SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIILO JÄÄSKINEN vom 9. Dezember 2010[1]

I — Einführung

1. Das Ausgangsverfahren betrifft einen Rechtsstreit zwischen der L'Oréal SA und ihren Tochtergesellschaften (im Folgenden: L'Oréal) einerseits und drei Tochtergesellschaften der eBay Inc. (im Folgenden: eBay) sowie bestimmten natürlichen Personen andererseits. Gegenstand des Verfahrens sind die von diesen Personen abgegebenen Angebote zum Verkauf von Waren auf dem elektronischen Marktplatz von eBay. Die Angebote sollen L'Oréal zustehende Rechte des geistigen Eigentums verletzen.

2. eBay, die Beklagte des nationalen Verfahrens, betreibt einen beliebten und hochentwickelten elektronischen Marktplatz im Internet. Sie hat ein System aufgebaut, das mittels leistungsfähiger Suchmaschinen, sicherer Zahlungsmöglichkeiten und weiter Flächenabdeckung Einzelpersonen das Verkaufen und Kaufen über das Internet sehr erleichtert. eBay hat außerdem Maßnahmen zur Einhaltung von Rechtsvorschriften konzipiert, um dem Verkauf nachgeahmter Waren entgegenzuwirken. Um neue Kunden auf ihre Website zu führen, hat eBay auch bei Anbietern von Internetreferenzierungsdiensten (wie etwa AdWords von Google) Schlüsselwörter gekauft. Die Verwendung eines ausgewählten Schlüsselworts löst die Anzeige einer Werbung und eines gesponserten Links aus, der direkt auf den eBay-Marktplatz weiterleitet.

3. L'Oréal, die Klägerin des nationalen Verfahrens, ist ein weltweit tätiges Unternehmen mit einer äußerst breiten markenrechtlich geschützten Produktpalette, darunter bekannte Marken von Weltruf. L'Oréal wendet sich im vorliegenden Fall in erster Linie gegen den Handel mit verschiedenen nachgeahmten L'Oréal-Produkten auf dem elektronischen Marktplatz von eBay. Aus der Sicht von L'Oréal wird die Lage durch den Umstand erschwert, dass einige Produkte nicht für den Verkauf im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) bestimmt sind, gleichwohl aber aufgrund des Verkaufs über eBay schließlich dorthin gelangen. Einige kosmetische Artikel werden ohne Originalverpackung verkauft. Nach Ansicht von L'Oréal führt eBay durch den Erwerb von Schlüsselwörtern Kunden auf ihren elektronischen Marktplatz, damit diese dort L'Oréal-Markenartikel kaufen, und verletzt damit L'Oréal zustehende Markenrechte. Um einzelnen Verkäufern wirksam Einhalt

1 — Originalsprache: Englisch.

zu gebieten, möchte L'Oréal gerichtliche Anordnungen gegen eBay erwirken, um auf diese Weise ihre Marken besser zu schützen.

4. Dieses Vorabentscheidungsersuchen konfrontiert den Gerichtshof mit der aktuellen Rechtsfrage der Anwendung des Markenschutzes im neuen Umfeld des elektronischen Geschäftsverkehrs und der Dienste der Informationsgesellschaft im Internet. Der Gerichtshof hat einen gerechten Ausgleich zu schaffen zwischen dem Schutz der berechtigten Interessen des Markeninhabers einerseits und den berechtigten Interessen von Unternehmen und Einzelpersonen, die die durch das Internet und den elektronischen Geschäftsverkehr eröffneten neuen Absatzchancen nutzen, andererseits. Einige Fragen lassen sich anhand der vorliegenden Rechtsprechung beantworten, andere hingegen erfordern eine weiter gehende Auslegung verschiedener Unionsrechtsakte.

5. Die Herausforderung besteht für den Gerichtshof vor allem darin, dass er einen Ausgleich auf zwei Ebenen schaffen muss. Er wird nicht nur vom nationalen Gericht um eine Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen in einem schwierigen Fall ersucht, sondern er hat gleichzeitig auch sicherzustellen, dass seine Auslegung der betreffenden Rechtsinstitute auch bei anders gelagerten Sachverhalten Bestand hat. Bei den fraglichen Marken handelt es sich um bekannte Marken und bei den Produkten um Luxusprodukte; die einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen gelten jedoch für alle Marken und für alle Arten von Waren. Der elektronische Marktplatz ist weltumspannend und weist zahlreiche Besonderheiten auf. Die Antworten müssen zwar den spezifischen Umständen des beim nationalen Gericht anhängigen Falls Rechnung tragen, gleichzeitig aber auch auf einer globalen Vorstellung von der erwünschten Funktionsweise der Regelung im Allgemeinen basieren. Meines Erachtens ist der vorliegende Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht komplizierter als der dem Urteil Google France und Google [2] zugrunde liegende.

6. Im vorliegenden Fall hat sich der Gerichtshof zu äußern i) zu der gemäß der Richtlinie 89/104 („Markenrichtlinie") [3] bestehenden unionsmarkenrechtlichen Rechtsstellung des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes, der a) mit Marken identische Schlüsselwörter von einem entgeltlichen Internetreferenzierungsdienst erwirbt, anhand deren die Suchmaschine einen Link anzeigen wird, der auf die Website des Marktplatzbetreibers weiterleitet, und b) auf seiner Website für seine Kunden Angebote zum Verkauf nachgeahmter, unverpackter oder nicht aus dem EWR bezogener Markenartikel speichert, ii) zum Umfang der Haftungsfreistellung des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft nach Art. 14 der Richtlinie 2000/31 („Richtlinie über den elektronischen

2 — Urteil vom 23. März 2010 (C-236/08 bis C-238/08, Slg. 2010, I-2417).

3 — Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 40, S. 1) in geänderter Fassung.

Geschäftsverkehr")[4], iii) zum Umfang des in Art. 11 der Richtlinie 2004/48 („Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums")[5] vorgesehenen Rechts auf Erwirkung einer gerichtlichen Anordnung gegen Mittelspersonen, deren Dienste von einem Dritten in Anspruch genommen werden, und iv) zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 76/768[6] (im Folgenden: Richtlinie über kosmetische Mittel).

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Unionsrecht*[7]

Richtlinie 76/768

7. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit kosmetische Mittel nur dann in den Verkehr gebracht werden können, wenn ihre Behältnisse und Verpackungen unverwischbar, gut leserlich und deutlich sichtbar die in dieser Bestimmung genannten Angaben tragen. Hierzu gehören u. a. a) der Name und die Anschrift oder der Firmensitz des in der Gemeinschaft ansässigen Herstellers oder der dort ansässigen Person, die für das Inverkehrbringen des kosmetischen Mittels verantwortlich ist, b) der Nenninhalt zur Zeit der Abfüllung, c) das Mindesthaltbarkeitsdatum, d) die besonderen Vorsichtsmaßnahmen für den Gebrauch, e) die Nummer des Herstellungspostens oder ein Kennzeichen, die eine Identifizierung der Herstellung ermöglichen, f) der Verwendungszweck des Erzeugnisses, sofern dieser sich nicht aus der Aufmachung des Erzeugnisses ergibt, und g) eine Liste der Bestandteile.

Richtlinie 89/104[8]

8. Art. 5 („Rechte aus der Marke") der Markenrichtlinie 89/104 hat folgenden Wortlaut:

4 — Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. L 178, S. 1) in geänderter Fassung.

5 — Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157, S. 45).

6 — Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel (ABl. L 262, S. 169) in geänderter Fassung.

7 — Der Vorlagebeschluss enthält keine Angaben zu einzelnen Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs. In seinem Urteil vom 22. Mai 2009 führt der High Court aus, dass die Rechtssache keine besonderen Fragen bezüglich der Auslegung des nationalen Rechts berühre. Aus diesem Grund halte ich es nicht für notwendig, die einschlägigen Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs über Marken und über elektronischen Geschäftsverkehr wiederzugeben.

8 — Bei einigen Marken von L'Oréal handelt es sich um Gemeinschaftsmarken. Da sich keine speziell die Verordnung (EG) Nr. 40/94 betreffenden Fragen ergeben, genügt hier der Hinweis, dass die Art. 9, 12 und 13 der Verordnung Nr. 40/94 den Art. 5, 6 und 7 der Richtlinie 89/104 entsprechen. Die nachstehenden Ausführungen zur Auslegung der Richtlinie 89/104 gelten entsprechend auch für die Auslegung der Verordnung Nr. 40/94.
In zeitlicher Hinsicht sind die Richtlinie 89/104 und die Verordnung Nr. 40/94 anwendbar und nicht die kodifizierten Fassungen, die in der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (kodifizierte Fassung) (ABl. L 299, S. 25) bzw. in der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung) (ABl. L 78, S. 1) normiert sind.

„(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

…

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze l und 2 erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

…

b) unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen;

c) Waren unter dem Zeichen einzuführen oder auszuführen;

d) das Zeichen in den Geschäftspapieren und in der Werbung zu benutzen.

…“

9. Art. 6 Abs. 1 („Beschränkung der Wirkung der Marke“) der Richtlinie 89/104 bestimmt:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten,

…

b) Angaben über die Art, die Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert, die geografische Herkunft oder die Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder über andere Merkmale der Ware oder Dienstleistung,

c) die Marke, falls dies notwendig ist, die Hinweise auf die Bestimmung einer Ware, insbesondere als Zubehör oder Ersatzteil, oder einer Dienstleistung

im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.“

10. Art. 7 („Erschöpfung des Rechts aus der Marke“) der Richtlinie 89/104 lautet:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung [im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)] in den Verkehr gebracht worden sind.

(2) Absatz l findet keine Anwendung, wenn berechtigte Gründe es rechtfertigen, dass der Inhaber sich dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist."

Richtlinie 2000/31

11. Der neunte Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr lautet:

„In vieler Hinsicht kann der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft die besondere gemeinschaftsrechtliche Ausprägung eines allgemeineren Grundsatzes darstellen, nämlich des Rechts auf freie Meinungsäußerung im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 der von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Richtlinien, die das Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft betreffen, müssen daher sicherstellen, dass diese Tätigkeit gemäß jenem Artikel frei ausgeübt werden kann und nur den Einschränkungen unterliegt, die in Absatz 2 des genannten Artikels und in Artikel 46 Absatz 1 des Vertrages niedergelegt sind. Die grundlegenden Regeln und Prinzipien des einzelstaatlichen Rechts, die die freie Meinungsäußerung betreffen, sollen von dieser Richtlinie unberührt bleiben."

12. Die Erwägungsgründe 42, 43 und 45 bis 48 der Richtlinie 2000/31 lauten:

„(42) Die in dieser Richtlinie hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen decken nur Fälle ab, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck vorübergehend gespeichert werden, die Übermittlung effizienter zu gestalten. Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.

(43) Ein Diensteanbieter kann die Ausnahmeregelungen für die ‚reine Durchleitung' und das ‚Caching' in Anspruch nehmen, wenn er in keiner Weise mit der übermittelten Information in Verbindung steht. Dies bedeutet unter anderem, dass er die von ihm übermittelte Information nicht verändert. Unter diese Anforderung fallen nicht Eingriffe technischer Art im Verlauf der Übermittlung, da sie die Integrität

der übermittelten Informationen nicht verändern.

...

(45) Die in dieser Richtlinie festgelegten Beschränkungen der Verantwortlichkeit von Vermittlern lassen die Möglichkeit von Anordnungen unterschiedlicher Art unberührt. Diese können insbesondere in gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bestehen, die die Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung verlangen, einschließlich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen.

(46) Um eine Beschränkung der Verantwortlichkeit in Anspruch nehmen zu können, muss der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von Information besteht, unverzüglich tätig werden, sobald ihm rechtswidrige Tätigkeiten bekannt oder bewusst werden, um die betreffende Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Im Zusammenhang mit der Entfernung oder der Sperrung des Zugangs hat er den Grundsatz der freien Meinungsäußerung und die hierzu auf einzelstaatlicher Ebene festgelegten Verfahren zu beachten. Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der Sperrung des Zugangs unverzüglich zu erfüllen sind.

(47) Die Mitgliedstaaten sind nur dann gehindert, den Diensteanbietern Überwachungspflichten aufzuerlegen, wenn diese allgemeiner Art sind. Dies betrifft nicht Überwachungspflichten in spezifischen Fällen und berührt insbesondere nicht Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden.

(48) Diese Richtlinie lässt die Möglichkeit unberührt, dass die Mitgliedstaaten von Diensteanbietern, die von Nutzern ihres Dienstes bereitgestellte Informationen speichern, verlangen, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern."

13. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/31 definiert „Dienste der Informationsgesellschaft" unter Verweisung auf Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft [9] als „jede in der Regel

9 — ABl. L 204, S. 37, in der durch die Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 (ABl. L 217, S. 18) geänderten Fassung.

gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung".

14. Zu Kapitel II der Richtlinie 2000/31 gehört ein Abschnitt 4 („Verantwortlichkeit der Vermittler"), der die Art. 12 bis 15 [10] umfasst.

15. Art.14 („Hosting") der Richtlinie 2000/31 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird,

oder

b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

(3) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen."

16. Art. 15 („Keine allgemeine Überwachungspflicht") der Richtlinie 2000/31 sieht vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

(2) Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu

10 — Die Art. 12 und 13 der Richtlinie 2000/31 enthalten die Bestimmungen über die Beschränkung der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters bei „reiner Durchleitung" und bei „Caching".

verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können."

Richtlinie 2004/48

17. Der 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums lautet:

„Unbeschadet anderer verfügbarer Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten Rechtsinhaber die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen eine Mittelsperson zu beantragen, deren Dienste von einem Dritten dazu genutzt werden, das gewerbliche Schutzrecht des Rechtsinhabers zu verletzen. Die Voraussetzungen und Verfahren für derartige Anordnungen sollten Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bleiben. Was Verletzungen des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte betrifft, so gewährt die Richtlinie 2001/29/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10)] bereits ein umfassendes Maß an Harmonisierung. Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/29/EG sollte daher von dieser Richtlinie unberührt bleiben."

18. Art. 3 („Allgemeine Verpflichtungen") der Richtlinie 2004/48 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, auf die diese Richtlinie abstellt, erforderlich sind. Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen.

(2) Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen darüber hinaus wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen ihren Missbrauch gegeben ist."

19. Kapitel II der Richtlinie 2004/48 („Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe") umfasst einen Abschnitt 4 („Einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen"), zu dem Art. 9 mit der gleichen Überschrift gehört. In demselben Kapitel findet sich auch ein Abschnitt 5 („Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung"), der aus den Art. 10 („Abhilfemaßnahmen"), 11 („Gerichtliche

Anordnungen") und 12 („Ersatzmaßnahmen") besteht.

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

20. Art. 11 der Richtlinie 2004/48 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt. Sofern dies nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgesehen ist, werden im Falle einer Missachtung dieser Anordnung in geeigneten Fällen Zwangsgelder verhängt, um die Einhaltung der Anordnung zu gewährleisten. Unbeschadet des Artikels 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/29/EG stellen die Mitgliedstaaten ferner sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden." [11]

L'Oréal

21. L'Oréal fertigt und liefert Parfums, Kosmetika und Haarpflegemittel. Sie ist Inhaberin mehrerer im Vereinigten Königreich eingetragener nationaler Marken. Darüber hinaus ist sie Inhaberin von Gemeinschaftsmarken. Zu diesen Gemeinschaftsmarken gehört auch die Bildmarke mit den Wörtern „Amor Amor". Bei den übrigen im Ausgangsverfahren streitigen Marken handelt es sich entweder um Wortmarken oder kaum stilisierte Wortmarken. Unstreitig sind alle in Rede stehenden Marken im Vereinigten Königreich sehr bekannt. [12]

22. L'Oréal betreibt ein geschlossenes selektives Vertriebssystem. In diesem Rahmen wird der Vertrieb durch Vertriebsvereinbarungen kontrolliert, denen zufolge Vertragshändler keine Produkte an Nicht-Vertragshändler liefern dürfen.

11 — Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10) bestimmt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden."
Der 59. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 lautet: „Insbesondere in der digitalen Technik können die Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden. Oftmals sind diese Vermittler selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen. Daher sollten die Rechtsinhaber — unbeschadet anderer zur Verfügung stehender Sanktionen und Rechtsbehelfe — *die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen*, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt. *Diese Möglichkeit sollte auch dann bestehen, wenn die Handlungen des Vermittlers nach Artikel 5 freigestellt sind.* Die Bedingungen und Modalitäten für eine derartige gerichtliche Anordnung sollten im nationalen Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden." (Hervorhebung nur hier.)

12 — Ich erinnere daran, dass Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 nicht auf bekannte oder besondere Marken beschränkt ist, sondern für alle Arten von Marken gilt. Bei der Auslegung dieser Bestimmung sollte der Gerichtshof daher Lösungen vermeiden, die im Hinblick auf besondere Marken mit Bekanntheitsgrad gerechtfertigt erscheinen, in anderen Fällen jedoch einen viel zu weiten Schutzbereich schaffen würden.

eBay

23. eBay betreibt einen elektronischen Marktplatz, auf dem Listen von Waren angezeigt werden, die von Personen zum Verkauf angeboten werden, die Verkäuferkonten bei eBay eingerichtet haben. Die Käufer geben Gebote für die von diesen Personen aufgelisteten Artikel ab. Den im Vorlagebeschluss zusammengefassten Angaben zufolge finden sich auf der Website www.ebay.co.uk im Durchschnitt 16 Millionen Einträge.

24. Verkäufer und Käufer müssen sich als Nutzer anmelden, indem sie einen Nutzernamen (user ID) angeben [13] und die Nutzervereinbarung von eBay akzeptieren. Der Verkauf nachgeahmter Waren oder eine Verletzung von Markenrechten verstößt gegen diese Vereinbarung. Die Nutzervereinbarung schreibt auch die Beachtung der von eBay aufgestellten Grundsätze vor. Alle Verkäufer, die vom Vereinigten Königreich aus tätig werden, müssen Zahlung per PayPal akzeptieren, d. h. eine abgesicherte Zahlungsweise, die von PayPal (Europe) Sarl & Cie angeboten wird, einem luxemburgischen Finanzinstitut, das sich derzeit im Besitz der eBay Inc. befindet. Für die auf ihrem elektronischen Marktplatz getätigten Geschäfte stellt eBay einen Prozentsatz des Umsatzwerts in Rechnung.

