

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

12. Juli 2011 \*

In der Rechtssache C-324/09

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Vereinigtes Königreich), mit Entscheidung vom 16. Juli 2009, beim Gerichtshof eingegangen am 12. August 2009, in dem Verfahren

**L'Oréal SA,**

**Lancôme parfums et beauté & Cie SNC,**

**Laboratoire Garnier & Cie,**

**L'Oréal (UK) Ltd**

gegen

**eBay International AG,**

\* Verfahrenssprache: Englisch.

**eBay Europe SARL,**

**eBay (UK) Ltd,**

**Stephen Potts,**

**Tracy Ratchford,**

**Marie Ormsby,**

**James Clarke,**

**Joanna Clarke,**

**Glen Fox,**

**Rukhsana Bi**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, K. Schiemann, J.-J. Kasel und D. Šváby, des Richters A. Rosas, der Richterin R. Silva de Lapuerta, der Richter M. Ilešič (Berichterstatter) und M. Safjan sowie der Richterin M. Berger,

Generalanwalt: N. Jääskinen,  
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom  
22. Juni 2010,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der L'Oréal SA u. a., vertreten durch H. Carr und D. Anderson, QC, sowie durch T. Mitcheson, Barrister,
  
- der eBay International AG u. a., vertreten durch T. van Innis und G. Glas, avocats,
  
- der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch H. Walker und L. Seeboruth als Bevollmächtigte im Beistand von C. May, Barrister,
  
- der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues, B. Beaupère-Manokha, J. Gstalster und B. Cabouat als Bevollmächtigte,
  
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
  
- der polnischen Regierung, vertreten durch M. Dowgielewicz und A. Rutkowska als Bevollmächtigte,

- der portugiesischen Regierung, vertreten durch L. Inez Fernandes als Bevollmächtigten,
  
- der Europäischen Kommission, vertreten durch H. Krämer als Bevollmächtigten,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 9. Dezember 2010

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 5 und 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1) in der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (ABl. 1994, L 1, S. 3) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/104), der Art. 9 und 13 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1), von Art. 14 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“) (ABl. L 178, S. 1) und von Art. 11 der 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).

- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der L'Oréal SA sowie ihren Tochtergesellschaften Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie und L'Oréal (UK) Ltd (im Folgenden zusammen: L'Oréal) einerseits und drei Tochtergesellschaften der eBay Inc., nämlich der eBay International AG, der eBay Europe SARL und der eBay (UK) Ltd (im Folgenden zusammen: eBay), sowie Herrn Potts, Frau Ratchford, Frau Ormsby, Herrn Clarke, Frau Clarke, Herrn Fox und Frau Bi (im Folgenden: beklagte natürliche Personen) andererseits wegen des Angebots von Waren der Firma L'Oréal ohne deren Zustimmung zum Verkauf mittels des von eBay betriebenen Online-Marktplatzes.

## **I — Rechtlicher Rahmen**

### *A — Die Richtlinie 89/104 und die Verordnung Nr. 40/94*

- 3 Die Richtlinie 89/104 und die Verordnung Nr. 40/94 wurden durch die 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), die am 28. November 2008 in Kraft getreten ist, bzw. durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung) (ABl. L 78, S. 1), die am 13. April 2009 in Kraft getreten ist, aufgehoben. Für den Ausgangsrechtsstreit gelten unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der maßgebenden Ereignisse gleichwohl weiterhin die Richtlinie 89/104 und die Verordnung Nr. 40/94.
- 4 Art. 5 („Rechte aus der Marke“) der Richtlinie 89/104 hatte folgenden Wortlaut:

„(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;
- b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

(2) Die Mitgliedstaaten können ferner bestimmen, dass es dem Inhaber gestattet ist, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese in dem betreffenden Mitgliedstaat bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

(3) Sind die Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 erfüllt, so kann insbesondere verboten werden:

- a) das Zeichen auf Waren oder deren Aufmachung anzubringen;
- 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.

...“

- 5 Der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 40/94 entsprach im Wesentlichen dem von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104. Art. 9 Abs. 2 dieser Verordnung entsprach Art. 5 Abs. 3 dieser Richtlinie. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 40/94 bestimmte:

„Die Gemeinschaftsmarke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

...

