeintliche Abwägungskriterien (im Rahmen der „Rule of Reason“) zu interpretieren, wofür eine „an sich“ bestehende Wettbewerbsbeschränkung gerade Voraussetzung wäre. Naheliegender ist es dagegen, hierin den inhärenten Wesenskern von Abgrenzungsvereinbarungen zu sehen. Die teilweise wettbewerbsbeschränkende Wirkung ist vor diesem Hintergrund bloße Nebenfolge, welche mit der Notwendigkeit zur Erreichung dieser vertragsimmanenten Ziele einhergeht.

### V. Ergebnis

Zur Klärung der markenrechtlichen Rechtslage und zwecks Vermeidung von Irreführungen der angesprochenen Verkehrskreise sind Markenabgrenzungsvereinbarungen in der Praxis von großer Bedeutung.<sup>56)</sup> Eine nähere kartellrechtliche Beurteilung unterbleibt bei potenzieller Verwechslung von Marken, da die Abgrenzung in diesen Fällen dem Kennzeichenrecht folgt.<sup>57)</sup> Dies gilt jedenfalls, sofern nicht weitergehende Beschränkungen wie z. B. Gebietsaufteilungen vorgenommen werden.<sup>58)</sup>

Im Falle von kartellrechtlich unbedenklichen Markenabgrenzungsvereinbarungen bieten sich für die dogmatische Einordnung die „Rule of reason“ und die Immanenztheorie an.<sup>59)</sup> Eine Förderung des Wettbewerbs durch Markenabgrenzungsverein-

44) *Rißmann* (Fn. 9), S. 119 f.; *Müller*, Abgrenzungsvereinbarungen im Markenrecht, 2011, S. 125; Abreden etwa hinsichtlich der Markengestaltung werden unter der Voraussetzung von Wettbewerbsverbesserungen ohnehin wohlwollend beurteilt, siehe nur Kommission, VII. Wettbewerbsbericht, 1977, Rn. 138 ff. – *Persil*; *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 276 f., qualifiziert den Hauptzweck einer Abgrenzungsvereinbarung nicht nur als kartellrechtsneutral, sondern sogar als wettbewerbsfördernd, womit ein solcher Vertragstyp nicht nur zu billigen, sondern zu begrüßen sei, siehe hierzu schon Punkt IV. 1. b).

45) Vgl. *Müller* (Fn. 44), S. 126, wobei hierin schon ein Hindernis für die Zulässigkeit eines Großteils der Regelungen von Markenabgrenzungsvereinbarungen gesehen wird.

46) A. A. *Müller* (Fn. 44), S. 126 f.; differenziert *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 284 f.

47) Nach *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 284, stellen solche wettbewerbsbeschränkenden Unterlassungspflichten zwar einen wesentlichen Teil des Hauptleistungsinhalts dar, man werde diese aber zumindest mit Nebenabreden gleichsetzen dürfen.

48) So auch *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 284 f., unter Verweis darauf, dass die Hinnahme beschränkender Absprachen zur Erreichung eines wettbewerbslich gewünschten Zustands das Verhältnis von kartellrechtsneutralem Hauptleistungsinhalt und wettbewerbsbeschränkender Nebenabrede widerspiegeln; dies bleibt wohl bei *Müller* (Fn. 44), S. 127, außer Betracht: „Da es sich bei einem Verzicht auf die Geltendmachung markenrechtlicher Ansprüche oder bei Regelungen, mit denen der jeweilige Benutzungsumfang festgelegt wird, in der Regel nicht um bloße Nebenabreden, sondern um den wesentlichen Inhalt der Abgrenzungsvereinbarung handelt, ist die Immanenzlehre darauf nicht anwendbar.“

49) *Kirchhoff*, in: FS Canenbley, 2012, S. 273, 277, nimmt auf Wettbewerbsverbote in Subunternehmerverträgen Bezug.

50) EuGH, 11.07.1985 – 42/84, Slg. 1985, 2545, Rn. 19 – *Remia*; BGH, 14.07.1997 –

II ZR 238/96, NJW 1997, 3089; vgl. BGH, 03.11.1981 – KZR 33/80, NJW 1982, 2000 – Holzpaneele; *Rißmann* (Fn. 9), S. 120; kritisch bezüglich der Ausübung gewerblicher Schutzrechte vgl. EuGH, 13.07.1966 – 56/64, 58/64, Slg. 1966, 299 ff. – *Grundig/Consten*.

51) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 773 – *Jette Joop*; zur Ablehnung der Übernahme zeitlicher Grenzen bei Unternehmenskaufverträgen vgl. BGH, 03.11.1981 – KZR 33/80, NJW 1982, 2000, 2001 – *Holzpaneele*.

52) Siehe Punkt IV. 1. c).

53) Gemeint sind hiermit Abgrenzungsvereinbarungen.

54) Hervorgehoben durch die Verfasser.

55) BGH, 07.12.2010 – KZR 71/08, WRP 2011, 768, 774 – *Jette Joop*.

56) Siehe Punkt I, IV. 1. c).

57) Siehe Punkt I, III.

58) Siehe Punkt II, III, IV. 2. b).

59) Siehe Punkt IV. 1., 2.