25. Ein Artikel wird bei eBay eine bestimmte Zeit lang (in der Regel 1, 3, 5, 7 oder 10 Tage) angeboten, während der die eBay-Nutzer Gebote für ihn abgeben können. Gebote werden in Erhöhungsschritten entgegengenommen, und bei Ablauf des Verkaufszeitraums wird der Artikel an den Meistbietenden verkauft. Darüber hinaus haben Kaufinteressenten im Wege des sogenannten „proxy bidding“ (automatisches Bietsystem) die Möglichkeit, einen Höchstpreis festzusetzen, den sie zu zahlen bereit sind, und dann die eBay-Website anzuweisen, in Erhöhungsschritten bis zu diesem Höchstbetrag mitzubieten.

26. eBay erlaubt auch den Verkauf von Artikeln ohne Auktion, also zu einem Festpreis (sogenanntes „Jetzt-kaufen-System“). Darüber hinaus hat ein Verkäufer die Möglichkeit, einen „Online-Shop“ auf der Website einzurichten, in dem alle Gegenstände aufgeführt sind, die er jeweils zum Verkauf anbietet, und auf diese Weise ein virtuelles Ladengeschäft auf der eBay-Website zu betreiben. Den erfolgreichsten Verkäufern erkennt eBay den Status eines „Power Seller“ zu, wenn sie durchgängig ausgezeichnete Verkaufsergebnisse erzielen und die Regeln und Grundsätze von eBay beachten. Für Power Seller gibt es fünf Statusstufen — von Bronze bis Titan —, die vom Absatzvolumen des Verkäufers abhängen.

13 — Der Nutzername dient als individuelle Kennung im Computersystem von eBay. Er kann auch in einem Pseudonym bestehen, so dass der Nutzer seine Identität verbergen kann, sofern und solange ein Geschäft nicht abgeschlossen ist. Gewerbliche Verkäufer müssen zu diesem Zeitpunkt Name und Anschrift angeben, Privatverkäufer hingegen nicht. Ein einzelner Verkäufer kann mehrere Verkäuferkonten mit einer Reihe von Nutzernamen anlegen, allerdings hat eBay die Möglichkeit, nach Mehrfachkonten zu suchen, die von ein und derselben Person unterhalten werden.

27. eBay leistet Verkäufern umfangreiche Hilfestellung bei der Einordnung und Beschreibung der zum Verkauf feilgebotenen Artikel, bei der Einrichtung eigener Online-Shops sowie bei der Förderung und Steigerung ihres Absatzes. So stellt eBay etwa den organisatorischen Rahmen für den Verkauf, führt die Versteigerung durch (einschließlich der Abgabe der automatischen Gebote), stellt eine Beobachtungsfunktion zur Verfügung, so dass Mitglieder auf Artikel hingewiesen werden, an denen sie interessiert sind, und treibt Verkaufsförderung und Werbung für Waren auf externen Websites.

28. Zwischen L'Oréal und eBay ist unstreitig, dass eBay nicht als Vertreterin der Warenverkäufer handelt und in keiner Form Besitzerin der Waren ist.

29. Außerdem ist unstreitig, dass eBay die Einträge mittels zahlreicher Softwarefilter nach möglichen Verstößen gegen die von ihr aufgestellten Grundsätze durchsucht. Kennzeichnet einer der Softwarefilter einen Eintrag als möglicherweise nicht grundsatzkonform, wird dieser von einem eBay-Kundendienstmitarbeiter überprüft. Aufgrund der Filterung oder aufgrund von Beschwerden werden jeden Monat Tausende von Einträgen gelöscht.

30. Ferner stellt eBay ein „Verified Rights Owner"-Programm (VeRO-Programm) zur Verfügung, d. h. ein Melde- und Löschprogramm, das Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums bei der Entfernung von ihre Rechte verletzenden Einträgen unterstützen soll. Um am VeRO-Programm teilnehmen zu können, muss der Rechtsinhaber für die Einträge, die seiner Meinung nach gegen seine Rechte verstoßen, ein Formular ausfüllen und übermitteln. Darin sind alle beanstandeten Einträge jeweils unter Angabe der Artikelnummer und eines „Begründungskürzels" zur Bezeichnung des Beanstandungsgrundes anzuführen. Es gibt 16 Begründungskürzel zur Angabe verschiedener Arten von Verletzungen. Wird ein Eintrag gelöscht, erstattet eBay dem Verkäufer das von ihm gezahlte Entgelt. Den Angaben im Vorlagebeschluss zufolge nehmen mehr als 18 000 Rechtsinhaber am VeRO-Programm teil. L'Oréal hat eine Teilnahme an dem Programm abgelehnt, da sie dieses für unzureichend hält.

31. Wenn eBay Europe eine VeRO-Meldung erhält, wird diese von einem Kundendienstmitarbeiter überprüft. Stellt der Mitarbeiter fest, dass der beanstandete Eintrag die Rechte des Beschwerdeführers verletzt, löscht er den Eintrag ohne weitere Ermittlungen. Erforderlichenfalls zieht der Mitarbeiter einen Spezialisten in seinem Team zurate. Falls der Spezialist dies für notwendig erachtet, wird ein hauseigener Justiziar konsultiert. Im Jahr 2007 wurden ungefähr 90 % der über das VeRO-Programm gemeldeten Einträge innerhalb von 6 bis 12 Stunden und ungefähr 98 % innerhalb von 24 Stunden gelöscht.

32. Vor dem nationalen Gericht hat eBay hervorgehoben, sie könne die von Rechtsinhabern gerügten Verletzungen nur schwer

beurteilen. Sie gehe davon aus, dass solche Rügen begründet seien, sofern sie nicht offensichtlich unbegründet erschienen.

33. Des Weiteren verhängt eBay gegen Nutzer, die gegen die von ihr aufgestellten Grundsätze verstoßen, verschiedene Sanktionen, wie etwa die Entfernung des Eintrags, den zeitweiligen Ausschluss des Verkäufers und dessen endgültigen Ausschluss. Weltweit schließt eBay jährlich ungefähr 2 Millionen Nutzer aus, rund 50 000 davon im Rahmen des VeRO-Programms. Einer intensiveren Kontrolle werden Nutzer unterzogen, die Artikel unter Marken verkaufen, die von eBay als „stark gefährdete Marken" eingestuft werden; dabei handelt es sich um mehr als 500 Marken.

Rechtsstreit

34. L'Oréal äußerte in einem an eBay gerichteten Schreiben vom 22. Mai 2007 ihre Besorgnisse über den weit verbreiteten Verkauf von ihre Rechte verletzenden Waren auf den europäischen Websites von eBay und forderte sie auf, Maßnahmen zu ergreifen, um diesen Besorgnissen Rechnung zu tragen. Da die Antwort von eBay Europe L'Oréal nicht zufriedenstellte, erhob Letztere mehrere Klagen, darunter die Klage, die beim High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (im Folgenden: High Court), anhängig ist. Das vorlegende Gericht führt aus, dass die Handlungen, die eine Verletzung darstellen sollen, in der Zeit von November 2006 bis April 2008 erfolgt seien und dass sich die Tätigkeiten von eBay in dem für diese Rechtssache relevanten Zeitraum geändert hätten.

35. Konkret will L'Oréal mit ihrer Klage beim High Court ein Urteil erwirken, mit dem festgestellt wird, dass bestimmte Einzelpersonen als Nutzer des Internetmarktplatzes von eBay eine oder mehrere Marken von L'Oréal dadurch verletzt haben, dass sie mit den Marken identische Zeichen für Waren benutzt haben, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marken eingetragen sind.

36. Im Rahmen der Klage macht L'Oréal geltend, dass eBay für diese Verletzungen gesamtschuldnerisch hafte. Darüber hinaus sei eBay in erster Linie verantwortlich für die Benutzung der Link-Marken auf der eBay-Website und in gesponserten Links in Drittsuchmaschinen, soweit diese Benutzung in Zusammenhang mit markenverletzenden Waren stehe.[14] Dieser Werbelink stellt zusammen mit einer kurzen Werbebotschaft

14 — Nach Angaben des vorlegenden Gerichts hat eBay Europe die Benutzung von Schlüsselwörtern gekauft, die in bestimmten Link-Marken bestehen und die gesponserte Links in Drittsuchmaschinen einschließlich Google, MSN und Yahoo aktivieren. Dies hat zur Folge, dass bei einer Suchanfrage z. B. bei Google unter Eingabe einer der Link-Marken ein gesponserter Link zur eBay-Website sichtbar wird. Klickt der Benutzer auf den gesponserten Link, wird er zur eBay-Website weitergeleitet, wo eine anhand der Link-Marken zusammengestellte Ergebnisliste von Produkten angezeigt wird. Bei der Auswahl der Schlüsselwörter orientiert sich eBay Europe am Verkehrsaufkommen auf seiner Website im Vereinigten Königreich.

eine Anzeige dar.[15] Was die gesponserten Links betrifft, ist unstreitig, dass eBay Schlüsselwörter „gekauft" hat, die in den Link-Marken bestehen, um in Suchmaschinen wie Google, MSN und Yahoo Links zu ihrer eigenen Website zu aktivieren.

37. Gab ein Internetnutzer also am 27. März 2007 in der Google-Suchmaschine die Suchwörter „shu uemura" ein, erschien die nachstehende eBay-Anzeige als gesponserter Link:

„Shu Uemura

Great deals on Shu uemura [Tolle Preise für Shu uemura]

Shop on eBay and Save! [Bei eBay einkaufen und sparen!]

www.ebay.co.uk"

38. Ein Klick auf diesen Werbelink führte zu einer Seite auf der eBay-Website, auf der eine Suchanfrage mit dem Begriff „shu uemura" in „allen Kategorien" und dem Ergebnis „96 Artikel gefunden für shu uemura" erschien.

39. L'Oréal macht geltend, dass es sich bei einem Großteil dieser Artikel um markenverletzende Waren[16] gehandelt habe, die mit dem ausdrücklichen Hinweis „aus Hongkong" bzw. (in einem Fall) „aus den USA" angezeigt worden seien.

40. eBay wird daher im Wesentlichen vorgeworfen, sie führe ihre Nutzer durch Benutzung der L'Oréal-Marken zu markenverletzenden Waren. Zudem sei eBay aufgrund ihrer engen Einbindung in die dem Verkauf vorgelagerten Tätigkeiten, die zu der Auflistung und der Verkaufsförderung von Waren auf ihren Websites sowie zu Verkaufsgeschäften und den dem Verkauf nachgelagerten Vorgängen führten, an den von den einzelnen Verkäufern begangenen Verletzungshandlungen beteiligt.

41. Im Übrigen ist L'Oréal der Auffassung, dass gegen eBay auch dann eine Anordnung gemäß Art. 11 der Richtlinie 2004/48 zu erlassen sei, wenn eBay selbst nicht für die Markenverletzungen verantwortlich sei.

15 — Im Urteil Google France und Google charakterisiert der Gerichtshof den von Google unter der Bezeichnung „AdWords" gegen Entgelt angebotenen Referenzierungsdienst wie folgt: „Dieser [Dienst] ermöglicht es einem Wirtschaftsteilnehmer mittels Auswahl eines oder mehrerer Schlüsselwörter, für den Fall der Übereinstimmung zwischen diesen und den Wörtern, die in der von einem Internetnutzer an die Suchmaschine gerichteten Suchanfrage enthalten sind, einen Werbelink zu seiner Internetseite erscheinen zu lassen. Dieser Werbelink erscheint in der Rubrik ‚liens commerciaux' (‚Gewerbliche Links', deutsche Google-Fassung: ‚Anzeigen'), die am rechten Bildschirmrand, rechts von den natürlichen Ergebnissen oder im oberen Teil des Bildschirms oberhalb dieser Ergebnisse angezeigt wird … Dem genannten Werbelink wird eine kurze Werbebotschaft beigefügt. Dieser Link und diese Botschaft bilden zusammen die Anzeige, die in der oben genannten Rubrik erscheint."

16 — Der Einfachheit halber verwende ich hier die Wendung „markenverletzende Waren", obwohl ich mir völlig darüber im Klaren bin, dass die Waren selbst weder Gegenstand noch unmittelbares Objekt einer Markenverletzung sind, die eine Handlung ist, die aus der unbefugten Benutzung eines Zeichens in Fällen besteht, in denen der Markeninhaber berechtigt ist, die Benutzung zu verbieten.

42. Derzeit betreibt L'Oréal das Verfahren gegen die Verkäufer, die natürliche Personen sind, nicht mehr weiter: Parteien des Ausgangsverfahrens sind nunmehr nur noch L'Oréal und eBay. [17]

43. Mit Urteil vom 22. Mai 2009 hat der High Court das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Den Vorlagebeschluss hat der High Court am 16. Juli 2009 erlassen.

44. Den Ausführungen des High Court zufolge hätte eBay mehr tun können, um den Verkauf nachgeahmter Erzeugnisse auf ihrer Website auf ein Minimum zu beschränken. [18] Dass es eBay möglich wäre, mehr zu tun, bedeutet nach Auffassung des High Court jedoch nicht, dass sie rechtlich dazu auch verpflichtet ist.

Vorlagefragen

45. Mit dem Beschluss vom 16. Juli 2009 hat der High Court folgende Fragen vorgelegt:

1. Liegt ein Inverkehrbringen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 vor, wenn Parfum- und Kosmetik-Tester (d. h. Muster, die dazu dienen, Verbrauchern in Einzelhandelsgeschäften Produkte zu zeigen) und „dramming bottles" (Abfüllflaschen, d. h. Behältnisse, aus denen kleine Mengen entnommen werden können, die als kostenlose Proben an Verbraucher abgegeben werden), die nicht zum Verkauf an Verbraucher bestimmt sind (und oft die Aufschrift „nicht zum Verkauf bestimmt" oder „nicht zum Einzelverkauf bestimmt" tragen), den Vertragshändlern des Markeninhabers kostenlos zur Verfügung gestellt werden?

2. Bildet der Umstand, dass Parfums und kosmetische Mittel ohne Zustimmung des Markeninhabers aus Behältnissen (oder anderen Verpackungen) entnommen worden sind, im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 einen „berechtigten Grund", der es rechtfertigt, dass der Inhaber sich dem

17 — Was die sieben Einzelpersonen betrifft, die im innerstaatlichen Verfahren neben den drei eBay-Tochtergesellschaften verklagt worden sind, so hat L'Oréal mit den Beklagten zu 4) bis 8) einen Vergleich geschlossen und gegen die Beklagten zu 9) und zu 10) Versäumnisurteil erwirkt. Die namentliche Nennung dieser natürlichen Personen als Verfahrensbeteiligte des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens erscheint daher überflüssig.

18 — eBay könnte z. B. Einträge herausfiltern, ehe sie in die Website eingestellt werden, zusätzliche Filter verwenden, Verkäufer, die Artikel anbieten wollen, zur Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift verpflichten, für hochriskante Erzeugnisse zusätzliche mengenmäßige Beschränkungen vorsehen, Grundsätze zur Bekämpfung anderer Arten von Verletzungen aufstellen, die derzeit nicht erfasst sind, insbesondere zur Bekämpfung des Verkaufs von Nicht-EWR-Ware ohne Zustimmung des Markeninhabers, sowie Sanktionen strenger handhaben.

weiteren Vertrieb der unverpackten Waren widersetzt?

3. Macht es für die Beantwortung der zweiten Frage einen Unterschied, ob

   a) die unverpackten Waren aufgrund der Entfernung der Behältnisse (oder anderen äußeren Verpackungen) nicht die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768 vorgeschriebenen Angaben, insbesondere ein Verzeichnis der Bestandteile oder ein Ablaufdatum enthalten?

   b) das Angebot zum Kauf oder der Verkauf der unverpackten Waren aufgrund des Fehlens dieser Angaben nach dem Recht des EU-Mitgliedstaats, in dem sie von Dritten zum Kauf angeboten oder verkauft werden, eine Straftat darstellt?

4. Macht es für die Beantwortung der zweiten Frage einen Unterschied, ob der weitere Vertrieb das Image der Waren und damit den Ruf der Marke schädigt oder zu schädigen droht? Falls ja, besteht für diese Wirkung eine Vermutung, oder muss der Markeninhaber sie nachweisen?

5. Wenn ein Händler, der einen Online-Marktplatz betreibt, von dem Betreiber einer Suchmaschine die Benutzung eines mit einer eingetragenen Marke identischen Zeichens als Suchwort erwirbt, so dass dieses Zeichen für die Nutzer von der Suchmaschine in einem gesponserten Link zu der Website des Betreibers des Online-Marktplatzes sichtbar gemacht wird, stellt dann das Sichtbarmachen des Zeichens in dem gesponserten Link eine „Benutzung" des Zeichens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 dar?

6. Wenn die Tatsache, dass ein Nutzer auf den in der fünften Frage bezeichneten gesponserten Link klickt, ihn direkt zu mit dem von Dritten auf der Website platzierten Zeichen versehenen Anzeigen oder Verkaufsangeboten für Waren führt, die mit denen identisch sind, für die die Marke eingetragen wurde, wobei aufgrund der Statusunterschiede der betreffenden Waren einige dieser Anzeigen oder Verkaufsangebote die Marke verletzen, andere dagegen nicht, liegt dann eine Benutzung des Zeichens „für" die die Marke verletzenden Waren durch den Betreiber des Online-Marktplatzes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a

der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 vor?

7. Wenn sich unter den Waren, für die auf der in Frage 6 bezeichneten Website Werbung getrieben wird und die dort zum Verkauf angeboten werden, solche Waren finden, die nicht von dem Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht wurden, fällt dann diese Benutzung schon deshalb unter Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 und nicht unter Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94, weil sich die Anzeige oder das Verkaufsangebot an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richtet, oder muss der Markeninhaber beweisen, dass die Anzeige oder das Verkaufsangebot zwangsläufig das Inverkehrbringen der fraglichen Waren in dem durch die Marke erfassten Gebiet impliziert?