- c) ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Gemeinschaftsmarke eingetragen ist, wenn diese in der Gemeinschaft bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.“

- 6 Art. 7 („Erschöpfung des Rechts aus der Marke“) der Richtlinie 89/104 sah vor:

„(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] in den Verkehr gebracht worden sind.“

(2) Absatz 1 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.“

- 7 Nach Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94, „[gewährt d]ie Gemeinschaftsmarke ... 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 in der [Europäischen Union] in den Verkehr gebracht worden sind“. Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung und Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 sind wortgleich.

B — *Die Richtlinie 2000/31 („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)*

- 8 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 (ABl. L 204, S. 37) in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 (ABl. L 217, S. 18) (im Folgenden: Richtlinie 98/34) als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.
- 9 In Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34 heißt es weiter:

„Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck

- ‚im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;
- ‚elektronisch erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung ... und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;
- ‚auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.

...“

10 Art. 6 der Richtlinie 2000/31 bestimmt:

„Zusätzlich zu den sonstigen Informationsanforderungen nach dem [Union]srecht stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass kommerzielle Kommunikationen, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind ..., zumindest folgende Bedingungen erfüllen:

...

- b) die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, muss klar identifizierbar sein;

...“

- 11 Kapitel II der Richtlinie 2000/31 enthält einen Abschnitt 4 mit der Überschrift „Verantwortlichkeit der Vermittler“, der aus den Art. 12 bis 15 besteht.
- 12 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.“

<sup>13</sup> 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.

...“

<sup>14</sup> Kapitel III der Richtlinie 2000/31 umfasst u. a. Art. 18 („Klagemöglichkeiten“), der bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft es ermöglichen, dass rasch Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen, getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht.

...“

C — Die Richtlinie 2004/48 („Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“)

15 Die Erwägungsgründe 1 bis 3, 23, 24 und 32 der Richtlinie 2004/48 lauten:

„(1) Damit der Binnenmarkt verwirklicht wird, müssen Beschränkungen des freien Warenverkehrs und Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden, und es muss ein Umfeld geschaffen werden, das Innovationen und Investitionen begünstigt. Vor diesem Hintergrund ist der Schutz geistigen Eigentums ein wesentliches Kriterium ...

(2) Der Schutz geistigen Eigentums soll ... weder die freie Meinungsäußerung noch den freien Informationsverkehr, noch den Schutz personenbezogener Daten behindern; dies gilt auch für das Internet.

(3) Ohne wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums werden jedoch Innovation und kreatives Schaffen gebremst und Investitionen verhindert. Daher ist darauf zu achten, dass das materielle Recht auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, das heute weitgehend Teil des gemeinschaftlichen Besitzstands ist, in der [Union] wirksam angewandt wird. ...

...

(23) ... Rechtsinhaber [sollten] 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.

- (24) Je nach Sachlage und sofern es die Umstände rechtfertigen, sollten die zu ergreifenden Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe Verbotsmaßnahmen beinhalten, die eine erneute Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums verhindern. ...

...

- (32) Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten ..., die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. In besonderer Weise soll diese Richtlinie im Einklang mit Artikel 17 Absatz 2 der Charta die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums sicherstellen“.

<sup>16</sup> Art. 2 der Richtlinie 2004/48, der deren Anwendungsbereich definiert, bestimmt:

„(1) Unbeschadet etwaiger Instrumente in den Rechtsvorschriften der [Union] oder der Mitgliedstaaten, die für die Rechtsinhaber günstiger sind, finden die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe ... auf jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im [Union]recht und/oder im innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehen sind, Anwendung.

...

(3) Diese Richtlinie berührt nicht

a) ... die Richtlinie 2000/31/EG im Allgemeinen und insbesondere deren Artikel 12 bis 15;

...“

<sup>17</sup> Kapitel II („Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe“) der Richtlinie 2004/48 enthält sechs Abschnitte, von denen Abschnitt 1 („Allgemeine Bestimmungen“) u. a. Art. 3 umfasst, der 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 ... wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird ...“

<sup>18</sup> Kapitel II Abschnitt 5 der Richtlinie 2004/48 trägt die Überschrift „Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung“. Er setzt sich aus den Art. 10 bis 12 zusammen, die mit „Abhilfemaßnahmen“, „Gerichtliche Anordnungen“ und „Ersatzmaßnahmen“ überschrieben sind.