## EuGH: Expedia / Autorité de la concurrence u. a.

barungen ist sowohl im Innenverhältnis als auch gegenüber Dritten möglich.<sup>60)</sup> Insoweit ließe sich eine Anerkennung über die „Rule of reason“ im Grundsatz rechtfertigen.<sup>61)</sup> Dieser Ansatz ist allerdings umstritten und weist auch eher Berührungspunkte mit dem Freistellungstatbestand von Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB auf.<sup>62)</sup>

- 36 Vorzugswürdig ist es, Markenabgrenzungsvereinbarungen bereits vom Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung auszunehmen, wie dies bei der Immanenztheorie der Fall ist.<sup>63)</sup> Bei den wettbewerbsbeschränkenden Bestandteilen der Markenabgrenzung müsste es sich dann um lediglich notwendige Nebenabreden eines ansonsten kartellrechtskonformen Vertrags han-

deln.<sup>64)</sup> Die Feststellungen der Rechtsprechung stützen diese Hypothese.<sup>65)</sup> Markenabgrenzungsvereinbarungen können demnach dogmatisch der Immanenzschranke zugeordnet werden.<sup>66)</sup>

60) Siehe Punkt III., IV. 1. b).

61) Siehe Punkt IV. 1. b), c).

62) Siehe Punkt IV. 1. a), c).

63) Siehe Punkt IV. 2. a).

64) Siehe Punkt IV. 2. b).

65) Siehe Punkt IV. 2. c).

66) Siehe Punkt IV. 3.

## RECHTSPRECHUNG

## Wettbewerbsrecht

## Expedia / Autorité de la concurrence u. a.

AEUV Art. 101 Abs. 1; VO (EG) Nr. 1/2003 Art. 3 Abs. 2

EuGH, Urteil vom 13.12. 2012 – C-226/11

**Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 [EG] und 82 [EG] niedergelegten Wettbewerbsregeln sind dahin auszulegen, dass sie der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV durch eine nationale Wettbewerbsbehörde auf eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nicht entgegenstehen, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, jedoch nicht die von der Europäischen Kommission in ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 [EG] nicht spürbar beschränken (de minimis), festgelegten Schwellenwerte erreicht, sofern diese Vereinbarung eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne dieser Bestimmung darstellt.**

## Urteil

- Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 [EG] und 82 [EG] niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).
- Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Expedia Inc. (im Folgenden: Expedia) und insbesondere der Autorité de la concurrence (ehemals Conseil de la concurrence) (Wettbewerbsbehörde) über die Verfolgung und die Geldbußen, die Letztere wegen Vereinbarungen über die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft zwischen Expedia und der Société nationale des chemins de fer français (SNCF) (französische nationale Eisenbahngesellschaft, im Folgenden: SNCF) eingeleitet bzw. verhängt hat.

## Rechtlicher Rahmen

(...)

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Um den Vertrieb von Bahnfahrkarten und Reisen im Internet auszubauen, schloss die SNCF im September 2001 mehrere Vereinbarungen mit Expedia, einer auf den Vertrieb von Reisen im Internet spezialisierten amerikanischen Gesellschaft, und gründete mit dieser eine gemeinsame Tochtergesellschaft mit der Bezeichnung GL Expedia. Die Website voyages-SNCF.com, die bis dahin nur der Information, der Reservierung und dem Verkauf von Bahnfahrkarten im Internet gedient hatte, war fortan das Tätigkeitsfeld der gemeinsamen Gesellschaft und wurde umgestaltet, um neben den ursprünglichen Dienstleistungen auch die eines Online-Reisebüros anzubieten. Im Jahr 2004 wurde diese gemeinsame Tochtergesellschaft in Agence de voyages SNCF.com (im Folgenden: Agence VSC) umbenannt.

Mit Entscheidung vom 5. Februar 2009 stellte die Autorité de la concurrence fest, dass die Partnerschaft von SNCF und Expedia bei der Gründung der Agence VSC ein gegen Art. 81 EG und Art. L. 420-1 des Code de Commerce verstoßendes Kartell darstelle, mit dem bezweckt und bewirkt werde, diese gemeinsame Tochtergesellschaft auf dem Markt für Reisebürodienstleistungen für Urlaubsreisen zum Nachteil der Wettbewerber zu fördern. Sie verhängte sowohl gegen Expedia als auch gegen SNCF Geldbußen.

Die Autorité de la concurrence vertrat insbesondere die Ansicht, dass Expedia und SNCF auf dem Markt für Online-Dienste von Urlaubsreisebüros Wettbewerber seien und mehr als 10 % der Marktanteile hielten und dass daher die *De-minimis*-Regel in Ziff. 7 der *De-minimis*-Bekanntmachung und in Art. L. 464-2-1 des Code de commerce keine Anwendung finde.

Im Verfahren vor der Cour d'appel de Paris rügte Expedia, dass die Autorité de la concurrence die Marktanteile der Agence VSC überschätzt habe. Das Gericht nahm zu diesem Klagegrund nicht unmittelbar Stellung. In seinem Urteil vom 23. Februar 2010 entschied es insbesondere, dass die Autorité de la concurrence in Anbetracht des Wortlauts von Art. L. 464-6-1 des Code de commerce und insbesondere der Verwendung des Verbs „kann“ auf alle Fälle die Möglichkeit habe, die Verhaltensweisen der Unternehmen, deren Marktanteile die in dieser Regelung und in der *De-minimis*-Bekanntmachung festgelegten Schwellen nicht erreichten, zu verfolgen.