8. Ändert es etwas an den Antworten auf die Fragen 5, 6 und 7, wenn die vom Markeninhaber beanstandete Benutzung im Sichtbarmachen des Zeichens nicht in einem gesponserten Link, sondern auf der Website des Betreibers des Online-Marktplatzes selbst besteht?

9. Wenn eine solche Benutzung schon deshalb unter Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 und nicht unter Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 fällt, weil sich die Anzeige oder das Verkaufsangebot an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richtet:

   a) Besteht eine solche Benutzung in „der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31, oder umfasst sie eine solche Speicherung?

   b) Wenn die Benutzung nicht ausschließlich in unter Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 fallenden Tätigkeiten besteht, aber solche Tätigkeiten umfasst, ist dann der Betreiber des Online-Marktplatzes insoweit von der Haftung freigestellt, als die Benutzung in solchen Tätigkeiten besteht, und, wenn ja, können wegen einer solchen Benutzung, soweit keine Haftungsfreistellung besteht,

Schadensersatz oder andere finanzielle Wiedergutmachungsleistungen zuerkannt werden?

c) Stellt es eine „tatsächliche Kenntnis" oder ein „Bewusstsein" im Sinne des Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 dar, wenn der Betreiber des Online-Marktplatzes davon Kenntnis hat, dass Waren unter Verletzung eingetragener Marken auf seiner Website beworben, zum Verkauf angeboten und verkauft wurden und dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Verletzungen der in Rede stehenden eingetragenen Marken durch Werbung, Angebot zum Verkauf und Verkauf derselben oder ähnlicher Waren durch denselben oder andere Nutzer der Website andauern wird?

10. Verpflichtet Art. 11 der Richtlinie 2004/48 die Mitgliedstaaten, in Fällen, in denen Dienste einer Mittelsperson wie etwa des Betreibers einer Website von einem Dritten zur Verletzung einer eingetragenen Marke in Anspruch genommen wurden, sicherzustellen, dass der Markeninhaber eine gerichtliche Anordnung gegen die Mittelsperson erwirken kann, um weitere Verletzungen dieser Marke — und nicht nur die Fortsetzung der spezifischen Verletzungshandlung — zu verhindern? Falls ja, welchen Umfang muss diese gerichtliche Anordnung haben?

IV — Vorbemerkungen

A — *Grundsatzerwägungen*

46. Ich erinnere daran, dass der Gerichtshof mit seiner jüngeren Rechtsprechung [19] den Markenschutz, insbesondere den Schutz bekannter Marken, verstärkt hat und nicht nur auf die Hauptfunktion der Marke, die darin besteht, auf die gewerbliche Herkunft der Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen, sondern auch auf ihre anderen Funktionen wie die Gewährleistung der Qualität oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen abgestellt hat. [20] Diese anderen Funktionen sind im heutigen Geschäftsleben von Bedeutung, da die Marke häufig einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert als „brand" erlangt und zur Vermittlung einer

19 — Vgl. z. B. Urteile vom 8. Juli 2010, Portakabin (C-558/08, Slg. 2010, I-6963), und vom 25. März 2010, BergSpechte (C-278/08, Slg. 2010, I-2517), Beschluss vom 26. März 2010, Eis.de (C-91/09), Urteile Google France und Google, vom 18. Juni 2009, L'Oréal u. a. (C-487/07, Slg. 2009, I-5185), vom 12. Juni 2008, O2 Holdings und O2 (UK) (C-533/06, Slg. 2008, I-4231), vom 11. September 2007, Céline (C-17/06, Slg. 2007, I-7041), vom 25. Januar 2007, Adam Opel (C-48/05, Slg. 2007, I-1017), und vom 12. November 2002, Arsenal Football Club (C-206/01, Slg. 2002, I-10273).

20 — Weder in sprachlicher noch in inhaltlicher Hinsicht besteht Einigkeit darüber, wie die „Funktionen" der Marke zu verstehen sind. Das Gleiche gilt für die Systematik der Beziehungen zwischen den verschiedenen Funktionen, vor allem hinsichtlich der Frage, ob einige (oder alle) Funktionen als in der Hauptfunktion — d. h. die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung gegenüber den Verbrauchern — enthalten angesehen werden können. Als andere Funktionen der Marke hat der Gerichtshof die Gewährleistung der Qualität dieser Ware oder Dienstleistung sowie die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen genannt (vgl. Urteil L'Oréal u. a., Randnr. 58). Im Folgenden verwende ich insoweit die Begriffe Herkunftsfunktion, Qualitätsfunktion, Kommunikationsfunktion, Werbefunktion und Investitionsfunktion.

weiter gehenden Botschaft als einfach nur der Herkunft der Ware oder Dienstleistung eingesetzt wird. Meines Erachtens müssen diese Entwicklungen berücksichtigt werden, damit das Markenrecht der Union seinen Zweck erfüllen kann.

47. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass der durch eine Marke verliehene Schutz, auch wenn er — im Gegensatz zu demjenigen eines Urheberrechts oder Patents [21] — nur begrenzten Umfang hat, jedenfalls unbefristet so lange gilt, wie die Marke benutzt wird und die Eintragung besteht. Der Markenschutz umfasst nur die Benutzung eines Zeichens als Marke im geschäftlichen Verkehr und erstreckt sich nur auf eine Benutzung, die unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen Markenfunktionen relevant ist. Zudem besteht der Schutz, sofern es sich nicht um eine bekannte Marke handelt, in der Regel nur gegenüber identischen oder ähnlichen Waren. Im Übrigen unterliegt der Schutz rechtlichen Beschränkungen, er ist erschöpft, wenn der Markeninhaber den mit der Marke verbundenen wirtschaftlichen Wert hinsichtlich der Waren realisiert hat, und er ist geografisch begrenzt.

48. Die vorstehend erwähnten Grenzen und Einschränkungen sind zur Aufrechterhaltung der Freiheit des Handels und des Wettbewerbs erforderlich [22], die insoweit erfordert, dass den Unternehmen unterscheidungskräftige Zeichen und sprachliche Begriffe zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen zur Verfügung stehen, dass die Markeninhaber die legitime gewerbliche und nichtgewerbliche Benutzung der geschützten Zeichen nicht verhindern können und dass die Freiheit der Meinungsäußerung nicht unangemessen eingeschränkt wird. [23]

49. Es darf nicht übersehen werden, dass die Einträge, die die Nutzer in den eBay-Marktplatz einstellen, Mitteilungen sind, die durch die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit nach Art. 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

21 — Vgl. Breitschaft, A., „Intel, Adidas & Co — is the jurisprudence of the European Court of Justice on dilution law in compliance with the underlying rationales and fit for the future?", *European Intellectual Property Law Review* 2009, 31(10), S. 497 bis 504, S. 498. Nach Auffassung des Verfassers verdienen die Unionsvorschriften Kritik, weil sie den Inhabern bekannter Marken eine Art von Monopol für die Verwertung ihrer Zeichen einräumten, obwohl das Markenrecht ursprünglich nicht die Zuerkennung eines ausschließlichen Rechts des geistigen Eigentums wie im Patentrecht oder im Urheberrecht bezweckt habe.

22 — Eine eingehendere Untersuchung dieser Gesichtspunkte findet sich in den Schlussanträgen von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Google France und Google, Urteil in Fn. 2 angeführt, Nrn. 101 bis 112.

23 — Soweit der rechtliche Schutz von als „brands" bekannten Marken verstärkt wird, wird es immer wichtiger, sicherzustellen, dass die Freiheit der Meinungsäußerung in Satiren, künstlerischen Werken, kritischen Äußerungen zum Konsumverhalten und ironischen Lifestyledarstellungen in diesem Bereich nicht unangemessen behindert wird. Das Gleiche gilt für Diskussionen über die Qualität von Waren und Dienstleistungen. Vgl. hierzu Senftleben, M., „The Trademark Tower of Babel — Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law", *International review of intellectual property and competition law*, Bd. 40 (2009), Nr. 1, S. 45 ff., S. 62 bis 64.

und nach Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützt sind. [24]

50. Elektronische Marktplätze wie eBay eröffnen sowohl Unternehmen als auch Privatpersonen nie da gewesene Möglichkeiten, unmittelbar Handel miteinander zu treiben und dabei Liefer- und Zahlungsrisiken zu reduzieren. Das Ausgangsverfahren sowie ähnliche Rechtsstreitigkeiten in anderen Mitgliedstaaten und Drittländern zeigen, dass diese Möglichkeiten zu Missbräuchen [25] und zu Urheberrechts- und Markenverletzungen führen können [26]. Es ist daher legitim, dafür zu sorgen, dass den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums auch in diesen neuen Umfeldern wirksamer Rechtsschutz zur Verfügung steht. Allerdings darf dieser Rechtsschutz nicht die Rechte der Nutzer und der Anbieter dieser Dienste beeinträchtigen.

51. Beim Markenschutz darf nicht übersehen werden, dass Marken im Rahmen nichtgewerblicher Geschäfte nicht geschützt sind. Außerdem kann sich der Markeninhaber nicht Geschäften und Praktiken widersetzen, die die Funktionen von Marken nicht beeinträchtigen, etwa eine rein beschreibende Benutzung der Marke oder deren Benutzung in zulässiger vergleichender Werbung.

52. Das Gleiche gilt für Tätigkeiten im Rahmen der berechtigten Benutzung im Sinne von Art. 6 der Richtlinie 89/104 oder im Rahmen der Benutzung für Waren, bezüglich deren das Recht aus der Marke nach Art. 7 dieser Richtlinie erschöpft ist. Eine solche berechtigte Benutzung kann auch im Fall von Luxuskosmetikartikeln wie denen von L'Oréal vorliegen. So ist z. B. vorstellbar, dass ein Ehemann eine ungeöffnete Schachtel mit einem teuren Make-up, das er für seine Ehefrau zu Weihnachten gekauft hat, verkaufen will, nachdem sie ihm mitgeteilt hat, dass sie gegen einige Bestandteile allergisch ist. Ein Händler mag einen Posten markenrechtlich geschützter Parfums aus der Insolvenzmasse eines Ladenbesitzers gekauft haben, der zum selektiven Vertriebsnetz des Markeninhabers gehörte, und will diesen Posten unter Inanspruchnahme der Dienste eines

24 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Alber in der Rechtssache Karner (C-71/02, Urteil vom 25. März 2004, Slg. 2004, I-3025, Nr. 75), sowie Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20. November 1989 in der Rechtssache Markt Intern Verlag und Klaus Beermann/Deutschland, Série A, Nr. 165, Randnrn. 25 f., und vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache Casado Coca/Spanien, Série A, Nr. 285-A, Randnrn. 35 f.

25 — In seinem Urteil vom 22. Mai 2009 erwähnt der High Court auf dem elektronischen eBay-Marktplatz durchgeführte Testkäufe von L'Oréal-Erzeugnissen. Als Musterbeispiel kann eine Reihe von Testkäufen angeführt werden, bei denen sich herausstellte, dass 70 % der Produkte nicht zum Verkauf im EWR bestimmt waren (nachgeahmte Waren, Nicht-EWR-Waren oder EWR-Waren, die nicht zum Verkauf bestimmt waren). Auch in anderen Bereichen liegen Zahlen ähnlicher Größenordnung vor. Zum Vergleich: Im Rechtsstreit zwischen eBay und der Tiffany Inc. wurde festgestellt, dass 75 % der auf dem elektronischen eBay-Marktplatz gehandelten „Tiffany"-Produkte nachgeahmt waren — vgl. Tiffany (NJ) Inc./eBay Inc., United States District Court, Southern District of New York, Nr. 04 Civ.4607 RJS, 576 F.Supp.2d 463 (2008), Urteil vom 14. Juli 2008, S. 20, in der Berufungsinstanz durch Entscheidung des Second Circuit vom 1. April 2010 bestätigt mit Ausnahme des Klageantrags wegen falscher Werbeaussagen, der zur weiteren Prüfung zurückgestellt wurde, vgl. Tiffany (NJ) Inc./eBay, Inc., 600 F.3d 93, 114 (2d Cir.2010) („Tiffany II").

26 — Meines Wissens haben sich bisher die Gerichte in Belgien, Frankreich, Deutschland, im Vereinigten Königreich und in den USA mit der Frage der Haftung eines Internet-Marktplatzes für Markenverletzungen befasst.

elektronischen Marktplatzes veräußern.[27] Somit kann es also auch legitime Zweithandgeschäfte und -angebote über kosmetische Mittel geben, wenngleich solche Fälle seltener sein mögen als in den Bereichen langlebige Haushaltsartikel, Fahrzeuge, Boote oder Einrichtungsgegenstände. Jedenfalls müssen die in diesem Vorabentscheidungsverfahren gegebenen Antworten so beschaffen sein, dass sie nicht zu einer Einschränkung rechtmäßiger Nutzungen von Zeichen für Waren beliebiger Art führen, denen sich ein Markeninhaber nicht berechtigterweise widersetzen kann.

B — *Primär- und Sekundärhaftung bei Markenverletzungen*

53. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2000/31 ihren Erwägungsgründen zufolge die Förderung der Dienste der Informationsgesellschaft und die Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs bezweckt. Mit der in den Art. 12, 13 und 14 dieser Richtlinie vorgesehenen Beschränkung der Verantwortlichkeit soll die Erbringung der Dienste der Informationsgesellschaft ohne das Risiko der rechtlichen Haftung ermöglicht werden, das der Diensteanbieter nicht im Voraus ausschließen kann, ohne dass sein Geschäftsmodell wirtschaftlich und technisch undurchführbar wird. Im Rahmen der Abwägung der Rechte der Markeninhaber und der Pflichten der Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft wie eBay muss daher festgelegt werden, was von dem Diensteanbieter billigerweise verlangt werden kann, um Verletzungshandlungen Dritter zu verhindern.

54. Im vorliegenden Fall stellt sich u. a. die Frage, ob eBay primär dafür haftbar gemacht werden kann, dass L'Oréal-Marken durch den Verkauf markenverletzender Waren auf dem von eBay veranstalteten elektronischen Marktplatz verletzt werden. Eine solche Primärhaftung kann sich aus eigenen Verletzungshandlungen von eBay ergeben, oder sie kann neben der Haftung der Verkäufer bestehen, die diese für die von ihnen begangenen Verletzungshandlungen trifft. Im letztgenannten Fall können zwei ineinandergreifende, aber eigenständige

27 — Da es sich bei den selektiven Vertriebsvereinbarungen um Verträge handelt, sind sie für Dritte nicht bindend. Daher ist der Markenschutz auch dann erschöpft, wenn ein dem Vertriebsnetz angehörender Vertragshändler geschützte Waren unter Verstoß gegen die zwischen ihm und dem Markeninhaber bestehende Vertriebsvereinbarung an Dritte veräußert. In seinem Urteil vom 30. November 2004, Peak Holding (C-16/03, Slg. 2004, I-11313), kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass der Wiederverkauf im EWR unter Verstoß gegen ein im Kaufvertrag vereinbartes Verbot die Erschöpfung nicht hindere (vgl. Randnr. 56).

Verletzungssachverhalte vorliegen. [28] Zu fragen ist also, ob eBay selbst die Marken von L'Oréal verletzt hat. Eine Haftung hängt dann von der Auslegung und Anwendung der harmonisierten unionsrechtlichen Bestimmungen über Marken, genauer gesagt der Art. 5, 6 und 7 der Richtlinie 89/104 sowie der entsprechenden Bestimmungen der Verordnung Nr. 40/94, ab.

55. Im vorliegenden Fall geht es außerdem noch um das, was ich als „Sekundärhaftung" bezeichnen möchte: Gemeint ist damit die mögliche Haftung eines Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft wegen Verletzungshandlungen, die Nutzer des Dienstes begangen haben. [29] Wie der High Court zu Recht ausführt, ist diese Art der Haftung für von anderen Personen begangene Markenverletzungen nicht durch die Markenrechtsvorschriften der Union harmonisiert und unterliegt daher dem nationalen Recht. Das Unionsrecht enthält keine Bestimmung, der zufolge Unternehmen verpflichtet wären, Markenverletzungen durch Dritte zu verhindern oder Handlungen oder Praktiken zu unterlassen, die zu solchen Verletzungen beitragen oder diese erleichtern könnten. [30] Eine teilweise Harmonisierung dieser Haftung oder besser gesagt der Voraussetzungen für eine Nichthaftung findet sich jedoch in den Art. 12, 13 und 14 der Richtlinie 2000/31. Darüber hinaus schreibt das Unionsrecht vor, dass gegen Mittelspersonen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden, eine gerichtliche Anordnung beantragt werden kann.

56. Folglich müssen Themen wie mitwirkende oder von Dritten begangene Markenverletzungen, die in der Lehre in den Vereinigten Staaten diskutiert werden, im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren ausgeklammert bleiben. Das Gleiche gilt für ähnliche Rechtsinstitute in anderen Rechtssystemen, etwa die Mittäterschaft bei unerlaubten Handlungen im common law oder die sogenannte Störerhaftung in Deutschland [31].

28 — Wenn etwa A Waren herstellt und mit der Marke eines Dritten ohne dessen Zustimmungen kennzeichnet und B die Waren in den Verkehr bringt.

29 — Der High Court bezeichnet dies nach englischem Recht als „accessory liability" (Teilnehmerhaftung). In einigen Rechtssystemen können wir auch von mittelbaren Verletzungen im Gegensatz zu den vom Haupthandelnden begangenen unmittelbaren Verletzungen sprechen.

30 — Allerdings ist es nach der Verordnung (EG) Nr. 3295/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 über Maßnahmen zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke oder Nachbildungen in den zollrechtlich freien Verkehr oder in ein Nichterhebungsverfahren sowie zum Verbot ihrer Ausfuhr und Wiederausfuhr (ABl. L 341, S. 8) in geänderter Fassung verboten, nachgeahmte Waren und unerlaubt hergestellte Vervielfältigungsstücke oder Nachbildungen in den zollrechtlich freien Verkehr oder in ein Nichterhebungsverfahren zu überführen, auszuführen oder wiederauszuführen.

31 — Die Störerhaftung im deutschen Recht knüpft an eine Rechtsverletzung an, löst aber keine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht aus. Sie kann zu einer Unterlassungsanordnung gegen den Störer führen, auch wenn kein Schadensersatz zugesprochen wird. Vgl. Rühmkorf, A., „The Liability of online auction portals: Toward a Uniform Approach?", 14 Nr. 4 *Journal of Internet Law*, Oktober 2010, S. 3.