19 Art. 11 der Richtlinie 2004/48 lautet:

„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.“

20 Dieser Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 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.“

#### D — Die Richtlinie 76/768 („Richtlinie über kosmetische Mittel“)

21 Art. 6 Abs. 1 der 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 der durch die Richtlinie 2003/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Februar 2003 (ABl. L 66, S. 26) geänderten Fassung bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten treffen 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 folgende Angaben tragen, mit Ausnahme der Angaben unter Buchstabe g), die nur auf der Verpackung angebracht sein müssen:

- a) den Namen oder die Firma und die Anschrift oder den Firmensitz des in der Gemeinschaft ansässigen Herstellers oder der dort ansässigen Person, die für das Inverkehrbringen des kosmetischen Mittels verantwortlich ist. ...;
- b) den 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;
- g) eine Liste der Bestandteile ...

...“

E — *Nationales Recht*

- 22 Die Richtlinie 89/104 wurde durch den Trade Marks Act (Markengesetz) in nationales Recht umgesetzt. Die Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 89/104 wurde durch Art. 10 dieses Gesetzes gewährleistet.
- 23 Die Richtlinie 2000/31 wurde durch die Electronic Commerce Regulations (Verordnung über den elektronischen Geschäftsverkehr) in nationales Recht umgesetzt. Die Umsetzung von Art. 14 der Richtlinie 2000/31 wurde durch Regulation 19 dieser Verordnung gewährleistet.
- 24 Für die Umsetzung von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 hat das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland keine spezifischen Regelungen getroffen. Die Befugnis, Anordnungen zu erlassen, wird jedoch in Section 37 des Supreme Court Act (Gesetz über den Obersten Gerichtshof) geregelt, wonach der High Court in allen Fällen, in denen dies gerechtfertigt und angezeigt erscheint („in all cases in which it appears to be just and convenient to do so“), eine Anordnung erlassen kann.
- 25 Die Richtlinie 76/768 wurde durch die Cosmetic Products Regulations (Verordnung über kosmetische Mittel) in nationales Recht umgesetzt. Deren Regulation 12 entspricht Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768, und ihre Verletzung kann eine Straftat darstellen.

## II — Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

- 26 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.
- 27 Der Vertrieb der Erzeugnisse von L'Oréal erfolgt über ein geschlossenes Vertriebssystem, in dessen Rahmen Vertragshändler keine Produkte an Nichtvertragshändler liefern dürfen.
- 28 eBay betreibt einen Online-Marktplatz, auf dem Listen von Waren angezeigt werden, die von zu diesem Zweck bei eBay eingeschriebenen Personen zum Verkauf angeboten werden, die Verkäuferkonten bei eBay eingerichtet haben. Für die getätigten Geschäfte stellt eBay einen Prozentsatz in Rechnung.
- 29 eBay ermöglicht potenziellen Käufern, für die von den Verkäufern angebotenen Artikel Gebote abzugeben. Über ein sogenanntes „Jetzt-kaufen-System“ erlaubt sie auch den Verkauf von Artikeln ohne Auktion, also zu einem Festpreis. Darüber hinaus hat ein Verkäufer die Möglichkeit, auf der eBay-Website einen „Online-Shop“ einzurichten. Darin werden alle Gegenstände aufgeführt, die ein Verkäufer jeweils zum Verkauf anbietet.
- 30 Verkäufer und Käufer müssen die von eBay festgelegten Bedingungen für die Nutzung des Online-Markts akzeptieren. Dazu zählen das Verbot des Verkaufs nachgeahmter Waren und der Verletzung von Markenrechten.

- 31 Gegebenenfalls leistet eBay den Verkäufern Hilfestellung bei der Optimierung ihrer Angebote, bei der Einrichtung ihrer Online-Shops sowie bei der Förderung und Steigerung ihres Absatzes. Im Übrigen treibt sie Werbung für bestimmte auf ihrem Online-Marktplatz zum Verkauf feilgebotene Waren über Anzeigen, die von Betreibern von Suchmaschinen wie Google eingeblendet werden.
- 32 Mit Schreiben vom 22. Mai 2007 äußerte L'Oréal gegenüber eBay ihre Besorgnisse über weitverbreitete, ihre Rechte des geistigen Eigentums verletzende Transaktionen mittels europäischer Websites von eBay.
- 33 Da die Antwort von eBay sie nicht zufriedenstellte, erhob L'Oréal in verschiedenen Mitgliedstaaten Klagen gegen eBay, darunter eine Klage beim High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division.
- 34 L'Oréal wandte sich an den High Court of Justice, um feststellen zu lassen, erstens dass eBay und die beklagten natürlichen Personen für die von den letztgenannten getätigten Verkäufe von 17 Artikeln über die Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) verantwortlich sind, durch die die L'Oréal u. a. durch die Gemeinschaftsbildmarke, die die Worte „Amor Amor“ enthält, und die nationale Wortmarke „Lancôme“ verliehenen Rechte angeblich verletzt wurden.
- 35 Es steht zwischen L'Oréal und eBay außer Streit, dass es sich bei zwei dieser 17 Artikel um Fälschungen von Markenprodukten von L'Oréal handelt.
- 36 Von den übrigen 15 Artikeln behauptet L'Oréal zwar nicht, dass es sich um Fälschungen handele, meint aber gleichwohl, dass deren Verkauf ihre Markenrechte verletze, da diese Artikel entweder nicht zum Verkauf bestimmte Waren wie Testartikel und Proben seien oder Markenprodukte von L'Oréal, die zum Verkauf in Nordamerika,