57. In Lehre und Rechtsprechung der Vereinigten Staaten wird die Rechtsstellung elektronischer Marktplätze häufig entsprechend den für Flohmärkte und Garagenverkäufe geltenden Grundsätzen beurteilt. [32] Solche Vergleiche mögen zwar der Veranschaulichung dienen, im Rahmen des Unionsrechts sind jedoch eine teleologische Auslegung der einschlägigen Rechtsakte und die Anwendung der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Grundsätze am zweckmäßigsten.

58. Wichtig ist vielleicht der Hinweis, dass es im Bereich der nationalen Rechtsprechung zur Haftung von eBay und ähnlichen elektronischen Marktplätzen meines Wissens kein einziges Urteil gibt, in dem der Marktplatzbetreiber als primärer Verletzer der Markenrechte Dritter angesehen worden wäre. Einigen Kommentatoren zufolge existieren offenbar Entscheidungen einzelner französischer und US-amerikanischer Gerichte zur Sekundärhaftung, in denen die Haftung des elektronischen Marktplatzes bejaht wurde, während andere Gerichte in Frankreich und in den Vereinigten Staaten sowie in Belgien und Deutschland das Bestehen einer solchen Haftung verneint haben. Allerdings sind in Deutschland gerichtliche Anordnungen gegen elektronische Marktplätze zur Verhinderung weiterer Markenverletzungen durch Dritte aufgrund des Rechtsinstituts der Störerhaftung erlassen worden, obwohl die Gerichte eine zivilrechtliche Haftung der Marktplätze verneint haben. [33]

C — *Schutz der Markenidentität und von Schlüsselwörtern in einem Internetreferenzierungsdienst*

59. Der High Court fasst die den Vorlagefragen zugrunde liegenden Problemkreise in vier Gruppen zusammen: Fragen betreffend den Charakter der Waren, die die Beklagten als markenverletzende Artikel verkauft haben; Bestehen einer gesamtschuldnerischen [34] oder primären Haftung von eBay; Möglichkeit einer eBay zustehenden Einrede nach Art. 14 der Richtlinie 2000/31; Bestehen eines L'Oréal zustehenden Rechtsbehelfs nach Art. 11 der Richtlinie 2004/48. Markenverletzende Waren lassen sich in vier Kategorien

32 — Zur Haftung für die Mitwirkung an einer Markenverletzung in den Vereinigten Staaten vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Google France und Google, Fn. 19.

33 — Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung findet sich bei Rühmkorf, A., a. a. O., bei Cheung, A. S. Y., und Pun, K. K. H., „Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers", *European Intellectual Property Review* 2009, 31(11), S. 559 bis 567, sowie bei Bagnall, M., Fyfield, D., Rehag, C, und Adams, M., „Liability of Online Auctioneers: Auction Sites and Brand Owners Hammer It Out", *INTA Bulletin*, Bd. 65, Nr. 1 (1. Januar 2010), S. 5 bis 7. Vgl. auch „Report on Online auction sites and trademark infringement liability" des Trademarks and Unfair Competition Committee der New York City Bar Association, abrufbar unter www.abcny.org.

34 — Ich erinnere jedoch daran, dass der High Court in seinem Urteil vom 22. Mai 2009 eine Teilnehmerhaftung von eBay nach englischem Recht, die L'Oréal mit der Begründung einer Mittäterschaft an einer in der Herbeiführung oder in der Teilnahme an einem gemeinsamen Plan bestehenden unerlaubten Handlung geltend gemacht hatte, ausgeschlossen hat.

einteilen: nachgeahmte Ware, Nicht-EWR-Ware, Tester- und Abfüllware sowie unverpackte Ware.

60. Das Vorabentscheidungsersuchen geht davon aus, dass als unionsrechtliche Markenvorschrift Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 einschlägig ist. In dieser Bestimmung ist der sogenannte Identitätsschutz geregelt, d. h. Schutz gegen die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens für Waren oder Dienstleistungen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist hierfür eine absolute Identität zwischen dem Zeichen und der Marke erforderlich; eine Benutzung ist auch dann ausgeschlossen, wenn nur geringfügige oder unbedeutende Unterschiede bestehen. [35]

61. Im Bereich der Suchmaschinen besteht ein Schlüsselwort aus einer Abfolge von Zeichen, in der Regel Buchstaben. Vielfach kommt es bei Schlüsselwörtern nicht auf die Groß- oder Kleinschreibung an, jedoch besteht die Möglichkeit, dies vorzuschreiben. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass es sich bei einigen der hier in Rede stehenden Marken um kaum stilisierte Wortmarken und bei einer Marke um eine Bildmarke handelt, die in handschriftlichen Großbuchstaben die Worte AMOR AMOR enthält. [36]

62. Bei Zugrundelegung des Urteils LTJ Diffusion wäre streng genommen die Identität zwischen der Marke und dem Schlüsselwort ausgeschlossen, so dass die Regelung des Art. 5 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/104 über ähnliche Marken zur Anwendung käme. Dann müsste geprüft werden, ob das in dieser Vorschrift genannte Kriterium der „Verwechslungsgefahr" erfüllt ist. Grundsätzlich ist eine Verwechslungsgefahr zwischen kaum stilisierten Wortmarken bzw. Bildmarken mit dominierenden Wortelementen einerseits und Schlüsselwörtern andererseits gegeben. Ich halte es daher weder für zweckmäßig noch für erforderlich, die Diskussion über Fragen des Identitätsschutzes hinaus auszuweiten.

63. Aus dem Wortlaut der Richtlinie 89/104 und der einschlägigen Rechtsprechung ergeben sich sechs Voraussetzungen. Der Inhaber

35 — Vgl. Urteil vom 20. März 2003, LTJ Diffusion (C-291/00, Slg. 2003, I-2799, Randnrn. 50 bis 54). Nach meinem Verständnis sind Unterschiede zwischen reinen Wortmarken und stilisierten Wortmarken bzw. Bildmarken mit dominierenden Wortelementen stets von Bedeutung. Andernfalls bestünde kein Grund, Marken der letztgenannten Kategorie eigenständig einzutragen.

36 — Laut den Richtlinien des HABM (Teil C: Das Widerspruchsverfahren, Teil 2, Kapitel 1: Identität; endgültige Fassung vom November 2007) bestehen Wortmarken aus Buchstaben, Ziffern und anderen in der Standardschrift des jeweiligen Amtes wiedergegebenen Zeichen. Das heißt, dass bei solchen Marken keine besonderen grafischen Elemente oder ein bestimmtes Erscheinungsbild beansprucht werden. Außerdem sind Unterschiede hinsichtlich der Verwendung von Klein- oder Großbuchstaben unerheblich (vgl. Nr. 3.2). Zu Bildmarken heißt es in den Richtlinien, dass dann keine Identität vorliegt, i) wenn eine der Marken eine abweichende Schriftart verwendet, die die Wortmarke insgesamt als Bildmarke erscheinen lässt, ii) wenn eine der Marken aus einer Standardschrift auf einem bildlichen (farbigen) Hintergrund besteht oder iii) wenn eine der Marken eine Standardschrift in farbigen Buchstaben verwendet, während es sich bei der anderen Marke um eine Wortmarke handelt (vgl. Nr. 3.3 mit Beispielen).

einer eingetragenen Marke kann sich nur dann mit Erfolg auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 berufen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind [37]: 1. Es muss eine Benutzung eines Zeichens durch einen Dritten vorliegen, 2. die Benutzung muss im geschäftlichen Verkehr stattfinden [38], 3. sie muss ohne die Zustimmung des Markeninhabers erfolgen, 4. das Zeichen muss mit der Marke identisch sein, 5. die Benutzung muss für Waren oder Dienstleistungen erfolgen, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen wurde, und 6. sie muss einige der Funktionen der Marke beeinträchtigen oder beeinträchtigen können [39].

V — Tester und Abfüllflaschen

64. Ich komme jetzt zu den zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen.

65. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es sich bei Parfum- und Kosmetiktestern und Abfüllflaschen, die nicht zum Verkauf an Verbraucher bestimmt sind und die den Vertragshändlern des Markeninhabers kostenlos zur Verfügung gestellt werden, um Waren handelt, die im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 „in den Verkehr gebracht worden sind".

66. Eine ähnliche Frage hat der Gerichtshof unlängst in der Rechtssache Coty Prestige Lancaster Group [40] geprüft. Er kam zu dem Ergebnis, dass in einem Fall, „in dem ‚Parfümtester' ohne Übertragung des Eigentums und mit dem Verbot des Verkaufs an vertraglich an den Markeninhaber gebundene Zwischenhändler überlassen werden, damit deren Kunden den Inhalt der Ware zu Testzwecken verbrauchen können, und jederzeit ein Rückruf der Ware durch den Markeninhaber möglich ist und sich die Aufmachung der Ware von der Aufmachung der den genannten Zwischenhändlern üblicherweise vom Markeninhaber zur Verfügung gestellten Parfümflakons unterscheidet, … die Tatsache, dass es sich bei diesen Testern um Parfümflakons mit der Aufschrift ‚Demonstration' und ‚Unverkäuflich' handelt, in Ermangelung gegenteiliger Beweise, deren Würdigung Sache des vorlegenden Gerichts ist, der Annahme einer konkludenten Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen dieser Flakons entgegen[steht]" [41].

37 — Vgl. Urteile Arsenal Football Club, Randnr. 51, vom 16. November 2004, Anheuser-Busch, C-245/02, Slg. 2004, I-10898, Randnr. 59, Adam Opel, Randnrn. 18 bis 22, und Céline, Randnr. 16.

38 — Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird ein Zeichen im geschäftlichen Verkehr benutzt, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt — vgl. Urteil Arsenal Football Club, Randnr. 40.

39 — Der High Court hält die sechste Voraussetzung für überflüssig und verwirrend (vgl. Urteil vom 22. Mai 2009, Randnrn. 288 und 300 bis 306). Auch in der Lehre wird der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs Inkonsequenz und schwierige Anwendbarkeit vorgeworfen. Ich kann diese Bedenken zwar in gewissem Maße nachvollziehen, meine aber, dass angesichts des sehr speziellen Sachverhalts in diesem Vorabentscheidungsverfahren, bei dem es um einen elektronischen Marktplatz geht, auf diese Diskussion nicht eingegangen werden muss.

40 — Urteil vom 3. Juni 2010 (C-127/09, Slg. 2010, I-4965).

41 — Ebd., Randnr. 48.

67. Der High Court gibt in seiner ersten Vorlagefrage an, dass die Tester und Abfüllflaschen nicht zum Verkauf bestimmt und oft mit der Aufschrift „nicht zum Verkauf bestimmt" oder „nicht zum Einzelverkauf bestimmt" versehen seien. Die Ware werde den Vertragshändlern des Markeninhabers kostenlos zur Verfügung gestellt. Meines Erachtens geht aus der Formulierung der Frage hervor, dass im Großen und Ganzen die Elemente vorliegen, die der Gerichtshof in der Rechtssache Coty Prestige Lancaster Group für entscheidungserheblich gehalten hat, so dass eine konkludente Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen der Tester und Abfüllflaschen ausgeschlossen ist. Daher lässt sich sagen, dass die Waren unter diesen Umständen nicht in den Verkehr gebracht worden sind.

VI — Folgen der Entfernung der Verpackung bei markengeschützten kosmetischen Mitteln

68. Meines Wissens hat sich der Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 der Richtlinie 89/104 bisher noch nicht direkt mit der Frage des Verkaufs von Markenartikeln ohne Originalverpackung befasst. Dennoch meine ich, dass sich die Antworten auf die zweite, die dritte und die vierte Frage, die auf diese Problematik abzielen, aus der bestehenden Rechtsprechung herleiten lassen.

69. Im Urteil Boehringer Ingelheim u. a. hat der Gerichtshof Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 dahin ausgelegt, dass sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb eines Arzneimittels widersetzen kann, wenn der Parallelimporteur es entweder neu verpackt und die Marke wieder darauf angebracht hat oder einen Aufkleber auf der Verpackung der Ware angebracht hat, es sei denn, dass fünf Voraussetzungen erfüllt sind, darunter diejenige, dass die Aufmachung der umgepackten Ware nicht so beschaffen ist, dass dadurch der Ruf der Marke oder ihres Inhabers geschädigt werden kann. Die Aufmachung eines umgepackten Arzneimittels könnte insbesondere dann unangemessen sein und folglich dem Ansehen der Marke schaden, wenn die Verpackung oder der Aufkleber zwar nicht schadhaft, von schlechter Qualität oder unordentlich, aber so beschaffen sind, dass sie den Wert der Marke beeinträchtigen, indem sie das mit einer solchen Ware verbundene Image der Zuverlässigkeit und Qualität sowie das Vertrauen, das sie bei den betroffenen Verkehrskreisen wecken kann, schädigen. [42]

70. Wenn der Zustand der mit der Marke versehenen Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist, hat der Markeninhaber einen berechtigten Grund im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104, sich dem weiteren Vertrieb der Waren zu widersetzen. Bei der Beurteilung einer Beeinträchtigung des Originalzustands der Ware ist in der Regel auf den Zustand der

42 — Vgl. Urteil vom 26. April 2007, Boehringer Ingelheim u. a. (C-348/04, Slg. 2007, I-3391, Randnrn. 43 f.).

Ware abzustellen, die in der Verpackung enthalten ist. [43]

71. Meines Erachtens kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass im Fall etwa von Luxuskosmetika die äußere Verpackung der Ware aufgrund ihrer besonderen Gestaltung, zu der auch die Benutzung der Marke gehört, unter Umständen als Element des Warenzustands zu betrachten ist. In derartigen Fällen kann sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb der unverpackten Ware widersetzen. [44]

72. Ich muss hinzufügen, dass ich mich der Auffassung der Kommission nicht anschließen kann, dass eine ohne die Zustimmung des Markeninhabers erfolgende Entfernung der Behältnisse und anderen äußeren Verpackungen von Waren wie Parfums und kosmetischen Mitteln stets einen berechtigten Grund im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 bilde, der es rechtfertige, dass sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb der Ware widersetze.

73. Erstens ist zu beachten, dass nach Art. 7 der Richtlinie 89/104 die Rechtserschöpfung die Regel ist. Daher ist die dem Markeninhaber zustehende Befugnis, sich dem weiteren Vertrieb seiner Waren zu widersetzen, nachdem er den wirtschaftlichen Wert der für diese Waren bestehenden Marke bereits realisiert hat, eng auszulegen.

74. Zweitens ist nicht auszuschließen, dass die äußere Verpackung selbst bei kosmetischen Mitteln so beschaffen ist, dass ihre Entfernung weder die die Herkunft und Qualität der Ware betreffenden Hinweisfunktionen der Marke beeinträchtigt noch den Ruf der Marke schädigt. Dies kann z. B. bei preiswerteren kosmetischen Mitteln der Fall sein.

75. Daher ist die Frage, ob der Markeninhaber berechtigte Gründe hat, sich der späteren Entfernung der Verpackung zu widersetzen, jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Insoweit führt der High Court zwei Fallgestaltungen an, nämlich dass die unverpackten Waren nicht die in der Richtlinie 76/768 über kosmetische Mittel vorgeschriebenen Angaben enthalten bzw. dass das Fehlen dieser Angaben in dem Mitgliedstaat, in dem die Waren zum Verkauf angeboten oder verkauft werden, eine Straftat darstellt [45].

76. Meines Erachtens ist das Erfordernis, die Bestimmungen der Richtlinie über

43 — Urteil vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a. (C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457).

44 — Zum besonderen Charakter solcher Waren im Markenrecht vgl. Urteil vom 4. November 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, Slg. 1997, I-6013, Randnrn. 42 bis 44).

45 — Dem Vorlagebeschluss zufolge bezieht sich diese Fallgestaltung auf den Umstand, dass eBay den Verkauf unverpackter Kosmetika an Käufer in Deutschland verbietet, an Käufer in anderen Mitgliedstaaten hingegen nicht.

kosmetische Mittel bzw. auch aller anderen Unionsmaßnahmen zur Produktsicherheit oder zum Verbraucherschutz einzuhalten, untrennbar mit dem Schutz des Rufs einer Marke verbunden. Der Ruf eines kosmetischen Mittels könnte z. B. geschädigt werden, wenn eine Liste der Bestandteile fehlt und es bei einer Gruppe von Verbrauchern zu schweren allergischen Reaktionen kommt. Ob der Verkauf unverpackter Kosmetika nach nationalem Recht strafbar ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Rufschädigend für die Marke kann nur das Fehlen der nach den harmonisierten unionsrechtlichen Vorschriften vorgeschriebenen einschlägigen Verbraucherinformationen sein, nicht jedoch die Sanktionen, die das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten in einem solchen Fall für die Händler vorsieht.

77. Auch wenn daher das Markenrecht selbst nicht dem Schutz der mit der Richtlinie 76/768 verfolgten Ziele dient, kann doch der weitere Vertrieb von durch eine Marke geschützten Waren, die dieser Richtlinie nicht entsprechen, bereits als solcher, wie Generalanwältin Stix-Hackl ausgeführt hat [46], den Ruf der Marke erheblich schädigen und somit einen berechtigten Grund bilden, der es rechtfertigt, dass sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb widersetzt.

78. Schließlich möchte der High Court im Rahmen der vierten Frage wissen, ob für die Wirkung, dass der weitere Vertrieb unverpackter Kosmetikartikel das Image der Waren und damit den Ruf der Marke tatsächlich schädigt oder zu schädigen droht, eine Vermutung besteht oder ob der Markeninhaber sie nachweisen muss.

79. Zur Beantwortung dieser Frage halte ich einen Exkurs für notwendig. Da sich der Markenschutz bekanntlich nur auf die Benutzung von Zeichen im geschäftlichen Verkehr erstreckt, liegen die Handlungen von Privatpersonen, die durch eine Marke geschützte Waren verkaufen und kaufen, außerhalb des Anwendungsbereichs des Markenrechts. [47]

80. Die Originalverpackung kann eine entscheidende Rolle bei der Wahrung der Herkunftsfunktion und der Qualitätsfunktion der Marke für kosmetische Mittel spielen. Ich erinnere daran, dass es im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 um den Identitätsschutz bzw. den „absoluten" Schutz des Markeninhabers gegen die unbefugte Benutzung eines identischen Zeichens für identische Waren geht (ohne dass das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen den Waren festgestellt werden muss). [48] Obwohl der Nachweis für die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale einer Markenverletzung durch einen Dritten in der Regel dem Markeninhaber obliegt, meine ich,

46 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in den Rechtssachen Zino Davidoff und Levi Strauss (C-414/99 bis C-416/99, Urteil vom 20. November 2001, Slg. 2001, I-8691, Nrn. 120 f.)

47 — Der von eBay gewählte Begriff des berufsmäßig handelnden Verkäufers zur Abgrenzung von anderen Verkäufern deckt sich jedoch nicht unbedingt mit dem Begriff des Benutzers, der „im geschäftlichen Verkehr" handelt.

48 — Vgl. z. B. Urteil LTJ Diffusion, Randnrn. 48 bis 50.

dass im Fall der Benutzung eines identischen Zeichens für identische Waren ohne Zustimmung des Markeninhabers der Benutzer die Rechtmäßigkeit der Zeichenbenutzung beweisen muss, wozu auch der Nachweis gehört, dass die Benutzung den Ruf der Marke nicht gefährdet.

81. Ich bin daher der Ansicht, dass als Wirkung eines weiteren Vertriebs eine tatsächliche oder drohende Schädigung des Image der Waren und damit des Rufs der Marke immer dann vermutet werden kann, wenn das Verkaufsangebot oder das Verkaufsgeschäft, dessen Gegenstand ein kosmetisches Mittel ist, von dem die Originalverpackung entfernt worden ist, im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs im geschäftlichen Verkehr erfolgt. Folglich braucht der Markeninhaber dies nicht nachzuweisen, sondern es obliegt dem Verkäufer, das Gegenteil zu beweisen. [49]

82. Ich kann mir kaum vorstellen, dass der Verkauf kosmetischer Mittel auf einem elektronischen Marktplatz in größeren Stückzahlen als ein oder zwei Artikel nicht im Zusammenhang einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit — wenn auch geringen Ausmaßes — stattfindet.

49 — Meines Erachtens könnte der Nutzer dieser Beweislast genügen, wenn er z. B. belegt, dass die Marke verhältnismäßig unbekannt ist und dass die äußere Verpackung keine für die Verbraucher relevanten Angaben trägt.

VII — Entgeltlicher Internetreferenzierungsdienst und Betreiber eines elektronischen Marktplatzes

A — *Einleitung*

83. Im Gegensatz zu den Fragen 1 bis 4, die auf „reine“ markenrechtliche Problemkreise abzielen, erfordern die Fragen 5 bis 10 eine Ausdehnung der markenrechtlichen Prüfung auf verschiedene Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft.

84. Es erscheint angebracht, die Fragen 5, 6 und 8 zusammen zu behandeln. Sie alle betreffen den Umstand, dass der Betreiber eines elektronischen Marktplatzes bei dem Anbieter eines entgeltlichen Internetreferenzierungsdienstes Drittmarken als Schlüsselwörter kauft, und die Problematik, ob dies eine Benutzung eines Zeichens darstellt.

85. Der High Court möchte im Wesentlichen wissen, ob bestimmte Elemente des Geschäftsmodells von eBay beinhalten oder implizieren, dass das Unternehmen primär für eine Markenverletzung bezüglich der in ihrem System gehandelten Waren haftbar gemacht werden kann, wenn für die Benutzung einer Drittmarke im Rahmen dieser Geschäfte die Zustimmung des Markeninhabers erforderlich gewesen wäre.

86. In diesem Zusammenhang ist es zweckmäßig, das Urteil Google France und Google heranzuziehen. Dort hat der Gerichtshof entschieden, dass der Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes, der ein mit einer Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort speichert und dafür sorgt, dass auf dieses Schlüsselwort Anzeigen gezeigt werden, dieses Zeichen nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 89/104 benutzt. [50]

87. Im Urteil Google France und Google hat der Gerichtshof allerdings auch festgestellt, dass Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 dahin auszulegen ist, dass der Inhaber einer Marke es verbieten darf, auf ein mit dieser Marke identisches Schlüsselwort, das von dem Werbenden ohne seine Zustimmung im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt worden ist, für Waren oder Dienstleistungen, die mit den von der Marke erfassten identisch sind, zu werben, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen. [51]

88. Ebenso wie Google ist auch eBay Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft. Im Gegensatz zu Google bietet eBay jedoch keinen entgeltlichen Internetreferenzierungsdienst, sondern einen elektronischen Marktplatz an. Dieser Marktplatz basiert auf den Einträgen, die die Nutzer des Systems heraufladen, um Waren an andere Nutzer zu verkaufen. Zum eBay-System gehört auch eine Suchmaschine, und die damit durchgeführten Suchanfragen führen nur zu Einträgen, die im eigenen System gespeichert sind. [52] eBay ist an den Geschäften nicht selbst beteiligt, sondern zieht aus ihnen einen wirtschaftlichen Gewinn.

89. Ebenso wie andere Werbende, die Systeme der Schlüsselwortwerbung nutzen, die von Betreibern von Internetreferenzierungsdiensten angeboten werden (etwa den von Google angebotenen Dienst AdWords), wählt auch eBay Schlüsselwörter aus, bei deren Eingabe Anzeigen und gesponserte Links zum eigenen System erscheinen. Zu diesen Schlüsselwörtern können auch Zeichen gehören, die mit Drittmarken identisch sind. Der Zweck dieser gesponserten Links besteht selbstverständlich darin, für die von eBay angebotenen Dienste, genauer gesagt für den elektronischen Marktplatz von eBay, zu werben, indem die Vorstellung erweckt wird, dass die Markenartikel über diesen Marktplatz erworben werden können. Im Gegensatz zu den im Urteil Google France und Google

50 — Urteil Google France und Google, Nr. 2 des Tenors und Randnr. 99 der Entscheidungsgründe.

51 — Urteil Google France und Google, Nr. 1 des Tenors und Randnr. 99 der Entscheidungsgründe.

52 — Zu beachten ist, dass die Suchmaschinen ebenfalls nicht das gesamte Internet durchsuchen, sondern nur die Datenbanken auf dem Server des betreffenden Betreibers, in denen Internetseiten gespeichert sind. So erklärt sich, dass die Eingabe ein und desselben Schlüsselworts in verschiedene Suchmaschinen zu verschiedenen „natürlichen" Link-Listen führen kann und in der Regel auch führt.

erwähnten Werbenden bietet eBay die Waren jedoch nicht selbst zum Kauf an.

90. Zur Beantwortung der vom nationalen Gericht vorgelegten Fragen 5, 6 und 8 müssen die oben, Nr. 63, erläuterten sechs Voraussetzungen geprüft werden.

B — *Voraussetzungen für die Geltendmachung der Rechte aus einer Marke im Fall eines entgeltlichen Internetreferenzierungsdienstes*

Die in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 genannten Voraussetzungen

91. Hinsichtlich der ersten fünf der oben, Nr. 63, genannten sechs Voraussetzungen ergibt sich Folgendes. Bezüglich der ersten Voraussetzung sind sich alle Verfahrensbeteiligten außer eBay offenbar einig, dass das Erscheinen der als Schlüsselwörter gekauften und mit Marken identischen betreffenden Zeichen in den gesponserten Links eine Benutzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 darstellt. Angesichts des Urteils Google France und Google sehe ich keinen Raum für Zweifel, dass eBay mit den Marken identische Zeichen benutzt, wenn sie diese als Schlüsselwörter beim Anbieter eines entgeltlichen Internetreferenzierungsdienstes auswählt und erwirbt, um sie immer dann in einem gesponserten Link erscheinen zu lassen, wenn ein Internetnutzer das Zeichen im entsprechenden Feld auf der Website einer Suchmaschine eingibt.

92. Dass die zweite, die dritte und die vierte Voraussetzung [53] erfüllt sind, scheint mir in diesem Vorabentscheidungsverfahren unstreitig zu sein.

93. Einige weitere Bemerkungen sind jedoch zur fünften Voraussetzung erforderlich, wonach die Benutzung für Waren oder Dienstleistungen erfolgen muss, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen wurde.

94. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eBay die Schlüsselwörter, die zu den gesponserten Links führen, für ihren eigenen Marktplatz benutzt. Mit anderen Worten, das von eBay verfolgte Ziel besteht darin, für ihren eigenen Dienst zu werben. Unbestreitbar ist dieser Dienst nicht mit den von den L'Oréal-Marken erfassten Waren identisch. Streitig ist jedoch, ob dies der einzige markenrechtlich relevante Bereich ist, für den die als Schlüsselwörter ausgewählten Zeichen benutzt werden.

53 — Dass die Benutzung im geschäftlichen Verkehr stattfinden, dass sie ohne die Zustimmung des Markeninhabers erfolgen und dass das Zeichen mit der Marke identisch sein muss.

95. Nach Auffassung von L'Oréal wird eBay nämlich dadurch, dass sie mit den Marken identische Zeichen als Schlüsselwörter auswählt, selbst zum Werbenden für die auf ihrer Website verkauften Waren. Aus dem Umstand, dass der Nutzer durch Anklicken des gesponserten Links unmittelbar zu Anzeigen oder Verkaufsangeboten für Waren geleitet werde, die mit denjenigen identisch seien, für die die Marke eingetragen sei, folge, dass der Betreiber des elektronischen Marktplatzes das Zeichen „für" Waren benutze. Im Wesentlichen ähnlicher Meinung sind auch die französische, die polnische und die portugiesische Regierung.

96. Demgegenüber macht eBay geltend, für das Eingreifen des in Art. 5 der Richtlinie 89/104 vorgesehenen Schutzes bestehe kein Grund, da das Recht im Sinne von Art. 7 der Richtlinie 89/104 erschöpft sei. Sowohl im elektronischen als auch im herkömmlichen Geschäftsverkehr benutzten Mittelspersonen Marken in Anzeigen, um das Publikum darüber zu informieren, dass sie am Vertrieb von mit der Marke versehenen Waren beteiligt seien. Es bestehe keine Veranlassung, diese Praxis zu verbieten, zumal die im Internet tätigen Mittelspersonen noch weniger Kontrollmöglichkeiten hätten als Mittelspersonen im Bereich des nichtelektronischen Geschäftsverkehrs. Es sei ihnen rechtlich und praktisch unmöglich, Kontrollmöglichkeiten zu schaffen, die sicherstellten, dass jeder zum Kauf angebotene Gegenstand unbedenklich sei.

97. Nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Königreichs erfolgt die Benutzung eines mit einer eingetragenen Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort bei einem Suchmaschinenbetreiber nicht zwangsläufig „für Waren oder Dienstleistungen". Wenn etwa das Zeichen einen nur sehr entfernten Bezug zum tatsächlichen Warenangebot aufweise, sei es unwahrscheinlich, dass der Durchschnittsverbraucher eine gedankliche Verbindung zwischen der Benutzung des Zeichens durch den Marktplatzbetreiber in einem gesponserten Link und dem anschließenden Angebot von Waren unter diesem Zeichen herstelle. Jedenfalls falle die Benutzung dann nicht unter Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104, wenn der Durchschnittsverbraucher die Benutzung des Zeichens durch den Marktplatzbetreiber lediglich als Link zu von unbeteiligten Dritten abgegebenen Angeboten von Waren verstehe, die nicht vom Marktplatzbetreiber stammten.

98. Die Kommission ist außerdem der Meinung, dass selbst dann, wenn der Betreiber eines elektronischen Marktplatzes ein Zeichen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 „benutzt", keine „Benutzung" für Waren, die von Dritten auf der Website des Marktplatzbetreibers angeboten würden und auf die in der genannten Vorschrift abgestellt werde, vorliege, wenn er das Zeichen als Schlüsselwort erworben habe und eine Weiterleitung an seine gesponserten Links erfolge.

99. Meines Erachtens geht es im Rahmen der fünften Voraussetzung um die Benutzung eines Zeichens zum Zweck der Kennzeichnung

von Waren oder Dienstleistungen bzw. zum Zweck der Unterscheidung [54] der Waren und Dienstleistungen (verschiedener kommerzieller Herkunft). Wie der High Court ausführt, ist unter der Benutzung eines Zeichens für Waren oder Dienstleistungen eine Benutzung zu verstehen, die die Unterscheidung der betreffenden Waren und Dienstleistungen bezweckt, die also wie die Benutzung der Marke selbst erfolgt.

100. Demnach wird eine Marke nicht nur dann für Waren benutzt, wenn ein Markeninhaber sie dazu benutzt, seine Waren von den Waren eines Dritten zu unterscheiden, sondern auch dann, wenn ein Dritter sie benutzt, um seine Waren von den Waren des Markeninhabers zu unterscheiden. Darüber hinaus kann ein Dritter die Marke dazu benutzen, die Waren des Markeninhabers von anderen Waren zu unterscheiden, die nicht unbedingt Waren des Dritten sein müssen. Wenn dem so ist, benutzt auch jemand in der Stellung einer Mittelsperson oder eines Marktplatzbetreibers ein Zeichen „für Waren", wenn dieses Zeichen mit einer Marke identisch ist und er es dazu verwendet, die Waren, die durch Inanspruchnahme seines Dienstes erhältlich sind, von denjenigen zu unterscheiden, bei denen dies nicht der Fall ist.

101. Ich erinnere daran, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Urteil Google France und Google [55] der Internetnutzer, der einen Markennamen als Suchbegriff eingibt, in den meisten Fällen Informationen oder Angebote über die Waren oder Dienstleistungen dieser Marke finden will. Wenn nun neben oder über den natürlichen Suchergebnissen Werbelinks zu Websites gezeigt werden, auf denen Waren oder Dienstleistungen von Mitbewerbern des Inhabers dieser Marken vorgeschlagen werden, kann der Internetnutzer diese Werbelinks somit als Vorschlag einer Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers betrachten. In dieser Situation wird das Zeichen für Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers benutzt.

102. Meines Erachtens gilt dies auch dann, wenn es sich nicht um Werbelinks der unmittelbaren Mitbewerber des Markeninhabers handelt, mit denen alternative Waren vorschlagen werden, sondern um Werbelinks von elektronischen Marktplätzen, die für dieselben Waren, die von der Marke erfasst sind, eine andere Bezugsquelle als das Vertriebsnetz des Markeninhabers vorschlagen.

103. Auch wenn ich mit der Regierung des Vereinigten Königreichs und mit der Kommission einer Meinung bin, dass sich die Benutzung einer Marke durch einen Marktplatzbetreiber ihrem Wesen nach von der Benutzung durch einen Verkäufer der Waren unterscheidet, kann ich mich deshalb nicht

54 — Diese Identifizierungsfunktion oder Unterscheidungsfunktion im Hinblick auf Waren und Dienstleistungen wird in der Regel nicht von der Herkunftsfunktion getrennt. Dass eine Marke dazu dienen kann, Waren und Dienstleistungen von anderen zu unterscheiden, lässt sich jedoch auch für andere Zwecke als zum Hinweis auf die Herkunft nutzbar machen. So können z. B. in Gebrauchsanleitungen für universale Fernbedienungen Marken zur Angabe derjenigen Produkte verwendet werden, die mit dieser Fernbedienung nicht kompatibel sind. Vgl. zur skandinavischen Lehre in dieser Frage Pihlajarinne, T., *Toisen tavaramerkin sallittu käyttö* [Zulässige Benutzung der Marken anderer], Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2010, S. 47 f.

55 — Urteil Google France und Google, Randnrn. 68 f.

der Auffassung anschließen, dass der Marktplatzbetreiber die Marke nicht für die auf dem Marktplatz gehandelten Waren benutze, wenn er in seiner eigenen Werbung ein mit der Marke identisches Zeichen benutze.

104. Dass im konkreten Fall womöglich überhaupt keine von der Marke erfassten Waren auf dem Marktplatz erhältlich sind, obwohl der Marktplatzbetreiber unter Benutzung der Marke Werbung getrieben hat, ändert an diesem Ergebnis nichts.

Die aus der Rechtsprechung resultierenden Voraussetzungen: mögliche Beeinträchtigung der Markenfunktionen aufgrund der Benutzung

105. Ausgehend von dem vorstehenden Ergebnis ist zu untersuchen, ob die Benutzung von mit den Marken identischen Zeichen durch eBay als Schlüsselwörter bei einem entgeltlichen Internetreferenzierungsdienst die Funktionen dieser Marken beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann. Hierbei handelt es sich um die oben, Nr. 63, genannte sechste Voraussetzung.

106. Im Urteil Google France und Google hat der Gerichtshof bekräftigt, dass die Hauptfunktion der Marke darin bestehe, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie es ihm ermögliche, diese Ware oder Dienstleistung von derjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden. [56]

107. Des Weiteren hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die Herkunftsfunktion beeinträchtigt sei, wenn aus der Anzeige eines Dritten, die nach Eingabe eines mit der Marke identischen Schlüsselworts gezeigt werde, für einen „normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer" nicht oder nur schwer zu erkennen sei, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammten. [57]

108. Meines Erachtens ist ein „normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer" in der Lage, den Unterschied zwischen einem elektronischen Marktplatz, einem Direktanbieter der Ware oder Dienstleistung und dem Unternehmen, von dem die Ware oder Dienstleistung stammt, zu erkennen. Denn jeder in einer Marktwirtschaft lebende Erwachsene weiß, dass es verschiedene wirtschaftliche Mittlerstellen wie etwa Vertriebshändler, Makler, Auktionshäuser, Flohmärkte und Immobilienmakler gibt. Daher kann ein Irrtum über den Ursprung einer Ware oder Dienstleistung nicht bereits deshalb angenommen werden, weil ein Link zur

56 — Ebd., Randnr. 82.
57 — Ebd., Randnrn. 83 f.

Anzeige des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes führt, vorausgesetzt, die Anzeige selbst täuscht nicht über die Stellung des Betreibers.

109. Ob die Natur der Tätigkeiten einiger elektronischer Marktplätze wie eBay allgemein so bekannt ist, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion selbst dann unwahrscheinlich ist, wenn die Stellung des Marktplatzbetreibers in der Anzeige nicht angegeben wird, ist eine Tatsachenfrage, die vom nationalen Gericht zu beurteilen ist.

110. Im Übrigen kommt im Fall von unverpackten oder Nicht-EWR-Waren eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nicht in Betracht. Denn es handelt sich um echte L'Oréal-Waren unabhängig davon, ob durch ihr Feilbieten die L'Oréal-Marke verletzt wird. Bei nachgeahmten Waren verhält es sich umgekehrt.

111. Eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion findet statt, wenn es sich bei den auf dem Marktplatz gehandelten Artikeln um nachgeahmte Waren handelt. Diese Beeinträchtigung ist dann jedoch nicht Folge der Benutzung des Zeichens durch den Marktplatzbetreiber als Schlüsselwort bei dem Internetreferenzierungsdienst als solche. Zu einer Beeinträchtigung käme es nämlich ebenfalls, wenn der Marktplatz nur in den natürlichen Ergebnissen der Suchmaschine und nicht gleichzeitig auch in den gesponserten Links genannt würde oder wenn der Marktplatz die Marke in seiner Werbung nicht benutzen würde. Ursache der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion sind die Einträge, die auf der Webseite des Betreibers des elektronischen Marktplatzes erscheinen. Wie ich noch darlegen werde, erfolgt die Benutzung der mit den Marken identischen Zeichen für die betreffenden Waren in diesen Einträgen nicht durch den Betreiber des elektronischen Marktplatzes, sondern durch die Nutzer des Marktplatzes.

112. Was die Frage einer Beeinträchtigung der Werbefunktion angeht, meine ich, dass mit einer ähnlichen Argumentation, mit der im Urteil Google France und Google das Vorliegen einer solchen Beeinträchtigung im Kontext gesponserter Links in Internetreferenzierungssystemen verneint wurde [58], eine solche Beeinträchtigung auch im Kontext elektronischer Marktplätze, die Werbung anhand von Schlüsselwörtern betreiben, ausgeschlossen ist.

113. Wie bereits dargelegt, kommt es beim Handel mit nachgeahmten Waren unter den Marken von L'Oréal zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion. Was die Qualitäts- und die Investitionsfunktion betrifft, liegt für mich auf der Hand, dass einzelne Einträge, in denen Marken Dritter genannt werden und die von eBay-Nutzern auf die Website von eBay gestellt werden, diese Funktionen beeinträchtigen können. Der

58 — Urteil Google France und Google, Randnrn. 91 bis 98. Was die Kommunikationsfunktion anlangt, werden deren Elemente offenbar in der Lehre größtenteils im Rahmen der Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion, der Werbefunktion und der Investitionsfunktion behandelt. Daher erübrigt es sich, hier gesondert darauf einzugehen.

Handel mit nachgeahmten Produkten verursacht Schäden, und der Handel mit unverpackten Produkten schädigt möglicherweise den Ruf bekannter Marken für Luxuskosmetika und damit die Investitionen, die der Markeninhaber getätigt hat, um das Image seiner Marke aufzubauen. Infolgedessen ist auch die der Marke innewohnende und durch die Marke kommunizierte implizite Qualitätsgarantie beeinträchtigt.

114. Allerdings gestatten die Art. 6 und 7 der Richtlinie 89/104 in recht weitem Umfang eine Benutzung der Marke ohne Zustimmung des Markeninhabers, u. a. auch ihre Erwähnung in der Werbung. Diese Frage wurde unlängst im Urteil Portakabin für den Verkauf von Gebrauchtgegenständen geklärt. [59]

115. Wenn es Personen gestattet ist, die Marke eines Dritten zu benutzen oder zu erwähnen, kann eine solche Handlung einer Person, die einen Marktplatz für solche Nutzer betreibt, nicht unrechtmäßig sein. [60] Meiner Meinung nach steht außer Zweifel, dass z. B. ein Einkaufszentrum in seiner Werbung die Marken für Waren oder Dienstleistungen benutzen darf, die von den dort tätigen Unternehmen angeboten werden.

116. Soweit eine solche Benutzung unter dem Gesichtspunkt der Markenfunktionen als relevant angesehen wird, sollte sie jedenfalls als Angabe über die Art der Ware im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/104 oder als im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. c notwendige Benutzung für den Betrieb eines elektronischen Marktplatzdienstes, auf dem die Ware gehandelt wird, zugelassen werden, ohne den Betreiber zu verpflichten, bei jedem einzelnen Artikel nachzuprüfen, ob das Markenrecht nach Maßgabe von Art. 7 erschöpft ist. Daher ist der Markeninhaber nicht berechtigt, eine solche Benutzung zu verbieten.

117. Ich meine, dass Probleme, die sich aus dem Verhalten einzelner Marktteilnehmer ergeben können, dem Marktplatzbetreiber grundsätzlich nur dann zugerechnet werden können, wenn eine Rechtsgrundlage für eine Sekundärhaftung nach innerstaatlichem Recht besteht. Ein Unternehmen, das ein Einkaufszentrum betreibt, kann nicht verantwortlich gemacht werden, wenn ein Obstgeschäft im Einkaufszentrum faule Äpfel verkauft. Ebenso wenig sollte dieses Unternehmen automatisch für in dem Einkaufszentrum stattfindende Markenverletzungen verantwortlich gemacht werden, wenn z. B. ein Mitglied eines selektiven Vertriebsnetzes den Verkauf von Markenartikeln fortsetzt, obwohl der Markeninhaber die Vertriebsvereinbarung fristlos gekündigt hat. Solange einem Marktplatzbetreiber nicht konkret etwas Gegenteiliges mitgeteilt wird, darf er davon

59 — Urteil Portakabin, Randnr. 91.

60 — Im Urteil Parfums Christian Dior (Randnr. 38) hat der Gerichtshof ausgeführt, dass ein Wiederverkäufer nach Erschöpfung der Markenrechte nicht nur das Recht hat, die Waren weiterzuverkaufen, sondern auch das Recht, die Marke zu benutzen, um der Öffentlichkeit den weiteren Vertrieb dieser Waren anzukündigen. Vgl. auch Urteil vom 23. Februar 1999, BMW (C-63/97, Slg. 1999, I-905, Randnr. 54).

ausgehen, dass die Marktteilnehmer, die seine Dienste in Anspruch nehmen, sich rechtmäßig verhalten und die vertraglich vereinbarten Geschäftsbedingungen für die Nutzung des Marktplatzes beachten.

118. Soweit daher in der Anzeige, die mit dem Suchergebnis einer Internetsuchmaschine gezeigt wird, hinreichend klargestellt wird, dass es sich um einen Marktplatz handelt, können die Qualitäts-, die Kommunikations- und die Investitionsfunktion der Marke nicht allein dadurch beeinträchtigt werden, dass einige Nutzer des Marktplatzes möglicherweise Markenverletzungen begehen.

des Betreibers besteht in der Speicherung und Anzeige der Einträge, die die Nutzer auf sein System heraufladen, sowie in der Bereitstellung eines Rahmens, der den Abschluss von Geschäften erleichtert. Er benutzt die Marken ebenso wenig wie eine Zeitung, die Inserate veröffentlicht, in denen Marken erwähnt werden und in denen die Identität des Verkäufers nicht preisgegeben wird, sondern bei der Zeitung erfragt werden muss. Selbst wenn also die Einträge von markengeschützten Artikeln, die die Nutzer eines elektronischen Marktplatzes auflisten, die Herkunfts-, die Qualitäts- oder die Investitionsfunktion einer Marke beeinträchtigen können, so kann diese Beeinträchtigung dem Marktplatzbetreiber nur dann zugerechnet werden, wenn entsprechende innerstaatliche Rechtsvorschriften und Grundsätze der Sekundärhaftung für Markenverletzung Anwendung finden.

C — *Voraussetzungen für die Geltendmachung der Rechte aus einer Marke auf der eigenen Website des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes*

119. Falls jedoch die vom Markeninhaber beanstandete Benutzung darin besteht, dass das Zeichen auf der Website des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes selbst erscheint — im Gegensatz zur Benutzung in einem gesponserten Link bei einer Suchmaschine —, geht es nicht um eine Benutzung der Marke für Waren seitens des Marktplatzbetreibers, sondern um eine solche seitens der Nutzer des Marktplatzes. Die Tätigkeit

120. Zu beachten ist zudem, dass die Tätigkeit von eBay, die in der Bereitstellung von Such- und Darstellungsfunktionen für Verkaufslisten besteht, technisch der Tätigkeit von Internetsuchmaschinen wie Google (ohne die Zusatzfunktion eines entgeltlichen Referenzierungsdienstes) ähnelt, wenngleich dieser Tätigkeit ein anderes Geschäftsmodell zugrunde liegt. Bei eBay werden die Einträge durchsucht, die die Marktplatznutzer auf den eBay-Servern abspeichern, im Fall der Internetsuchmaschinen werden die Internetseiten durchsucht, die auf den dortigen Servern

gespeichert sind. Aus den im Urteil Google France und Google dargelegten Gründen ist daher die Benutzung und die Darstellung von Marken Dritter unter dem Gesichtspunkt der genannten Funktionen keine Benutzung eines Zeichens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104. Auch im Fall eines Marktplatzes lässt dessen Anbieter zu, dass seine Kunden Zeichen benutzen, die mit Marken identisch sind, benutzt diese Zeichen jedoch nicht selbst. [61]

VIII — Nicht-EWR-Waren

121. Die siebte Frage betrifft Waren, für die auf der in der sechsten Frage bezeichneten Website Werbung getrieben wird und die dort zum Verkauf angeboten werden, die aber nicht von dem Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht wurden. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die einschlägigen Bestimmungen deshalb eingreifen, weil sich die Anzeige oder das Verkaufsangebot an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richtet.

122. L'Oréal, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die polnische und die portugiesische Regierung sowie die Kommission sind der Auffassung, dass in Fällen, in denen die auf dem elektronischen Marktplatz zum Verkauf angebotenen Waren noch nicht vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden seien, als Voraussetzung für die Geltendmachung des durch die nationale oder die Gemeinschaftsmarke verliehenen Ausschließlichkeitsrechts der Nachweis ausreiche, dass sich die Anzeige an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richte.

123. Nach Meinung von eBay kann eine Benutzung einer Marke in der Union nur und erst dann vorliegen, wenn die fragliche Ware dort in den Verkehr gebracht werde. Dementsprechend genüge es nicht, wenn sich die Anzeige oder das Verkaufsangebot an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richte.

124. Gegenüber der Ansicht von eBay halte ich die von den anderen Verfahrensbeteiligten vorgeschlagene Antwort für zutreffend.

125. Erstens lässt sich angesichts des insbesondere im Wettbewerbsrecht der Union anwendbaren Auswirkungsprinzips [62] sagen, dass ein Verhalten, das außerhalb des Hoheitsgebiets der Union erfolgt, jedoch unmittelbar rechtlich relevante Auswirkungen auf unionsrechtlich geregelte Bereiche hat, nicht allein deshalb von der Anwendung der

61 — Vgl. Urteil Google France und Google, Randnrn. 55 f. Allerdings lässt sich die Schlussfolgerung, dass seitens des Referenzierungsdienstes keine Benutzung im Geschäftsverkehr vorliegt (Randnrn. 57 f.), nicht auf die Tätigkeit eines Marktplatzbetreibers im Hinblick auf seine eigene Website übertragen.

62 — Vgl. Urteil vom 27. September 1988, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 und 125/85 bis 129/85, Slg. 1988, 5193, Randnrn. 12 bis 14).

Unionsregelungen ausgenommen sein kann, weil die Handlungen, die diese Auswirkungen verursachen, außerhalb des Unionsgebiets stattfinden.

126. Im Kontext der Erbringung von Internetdienstleistungen bedarf das Auswirkungsprinzip einer Qualifizierung. Da die Kommunikation über das Internet grundsätzlich überall zur Verfügung steht, unterlägen andernfalls der elektronische Geschäftsverkehr und die Erbringung von Dienstleistungen zahlreichen Rechtsvorschriften und Rechten des geistigen Eigentums mit unterschiedlichen räumlichen Geltungsbereichen, so dass diese Tätigkeiten mit unübersehbaren rechtlichen Risiken verbunden wären und kollidierende Rechte des geistigen Eigentums in einem unangemessen weiten Umfang geschützt würden.

127. Wenn allerdings die Auswirkungen in der Union nicht nur objektiv eintreten, sondern von den betreffenden Personen auch subjektiv beabsichtigt werden, muss die Rechtslage anders bewertet werden. Andernfalls könnte bei auf die Unionsmärkte ausgerichteten Tätigkeiten die Anwendung der Unionsvorschriften z. B. in den Bereichen Verbraucherschutz, Schutz der Rechte des geistigen Eigentums, unlauterer Wettbewerb und Produktsicherheit einfach dadurch umgangen werden, dass der Tätigkeitsort oder der Sitz des für die Tätigkeit verantwortlichen Unternehmens in ein Drittland verlegt wird. Der Markenschutz kann daher nicht auf Fälle beschränkt sein, in denen die fraglichen Waren innerhalb der Union in den Verkehr gebracht werden.

128. Wie lässt sich nun feststellen, ob ein elektronischer Marktplatz sich an Käufer in einem bestimmten Gebiet, hier innerhalb der Union, „richtet“? Dies ist eine komplizierte Frage, die der Gerichtshof derzeit in zwei anhängigen Fällen [63] prüft.

129. Meines Erachtens handelt es sich hierbei um eine Tatsachenfrage, die von den nationalen Gerichten zu entscheiden ist. Hinweise hierzu lassen sich der von der Weltorganisation für geistiges Eigentum im Jahr 2001 herausgegebenen Gemeinsamen Empfehlung betreffend Bestimmungen zum Schutz von Marken und anderen gewerblichen Kennzeichenrechten im Internet [64] entnehmen. Nach Art. 2 der Gemeinsamen Empfehlung stellt die Benutzung eines Zeichens im Internet nur dann eine Benutzung in einem Mitgliedstaat im Sinne der Empfehlung dar, wenn sie sich bei Zugrundelegung der in Art. 3 beschriebenen Kriterien in jenem Mitgliedstaat kommerziell auswirkt. Gemäß Art. 3 hat die zuständige Behörde bei der Feststellung, ob sich die Benutzung eines Zeichens im Internet in einem Mitgliedstaat kommerziell auswirkt, alle relevanten Umstände zu berücksichtigen. In diesem Rahmen können insbesondere fünf Hauptkriterien herangezogen werden, die in der genannten Vorschrift weiter in speziellere Elemente unterteilt sind.

63 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Trstenjak in den Rechtssachen Pammer (C-585/08) und Hotel Alpenhof (C-144/09).

64 — http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pub845.htm

IX — Haftungsfreistellung für den Anbieter eines Hostingdienstes

130. Die neunte Frage betrifft den Problemkreis, ob und inwieweit sich eBay auf die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehene Beschränkung der Verantwortlichkeit im Bereich des „Hosting" berufen könnte. Dem Gerichtshof stellt sich diese Frage als solche hier zum ersten Mal, während Gerichte der Mitgliedstaaten und anderer Länder — wie erwähnt — bereits Rechtsfragen zur Sekundärhaftung erörtert und entschieden haben. [65] Um die Auslegung von Art. 14 in den richtigen Zusammenhang stellen zu können, sei zunächst an die allgemeinen Merkmale der Richtlinie 2000/31 erinnert. [66]

131. Nach ihrem Art. 1 soll die Richtlinie 2000/31 einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarkts leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt; sie sorgt, soweit dies für die Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist, für eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft geltender innerstaatlicher Regelungen, die den Binnenmarkt, die Niederlassung der Diensteanbieter, kommerzielle Kommunikationen, elektronische Verträge, die Verantwortlichkeit von Vermittlern, Verhaltenskodizes, Systeme zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten, Klagemöglichkeiten sowie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten betreffen.

132. Die Richtlinie 2000/31 hat einen weiten Anwendungsbereich. Die in ihr enthaltenen Bestimmungen berühren eine Vielzahl von Rechtsbereichen, dennoch regelt sie lediglich bestimmte spezifische Fragen in diesen Bereichen: Die von ihr vorgesehene Harmonisierung ist zugleich horizontal und spezifisch. [67]

Anwendbarkeit der Haftungsfreistellung auf den Betreiber eines elektronischen Marktplatzes

133. Der *erste Teil* der neunten Frage betrifft die Anwendbarkeit der Haftungsfreistellung auf den Betreiber eines elektronischen Marktplatzes.

134. Angesichts der Begriffsbestimmung in Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/31 in Verbindung mit Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 und dem 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 können die Dienste des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes, die wie die von eBay angebotenen darauf abzielen,

65 — Siehe oben, Fn. 33.

66 — Ich merke an, dass nur einige wenige Urteile des Gerichtshofs zur Auslegung der Vorschriften dieser Richtlinie vorliegen, obwohl sie bereits vor ungefähr zehn Jahren erlassen worden ist.

67 — Vgl. KOM(2003) 702 end.: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss — Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

den Kontakt zwischen Verkäufern und Käufern von Gegenständen aller Art zu erleichtern, als Dienste der Informationsgesellschaft angesehen werden und fallen somit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31.

135. Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Vermittler finden sich in Abschnitt 4 des Kapitels II („Grundsätze") der Richtlinie. Dieser Abschnitt umfasst vier Artikel: Art. 12 („Reine Durchleitung"), Art. 13 („Caching"), Art. 14 („Hosting") und Art. 15 („Keine allgemeine Überwachungspflicht").

136. Man könnte argumentieren, dass die in den Art. 12, 13 und 14 der Richtlinie 2000/31 enthaltenen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit als Ausnahmetatbestände anzusehen und daher eng auszulegen seien. Meines Erachtens trifft dies jedoch nicht unbedingt zu, da in vielen Mitgliedstaaten eine Verantwortlichkeit des Diensteanbieters in den in diesen Vorschriften geregelten Fällen mangels Verschuldens entfiele. Diese Bestimmungen lassen sich daher besser als Neuformulierung oder Klarstellung des geltenden Rechts anstatt als Ausnahmen hiervon kennzeichnen. [68]

137. Während es in der Rechtssache Google France und Google um die Verantwortlichkeit des Anbieters eines entgeltlichen Internetreferenzierungsdienstes ging, betrifft der vorliegende Fall die Verantwortlichkeit des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes.

138. Im Urteil Google France und Google hat der Gerichtshof Art. 14 der Richtlinie 2000/31 anhand der Erwägungsgründe der Richtlinie ausgelegt. Nach Ansicht des Gerichtshofs ergibt sich aus dem 42. Erwägungsgrund der Richtlinie, dass die in dieser Richtlinie festgelegte Ausnahme von der Verantwortlichkeit nur die Fälle erfasst, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft „rein technischer, automatischer und passiver Art" sei, was bedeute, dass der Anbieter „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt". Daher sei zur Feststellung, ob die Verantwortlichkeit des Anbieters des entgeltlichen Referenzierungsdienstes nach Art. 14 der Richtlinie 2000/31 beschränkt sein könnte, zu prüfen, ob die Rolle dieses Anbieters insofern neutral sei, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art sei und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitze. [69]

139. Ich halte diese Auslegung für problematisch.

68 — Vgl. Sorvari, K., *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta erityisesti tietoverkkoympäristössä*, [Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet] WSOY, Helsinki 2005, S. 513 bis 526, wo der Verfasser die Umsetzung der Richtlinie 2000/31 in Deutschland, Schweden und Finnland untersucht.

69 — Urteil Google France und Google, Randnrn. 113 f.

140. Der Gerichtshof knüpft die Kriterien für die hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Hostinganbieters festgelegten Ausnahmen an den Begriff der Neutralität und verweist dabei auf den 42. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31. Ich teile die von eBay geäußerten Zweifel, ob dieser 42. Erwägungsgrund überhaupt das in Art. 14 angesprochene Hosting betrifft.

141. Auch wenn im 42. Erwägungsgrund der Richtlinie von „Ausnahmen" im Plural die Rede ist, hat es doch den Anschein, als seien damit die in dem darauffolgenden 43. Erwägungsgrund genannten Ausnahmen gemeint. Die dort angeführten — ausdrücklichen — Ausnahmeregelungen betreffen die „reine Durchleitung" und das „Caching". Bei dieser Lesart wird der 42. Erwägungsgrund verständlicher: Er erwähnt „den technischen Vorgang …, ein Kommunikations*netz* zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen *übermittelt* oder zum alleinigen Zweck *vorübergehend gespeichert werden*, die *Übermittlung effizienter zu gestalten*" (Hervorhebung nur hier). Meines Erachtens bezieht sich dies genau auf die in den Art. 12 und 13 der Richtlinie 2000/31 geregelten Fälle der „reinen Durchleitung" und des „Caching".

142. Meiner Meinung nach wird der in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 geregelte Fall der Hostinganbieter vielmehr im 46. Erwägungsgrund angesprochen, da dort ausdrücklich von der Speicherung von Informationen die Rede ist. Die Verantwortlichkeit eines Hostinganbieters sollte daher nicht durch eine Anknüpfung an den 42. Erwägungsgrund unter Voraussetzungen gestellt und beschränkt werden. Falls die im Urteil Google France und Google aufgestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Hostinganbieters im vorliegenden Fall auf elektronische Marktplätze übertragen würden, die ja ein entscheidendes Element in der Entwicklung der im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs angebotenen Dienste der Informationsgesellschaft darstellen, dürfte die Zielsetzung der Richtlinie 2000/31 ernsthaft gefährdet und in Frage gestellt sein.

143. Wie die Kommission zu Recht bezüglich der Benutzung eines mit einer geschützten Marke identischen Zeichens auf der Website des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes ausführt, stellt diese Website bestimmte Inhalte dar, d. h. den Text der Angebote, die von den Verkäufern, also den Hostingnutzern, verfasst und auf ihren Wunsch gespeichert werden. Sofern die von den Nutzern heraufgeladenen Einträge nicht vorher vom Betreiber des elektronischen Marktplatzes unter Beteiligung natürlicher Personen aufseiten des Betreibers und des Nutzers inspiziert oder kontrolliert werden [70], haben wir es mit der Speicherung einer Information zu tun, die vom Hostingnutzer stammt.

70 — Auf diesen Umstand haben die deutschen Gerichte abgestellt, als sie die strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber elektronischer Marktplätze für rechtsverletzende Einträge ausschlossen und deren Pflicht darauf beschränkten, zukünftige Verletzungen in den zumutbaren Grenzen, die sich aus ihrem Geschäftsmodell ergeben und die in der gerichtlichen Anordnung definiert sind, zu verhindern. Vgl. Rühmkorf, A., „eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay" (2009) 6:3 *SCRIPTed* 685, S. 694, http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/ruhmkorf.asp.

In solchen Fällen hat der Betreiber des elektronischen Marktplatzes keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information. Er ist sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Daher sind dann die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 genannten Voraussetzungen für die Freistellung von der Haftung für Hosting erfüllt.

144. Was hingegen einen entgeltlichen Internetreferenzierungsdienst und die seitens des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes erfolgende Benutzung eines mit einer geschützten Marke identischen Zeichens in gesponserten Links betrifft, wird die Information nicht vom Betreiber des Marktplatzes gespeichert, der als Werbender handelt, sondern vom Betreiber der Suchmaschine. Insoweit erfüllt der Betreiber des elektronischen Marktplatzes die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 genannten Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal „Hosting" nicht.

145. Aus dem Urteil Google France und Google scheint hervorzugehen, dass der in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 angesprochene Hostinganbieter sich hinsichtlich der gespeicherten Daten in einer neutralen Stellung befinden muss. Vor dem Gerichtshof ist geltend gemacht worden, dass sich eBay nicht in einer neutralen Stellung befinde, da sie ihre Kunden in der Abfassung der Anzeigen unterweise und den Inhalt der Einträge überwache.

146. Wie oben dargelegt, scheint mir bei dieser Problematik „Neutralität" nicht ganz das richtige Kriterium im Rahmen der Richtlinie zu sein. Ich finde es geradezu absurd, dass eBay, wenn sie eingreift und den Inhalt der Einträge in ihrem System mittels verschiedener technischer Mittel steuert, aufgrund eben dieses Umstands den Schutz aus Art. 14 bei der Speicherung der von den Nutzern heraufgeladenen Informationen verlieren soll. [71]

147. Im Übrigen möchte ich zu den drei in den Art. 12, 13 und 14 der Richtlinie 2000/31 vorgesehenen Ausnahmen eine allgemeine Bemerkung machen, die selbstverständlich erscheinen mag. Die drei genannten Vorschriften bezwecken Ausnahmen für bestimmte *Kategorien von Tätigkeiten*, die von einem Diensteanbieter ausgeübt werden. Ich

71 — Gemäß dem 40. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 sollten die in dieser Richtlinie niedergelegten Bestimmungen über die Verantwortlichkeit die verschiedenen Beteiligten nicht daran hindern, innerhalb der von der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und der Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation gezogenen Grenzen technische Schutz- und Erkennungssysteme und durch die Digitaltechnik ermöglichte technische Überwachungsgeräte zu entwickeln und wirksam anzuwenden.

kann mir nicht vorstellen, dass damit eine *Diensteanbieterkategorie* insgesamt freigestellt werden soll.

148. Tatsächlich leuchtet kaum ein, dass die Richtlinie 2000/31 drei verschiedene Kategorien von Tätigkeiten nur dann freistellen sollte, wenn sie in einem abgeschlossenen Raum ausgeübt werden. Wenn ein Unternehmen „Caching" und ein anderes „Hosting" betreibt, gilt die Freistellung doch sicherlich für beide. Allerdings dürfte eine solche Tätigkeitstrennung nur ganz selten vorkommen. Wenn ein Unternehmen also beide Tätigkeiten ausübt, was in der realen Welt nicht ungewöhnlich erscheint, sollten die Freistellungstatbestände meines Erachtens auch auf ein solches Unternehmen Anwendung finden. Das Gleiche sollte gelten, wenn eine oder mehrere der freigestellten Tätigkeiten sich in der Tätigkeit eines Internetinhalteanbieters vereinen. [72] Die Freistellungstatbestände bestimmten Unternehmenskategorien vorzubehalten, wäre nicht praktikabel, insbesondere nicht in einem Bereich, der durch ständigen und nahezu unvorhersehbaren Wandel gekennzeichnet ist. Bereits der von der Kommission eingebrachte Vorschlag für die Richtlinie 2000/31 ging von einer in die Zukunft gerichteten Sicht in einem sich ständig weiterentwickelnden Bereich aus.

149. Meiner Meinung nach ist es unmöglich, die Parameter eines Geschäftsmodells zu skizzieren, das die Voraussetzungen der für das Hosting vorgesehenen Freistellung perfekt erfüllt. Selbst wenn dies möglich wäre, behielte eine heute aufgestellte Definition wohl nicht lange Gültigkeit. Wir sollten uns vielmehr auf eine Tätigkeitskategorie konzentrieren und deutlich erklären, dass ein Diensteanbieter zwar hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten von der Haftung freigestellt ist, wie dies zur Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele notwendig erscheint, hinsichtlich aller anderen Tätigkeiten jedoch nicht, so dass für diese die „normalen" Haftungsregeln der Mitgliedstaaten wie Schadensersatzpflicht und strafrechtliche Verantwortlichkeit gelten.

150. Wenn daher davon auszugehen ist, dass ein Diensteanbieter hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten von der Haftung freigestellt ist, bedeutet das umgekehrt aber auch, dass er für Tätigkeiten, die nicht von einer Freistellung erfasst werden, nach innerstaatlichem Recht verantwortlich gemacht werden kann.

151. Daher besteht durchaus die Möglichkeit, dass eBay hinsichtlich der Speicherung von Informationen, die von einem Kunden zur Verfügung gestellt werden, von der Haftung freigestellt ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 14 der Richtlinie 2000/31 erfüllt sind. Gleichwohl führt die für Hosting vorgesehene Ausnahme nicht dazu, dass eBay auch von der potenziellen Haftung freigestellt wäre, die sich aus ihrer Inanspruchnahme eines entgeltlichen Internetreferenzierungsdienstes ergeben kann.

72 — So mag etwa ein Betreiber seinen Kunden Leistungspakete anbieten, die aus der Zurverfügungstellung von Internetzugang, Serverkapazitäten für die Homepage des Kunden und einer E-Mail-Adresse (Diensteangebot) sowie der Gewährung des Zugangs zu der eigenen Homepage des Betreibers bestehen, von der aus all die verschiedenen Dienste des Internetportals des Unternehmens zugänglich sind (Inhalteangebot). Vgl. Sorvari, K., a. a. O., S. 66. In diesem Beispiel bietet der Betreiber neben „reiner Durchleitung" und „Caching" auch Hosting und Inhalte an.

Umfang der von der Ausnahme erfassten Tätigkeiten

152. Mit dem *zweiten Teil* der neunten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob in einem Fall, in dem die Tätigkeiten des Betreibers eines elektronischen Marktplatzes nicht nur die in Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 genannten, sondern auch darüber hinausgehende Tätigkeiten umfassen, der Betreiber hinsichtlich der von dieser Vorschrift erfassten Tätigkeiten freigestellt bleibt (während er hinsichtlich der nicht erfassten Tätigkeiten nicht freigestellt ist) und wie sich die Rechtslage hinsichtlich der „darüber hinausgehenden Tätigkeiten" gestaltet, insbesondere in Bezug auf die Zuerkennung von Schadensersatz oder anderer finanzieller Wiedergutmachungsleistungen wegen der nicht freigestellten Tätigkeiten.

153. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der Betreiber hinsichtlich der durch Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 erfassten Tätigkeiten freigestellt bleibt. Hinsichtlich der nicht erfassten Tätigkeiten ist er dagegen nicht freigestellt. Diese Rechtslage ist nach den einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Grundsätzen zu beurteilen, insbesondere in Bezug auf die Zuerkennung von Schadensersatz oder anderer finanzieller Wiedergutmachungsleistungen wegen der nicht freigestellten Tätigkeiten.

Pflichten des Marktplatzbetreibers im Hinblick auf künftige Verletzungen

154. Der *dritte Teil* der neunten Frage betrifft den Fall, dass bereits eine rechtswidrige Tätigkeit auf dem Marktplatz stattgefunden hat. Das vorlegende Gericht möchte wissen, welche Pflichten den Marktplatzbetreiber dann im Hinblick auf künftige Verletzungen treffen.

155. Bekanntlich ist Art. 14 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2000/31 Ausdruck des Grundsatzes „notice and take down". Demnach muss der Hostinganbieter, sobald er tatsächlich Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information erlangt oder sich der Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, unverzüglich tätig werden, um die rechtswidrige Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

156. Bei Anwendung des Grundsatzes „notice and take down" ist der 46. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 zu berücksichtigen. Danach hat der Anbieter im Zusammenhang mit der Entfernung oder der Sperrung des Zugangs den Grundsatz der freien Meinungsäußerung und die hierzu auf einzelstaatlicher Ebene festgelegten Verfahren zu beachten. Im Übrigen lässt die Richtlinie die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der

Sperrung des Zugangs unverzüglich zu erfüllen sind.

157. Ich erinnere daran, dass es sich bei den von den Nutzern eines elektronischen Marktplatzes heraufgeladenen Einträgen um kommerzielle Mitteilungen handelt, die als solche durch das in Art. 11 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung geschützt sind. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.

158. Selbstverständlich erlauben die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit keine Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums. Diese letztgenannten Rechte sind ebenfalls durch die Charta, und zwar durch deren Art. 17 Abs. 2, geschützt. Gleichwohl bedeutet dies, dass der Schutz der Rechte des Markeninhabers im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs keine Formen annehmen darf, die die Rechte redlicher Nutzer eines elektronischen Marktplatzes verletzen oder dem mutmaßlichen Rechtsverletzer keine angemessene Möglichkeit zur Geltendmachung von Einwänden und zur Verteidigung lassen würden. [73] Meines Erachtens beziehen sich der 46. Erwägungsgrund und Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31 ausdrücklich auf Verfahren auf einzelstaatlicher Ebene und verleihen den Mitgliedstaaten die Befugnis, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen unverzüglich zu erfüllen sind.

159. In Finnland z. B. sehen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2000/31 aus verfassungsrechtlichen Gründen [74] vor, dass der Hostinganbieter in seinem System gespeicherte Informationen erst entfernen muss, wenn er im Fall einer Markenverletzung eine entsprechende Gerichtsanordnung bzw. im Fall der behaupteten Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Rechts eine Meldung des Rechtsinhabers erhalten hat. Im letztgenannten Fall hat der Nutzer die Möglichkeit, der Entfernung innerhalb einer Frist von 14 Tagen zu widersprechen. [75]

160. Es wird die Meinung vertreten, dass die Kenntnis oder das Bewusstsein im Sinne von Art. 14 der Richtlinie 2000/31 ab Eingang einer gerichtlichen Anordnung bzw. einer Meldung vorliege. [76]

73 — Eine Würdigung der Auswirkungen des von eBay durchgeführten VeRO-Programms auf den rechtmäßigen Handel findet sich bei Pilutik, S., „eBay's Secondary Trademark Liability Problem and its VeRO Program", veröffentlicht unter http://www.cs.cmu.edu/~dst/Secrets/E-Meter/eBay-VERO-pilutik.html.

74 — Diese Regelung wurde vom Ausschuss für Verfassungsrecht des finnischen Parlaments bestätigt, vgl. Gutachten PeVL 60/2001 vp — HE 194/2001 vp.

75 — Ich merke an, dass eBay in ihren Ausführungen geltend macht, dass besondere Verfahren zur Anwendung des Grundsatzes „notice and take down" nur in Finnland, Frankreich und Spanien vorgesehen seien.

76 — Vgl. Sorvari, a. a. O., S. 521 bis 523, sowie Art. 15, 16 und 20 bis 25 des Laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta (finnisches Gesetz über die Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft), 5.6.2002/458, verfügbar in Englisch unter www.finlex.fi/en.

161. Was die Auslegung von Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/31 betrifft, beinhaltet das Tatbestandsmerkmal „tatsächliche Kenntnis“ meines Erachtens zwei Komponenten.

162. Erstens ergibt sich, dass der Diensteanbieter tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information haben muss und nicht nur einen entsprechenden Verdacht oder eine entsprechende Vermutung. Meines Erachtens kann sich „Kenntnis“ rechtlich auch nur auf die Vergangenheit und/oder die Gegenwart, nicht jedoch auf die Zukunft beziehen. Im Fall einer beanstandeten Markenverletzung auf einem elektronischen Marktplatz müssen Objekt der Kenntnis daher eine abgeschlossene oder andauernde Tätigkeit oder existierende Tatsachen oder Umstände sein.

163. Zweitens scheint das Erfordernis tatsächlicher Kenntnis auszuschließen, dass das Tatbestandsmerkmal auch bei einem Kennenmüssen erfüllt ist. Es genügt nicht, wenn der Diensteanbieter Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit hätte haben müssen oder wenn er gute Gründe für den Verdacht des Vorliegens einer rechtswidrigen Tätigkeit hatte. Diese Sicht steht auch im Einklang mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31, der es den Mitgliedstaaten verbietet, den Diensteanbietern eine allgemeine Verpflichtung aufzuerlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

164. Unter tatsächlicher Kenntnis ist daher die Kenntnis von vergangenen oder gegenwärtigen Informationen, Tätigkeiten oder Tatsachen zu verstehen, die der Diensteanbieter aufgrund einer externen Meldung oder eigener freiwilliger Nachforschungen erlangt.

165. Danach erscheint zunächst ausgeschlossen, dass ein Diensteanbieter tatsächliche Kenntnis von künftigen Verletzungen, deren Begehung wahrscheinlich ist, haben kann oder dass ihm diese bewusst sein können. Ganz so einfach verhält es sich jedoch leider nicht.

166. Ich halte es für selbstverständlich, dass keine tatsächliche Kenntnis von einer Verletzung der Marke X durch B besteht, nur weil A die Marke X verletzt oder verletzt hat. Es kann auch keine tatsächliche Kenntnis von einer Verletzung der Marke Y durch A bestehen, nur weil festgestellt wurde, dass A die Marke X verletzt hat, selbst wenn ein und dieselbe Person Inhaber der Marken ist.

167. Wird jedoch entdeckt, dass A die Marke X durch Einstellen eines Angebots auf einem elektronischen Marktplatz im September verletzt, würde ich nicht ausschließen, dass der Marktplatzbetreiber tatsächliche Kenntnis von Informationen, Tätigkeiten, Tatsachen oder Umständen hat, wenn A im Oktober ein neues Angebot betreffend dieselben oder ähnliche Waren unter der Marke X heraufläd. In solchen Fällen müsste man nach dem natürlichen Sprachgebrauch eher von einer einzigen fortgesetzten Verletzungshandlung als von zwei getrennten

Verletzungshandlungen ausgehen. [77] Ich weise darauf hin, dass in Art. 14 Abs. 1 Buchst. a als ein Objekt der tatsächlichen Kenntnis die „Tätigkeit" genannt wird. Eine andauernde Tätigkeit umfasst Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.

168. Daher besitzt der Betreiber eines elektronischen Marktplatzes im Hinblick auf ein und denselben Nutzer und ein und dieselbe Marke tatsächliche Kenntnis, wenn sich ein und dieselbe Tätigkeit in Form mehrerer Einträge fortsetzt, und der Betreiber kann auch dazu verpflichtet werden, den Zugang zu denjenigen Informationen zu sperren, die der Nutzer in Zukunft herauflädt. Mit anderen Worten: Die Haftungsfreistellung besteht nicht, wenn dem Betreiber des elektronischen Marktplatzes die verletzende Benutzung einer Marke gemeldet worden ist und derselbe Nutzer dieselbe Verletzungshandlung fortsetzt oder wiederholt.

X — Gerichtliche Anordnungen gegen Mittelspersonen

169. Die zehnte Frage betrifft die Möglichkeit für den Markeninhaber, nach Art. 11 der Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums eine gerichtliche Anordnung nicht nur gegen den die Marke verletzenden Dritten zu erwirken, sondern auch gegen eine Mittelsperson, deren Dienste zwecks Verletzung der eingetragenen Marke in Anspruch genommen wurden. Das vorlegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob die genannte Bestimmung vorschreibt, dass unionsrechtlich eine Anordnung zur Verhinderung weiterer Verletzungen beantragt werden kann, und welchen Umfang diese Anordnung gegebenenfalls haben muss. [78] Dies ist das erste Mal, dass sich der Gerichtshof mit der Auslegung von Art. 11 der Richtlinie 2004/48 zu befassen hat.

170. Sämtliche Verfahrensbeteiligten sind sich einig, dass die Richtlinie 2004/48 den Erlass von gerichtlichen Anordnungen gegen Mittelspersonen vorsieht. Während eBay jedoch geltend macht, dass sich eine Anordnung gegen einen Hostinganbieter nur auf spezifische und klar umrissene einzelne Inhalte beziehen könne, sind die übrigen Verfahrensbeteiligten der Auffassung, dass Anordnungen auch Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Verletzungen umfassen könnten.

171. Das Grundproblem bei der Auslegung der Richtlinie 2004/48 besteht darin, einen Mittelweg zwischen einer zu scharfen und einer zu laxen Durchsetzung der Rechte des

77 — Es ist offensichtlich, dass insoweit ein Bezug zu der nach nationalem Recht geltenden Auslegung des Begriffs einer Verletzung besteht, auch wenn den in Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/31 verwendeten Begriffen eine autonome unionsrechtliche Bedeutung zukommt, die unabhängig von einzelstaatlichen Konzepten des Strafrechts und des Rechts der unerlaubten Handlung besteht. Stellt es z. B. eine oder mehrere Verletzungshandlungen dar, wenn A ohne Zustimmung des Markeninhabers i) identische Waren an mehrere Kunden verkauft, ii) ähnliche, aber nicht identische Waren verkauft, die von derselben Marke erfasst werden, oder iii) wenn sich die Verkaufstätigkeit über einen bestimmten Zeitraum erstreckt und aus eigenständigen Verkaufsgeschäften besteht?

78 — Der High Court führt aus, dass die genannte Vorschrift nicht zu besonderen Umsetzungsmaßnahmen im Vereinigten Königreich geführt habe, da man dort der Ansicht gewesen sei, dass die bestehende Gesetzgebung mit ihr im Einklang stehe. Das vorlegende Gericht bezweifelt die Richtigkeit dieser Ansicht.

geistigen Eigentums zu finden. Die Aufgabe wurde mit der Durchfahrt des Odysseus zwischen den beiden Ungeheuern Skylla und Charybdis verglichen.[79] Während man die Richtlinie durchaus so verstehen kann, dass sie die Umsetzung einer nachdrücklichen oder einer zurückhaltenden Durchsetzungsideologie bezweckt, so erscheint es doch notwendig, bei der Auslegung der Richtlinie 2004/48 jedenfalls ihren Art. 3 angemessen zu berücksichtigen. Nach dieser Vorschrift regelt die Richtlinie 2004/48 eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vorzusehen, die zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums erforderlich sind, und wirksam gegen die für Produktpiraterie und Nachahmung verantwortlichen Personen vorzugehen. Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen hinreichend abschreckend sein, aber die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermeiden und die Gewähr gegen ihren Missbrauch bieten.

172. Die Kernbestimmungen der Richtlinie 2004/48 finden sich in ihrem Kapitel II („Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe"). Zwei Abschnitte dieses Kapitels sind beachtenswert. Zwar ist sowohl in Abschnitt 4 („Einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen" — Art. 9) als auch in Abschnitt 5 („Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung") von Maßnahmen gegen den Verletzer und gegen die Mittelsperson die Rede, hier interessiert jedoch besonders der letztgenannte Abschnitt 5. Er umfasst Art. 10 („Abhilfemaßnahmen"), Art. 11 („Gerichtliche Anordnungen") und Art. 12 („Ersatzmaßnahmen").

173. Art. 11 Sätze 1 und 2 betrifft gerichtliche Anordnungen gegen den *Verletzer* eines Rechts des geistigen Eigentums. Nach Art. 11 Satz 3 muss die Möglichkeit bestehen, Anordnungen auch gegen eine *Mittelsperson* zu beantragen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden. Der Umfang der Anordnungen gegen Mittelspersonen wird nicht definiert; da aber diese Möglichkeit zu den Sätzen 1 und 2 hinzugefügt wurde, meine ich, dass diese beiden Sätze zur Auslegung von Satz 3 herangezogen werden sollten.

174. Art. 11 Satz 1 der Richtlinie 2004/48 verlangt, dass „die zuständigen Gerichte" der Mitgliedstaaten „bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung" gegen den Verletzer erlassen können, „die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt". Eine wörtliche Auslegung dieses Textes würde darauf hindeuten, dass die konkrete Feststellung einer Rechtsverletzung gemeint ist und

79 — Vgl. Norrgård, M., „The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights", *ERA Forum* 4/2005, S. 503.

dass verhindert werden soll, dass der Verletzer diese spezifische Verletzung in Zukunft fortsetzt.

175. Hinsichtlich des Wesens der Anordnungen, die gegen den Verletzer erwirkt werden können, verlangt das Unionsrecht offenbar, dass eine solche Anordnung geeignet sein muss, einer gerichtlich festgestellten Verletzung ein Ende zu setzen. Die Verhinderung erneuter Verletzungen ist ebenfalls möglich, auch wenn die Formulierungen der Richtlinie hierzu vorsichtiger werden. Angesichts der Bezugnahme auf die „weitere" Verletzung, der vorsichtigeren Formulierung im Hinblick auf „erneute" Verletzungen sowie angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstehe ich die ersten beiden Sätze dahin, dass das Unionsrecht nicht so weit geht, die Möglichkeit einer Anordnung gegen einen Verletzer vorzuschreiben, um erneute Verletzungen zu verhindern, die in der Zukunft begangen werden könnten. [80]

176. Hinsichtlich der Mittelsperson bestünde bei Zugrundelegung des Wortlauts der Richtlinie 2004/48 eine mögliche Auslegung darin, dass der Umfang der Anordnung, die unionsrechtlich gegen die Mittelsperson erwirkt werden kann, sich nicht vom Umfang der Anordnung unterscheiden darf, die gegen den Verletzer erwirkt werden kann.

177. Ich bin jedoch nicht überzeugt, dass eine solche Auslegung vernünftig ist.

178. Meines Erachtens verlangt Art. 11 Satz 1 der Richtlinie 2004/48 die Identifizierung des Verletzers, dem dann die weitere Verletzung untersagt ist. In Satz 3 ist jedoch nicht von einem „Verletzer", sondern lediglich von „einem Dritten" die Rede, der die Dienste einer Mittelsperson zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch nimmt.

179. Diese Formulierung ist mit gutem Grund gewählt worden: Es mag — insbesondere im Bereich des Internets — Fälle geben, in denen die Verletzung offensichtlich ist, der Verletzer jedoch nicht festgestellt wird. Es ist bekannt, dass ein Dritter die Dienste einer Mittelsperson zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch nimmt, die Identität des Verletzers bleibt jedoch unbekannt. In solchen Fällen mag es der Schutz des Rechtsinhabers gebieten, dass eine Anordnung gegen die Mittelsperson erwirkt werden kann, dessen Identität bekannt ist, gegen den daher Klage erhoben werden kann und der in der Lage ist, weitere Verletzungen zu verhindern.

180. Was den Umfang bzw. den Inhalt einer gegen die Mittelsperson zu erlassenden

80 — Vgl. 22., 23., 24. und 25. Erwägungsgrund sowie Art. 11 der Richtlinie 2004/48.

Anordnung angeht, ist nicht ersichtlich, dass das Unionsrecht insoweit über die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48 genannten Erfordernisse — Wirksamkeit, Abschreckung und Verhältnismäßigkeit — hinaus irgendwelche spezifischen Voraussetzungen aufstellt.

181. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit schließt meiner Meinung nach eine Anordnung gegen die Mittelsperson aus, um erneute Markenverletzungen zu verhindern. Ich sehe in der Richtlinie 2004/48 jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Anordnung gegen die Mittelsperson verboten wäre, mit der nicht nur die Verhinderung der Fortsetzung einer spezifischen Verletzungshandlung, sondern auch die Verhinderung einer Wiederholung derselben oder einer ähnlichen Verletzung in der Zukunft aufgegeben wird, falls solche Anordnungen nach innerstaatlichem Recht erlassen werden können. Entscheidend ist selbstverständlich, dass die Mittelsperson mit Sicherheit zu erkennen vermag, was von ihr verlangt wird, und dass ihr mit der Anordnung keine unmöglich zu erfüllenden, unverhältnismäßigen oder rechtlich unzulässigen Pflichten wie eine allgemeine Überwachungspflicht auferlegt werden.

182. Eine angemessene Beschränkung des Anordnungsumfangs könnte durch ein doppeltes Identitätserfordernis erreicht werden. Damit ist gemeint, dass es sich in den betreffenden Fällen um ein und denselben verletzenden Dritten [81] sowie um ein und dieselbe verletzte Marke handeln muss. Demnach könnte eine Anordnung gegen eine Mittelsperson erlassen werden, um die weitere oder wiederholte Verletzung einer bestimmten Marke durch einen bestimmten Nutzer zu verhindern. Der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft könnte einer solchen Anordnung einfach dadurch nachkommen, dass er das Kundenkonto des betreffenden Nutzers löscht. [82]

81 — Mit der Voraussetzung, dass es sich um ein und denselben verletzenden Dritten handeln muss, ist in erster Linie das Erfordernis der Personenidentität gemeint, die unter Umständen aufgrund der Nutzernamen im System des Diensteanbieters ermittelt wird. Darüber hinaus kann von dem Diensteanbieter möglicherweise verlangt werden, angemessene Maßnahmen zur Aufdeckung der wahren Identität eines Nutzers zu treffen, der sich hinter verschiedenen Nutzernamen verbirgt: Dies ist keine nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 verbotene allgemeine Überwachungspflicht, sondern eine zulässige Pflicht zur spezifischen Überwachung.

82 — Vgl. außerdem die drei Urteile des Bundesgerichtshofs vom 11. März 2004, BGH I ZR 304/01 („Internet-Versteigerung I"), vom 19. April 2007, BGH I ZR 35/04 („Internet-Versteigerung II"), und vom 30. April 2008, BGH I ZR 73/05 (Internet-Versteigerung III). Der BGH hat entschieden, dass der Betreiber eines elektronischen Marktplatzes sich auf die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 vorgesehene Befreiung von der Verantwortlichkeit berufen könne. Für den Erlass von Anordnungen gegen den Betreiber hat er allerdings extensive Voraussetzungen formuliert, deren Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2000/31 aufgrund ihres Umfangs in mehrfacher Hinsicht fraglich sein könnte.

XI — Ergebnis

183. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die vom High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division, vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Werden Parfum- und Kosmetik-Tester und „dramming bottles", die nicht zum Verkauf an Verbraucher bestimmt sind, den Vertragshändlern des Markeninhabers kostenlos zur Verfügung gestellt, liegt kein Inverkehrbringen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Ersten Richtlinie des Rates 89/104/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke vor.

2., 3. und 4. Der Markeninhaber ist berechtigt, sich dem weiteren Vertrieb unverpackter Ware im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 zu widersetzen, wenn Parfums und kosmetische Mittel ohne seine Zustimmung den äußeren Verpackungen entnommen worden sind, falls die Waren aufgrund der Entfernung der äußeren Verpackungen nicht die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel vorgeschriebenen Angaben enthalten, falls die Entfernung der äußeren Verpackung als solche als Veränderung oder Verschlechterung des Zustands der Waren angesehen werden kann oder falls der weitere Vertrieb das Image der Waren und damit den Ruf der Marke schädigt oder zu schädigen droht. Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens besteht für diese Wirkung eine Vermutung, sofern das Angebot nicht einen einzelnen oder einige wenige Artikel betrifft, die von einem Verkäufer angeboten werden, der eindeutig nicht im geschäftlichen Verkehr tätig wird.

5. Erwirbt ein Händler, der einen elektronischen Marktplatz betreibt, vom Betreiber einer Suchmaschine die Benutzung eines mit einer eingetragenen Marke identischen Zeichens als Suchwort, so dass dieses Zeichen für die Nutzer von der Suchmaschine in einem gesponserten Link zu der Website des Betreibers des Online-Marktplatzes sichtbar gemacht wird, so stellt das Sichtbarmachen des Zeichens in dem gesponserten Link eine „Benutzung" des Zeichens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 dar.

6. Wird ein Nutzer, der auf den vorstehend unter 5. bezeichneten gesponserten Link klickt, direkt zu mit dem von Dritten auf der Website platzierten Zeichen versehenen Anzeigen oder Verkaufsangeboten für Waren geführt, die mit denen identisch sind, für die die Marke eingetragen wurde, wobei aufgrund der Statusunterschiede der betreffenden Waren einige dieser Anzeigen oder Verkaufsangebote die Marke verletzen, andere dagegen nicht, so liegt eine Benutzung des Zeichens „für" die die Marke verletzenden Waren durch den Betreiber des elektronischen Marktplatzes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 vor, jedoch werden die Funktionen der Marke nicht beeinträchtigt, sofern ein verständiger Durchschnittsverbraucher anhand der in dem gesponserten Link enthaltenen Informationen erkennt, dass der Betreiber des elektronischen Marktplatzes in seinem System die Anzeigen oder Verkaufsangebote Dritter speichert.

7. Sind die auf dem elektronischen Marktplatz zum Verkauf angebotenen Waren noch nicht vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung innerhalb des EWR in den Verkehr gebracht worden, so genügt als Voraussetzung für die Geltendmachung des durch die nationale oder die Gemeinschaftsmarke verliehenen Ausschließlichkeitsrechts der Nachweis, dass sich die Anzeige an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richtet.

8. Besteht die vom Markeninhaber beanstandete Benutzung im Sichtbarmachen des Zeichens in einem gesponserten Link nicht auf der Website eines Suchmaschinenbetreibers, sondern auf der Website des Betreibers des elektronischen

Marktplatzes selbst, so benutzt der Betreiber des elektronischen Marktplatzes das Zeichen nicht „für" die die Marke verletzenden Waren im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94.

9. a) Die vorstehend unter 5. bezeichnete Benutzung besteht nicht in „der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen" seitens des Betreibers des elektronischen Marktplatzes im Sinne von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt und umfasst auch nicht eine solche Speicherung, während die vorstehend unter 6. bezeichnete Benutzung in einer solchen Speicherung bestehen oder eine solche Speicherung umfassen kann.

9. b) Besteht die Benutzung nicht ausschließlich in unter Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 fallenden Tätigkeiten, umfasst aber solche Tätigkeiten, so ist der Betreiber des elektronischen Marktplatzes insoweit von der Haftung freigestellt, als die Benutzung in solchen Tätigkeiten besteht, jedoch können wegen einer solchen Benutzung, soweit keine Freistellung von der Haftung besteht, Schadensersatz oder andere finanzielle Wiedergutmachungsleistungen nach nationalem Recht zuerkannt werden.

9. c) Eine „tatsächliche Kenntnis" von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information oder ein „Bewusstsein" von Tatsachen oder Umständen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 liegt vor, wenn der Betreiber des elektronischen Marktplatzes davon Kenntnis hat, dass Waren unter Verletzung eingetragener Marken auf seiner Website beworben, zum Verkauf angeboten und verkauft wurden und dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Verletzungen der in Rede stehenden eingetragenen Marken hinsichtlich derselben oder ähnlicher Waren durch denselben Nutzer der Website andauern werden.

10. Art. 11 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums verpflichtet die Mitgliedstaaten, in Fällen, in denen Dienste einer Mittelsperson wie etwa des Betreibers einer Website von einem Dritten zur Verletzung einer eingetragenen Marke in Anspruch genommen wurden, sicherzustellen, dass der Markeninhaber eine gerichtliche Anordnung, die wirksam, abschreckend und verhältnismäßig ist, gegen die Mittelsperson erwirken kann, um eine Fortsetzung oder Wiederholung der von dem Dritten begangenen Verletzungen zu verhindern. Die Voraussetzungen und Verfahren für derartige Anordnungen bestimmen sich nach nationalem Recht.