nicht aber im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) bestimmt seien. Außerdem seien einige dieser Artikel unverpackt verkauft worden.

- 37 Ohne sich in diesem Stadium zu der Frage zu äußern, inwieweit eine Verletzung der Markenrechte von L'Oréal stattgefunden hatte, bestätigte der High Court of Justice, dass die beklagten natürlichen Personen die von L'Oréal beschriebenen Verkäufe auf der Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) vorgenommen hatten.
- 38 L'Oréal trägt zweitens vor, eBay sei für die Benutzung der L'Oréal-Marken verantwortlich, weil diese Marken auf ihrer Website angezeigt würden und auf der Website von Suchmaschinenbetreibern wie Google — ausgelöst durch die Verwendung von diesen Marken entsprechenden Schlüsselwörtern — gesponserte Links eingeblendet würden.
- 39 Zum letztgenannten Punkt steht fest, dass eBay durch die Auswahl von L'Oréal-Marken entsprechenden Schlüsselwörtern im Rahmen des Referenzierungsdienstes „AdWords“ von Google immer dann, wenn es zwischen einem solchen Wort und dem Inhalt der von einem Internetnutzer an die Google-Suchmaschine gerichteten Suchanfrage eine Übereinstimmung gab, einen Werbelink zur Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) erscheinen ließ. Dieser Link erschien in der Rubrik „sponsored links“ (deutsche Google-Fassung: „Anzeigen“), die entweder am rechten Bildrand oder im oberen Teil des von Google angezeigten Bildschirms erschien.
- 40 Gab ein Internetnutzer also am 27. März 2007 in der Google-Suchmaschine die Wörter „shu uemura“, die im Wesentlichen der nationalen Wortmarke „Shu Uemura“ von L'Oréal entsprechen, als Suchbegriffe ein, erschien in dieser Rubrik „sponsored links“ die nachstehende eBay-Anzeige:

„Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk“

[„Shu Uemura

Tolle Preise für Shu uemura

Bei eBay einkaufen und sparen!

www.ebay.co.uk“]

<sup>41</sup> Ein Klick auf diesen Werbelink führte zu einer Seite auf der Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk), auf der „96 Artikel gefunden für shu uemura“ erschien. Bei einem Großteil dieser Artikel wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie aus Hongkong stammten.

<sup>42</sup> Gab, so ein weiteres Beispiel, ein Internetnutzer am 27. März 2007 in der Google-Suchmaschine die Wörter „matrix hair“, die teilweise der nationalen Wortmarke „Matrix“ von L'Oréal entsprechen, als Suchbegriffe ein, so erschien in dieser Rubrik „sponsored links“ die nachstehende eBay-Anzeige:

„Matrix hair

Fantastic low prices here

Feed your passion on eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk“

[„Matrix hair

Hier zu fantastisch niedrigen Preisen

Stillen Sie Ihre Leidenschaft bei eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk“]

<sup>43</sup> L'Oréal macht drittens geltend, dass auch dann eine Anordnung gemäß Art. 11 der Richtlinie 2004/48 an eBay zu richten sei, wenn diese nicht für Verletzungen der mit L'Oréal-Marken verbundenen Rechte verantwortlich sei.

<sup>44</sup> Mit einigen der beklagten natürlichen Personen, nämlich Herrn Potts, Frau Ratchford, Frau Ormsby, Herrn Clarke und Frau Clarke, schloss L'Oréal einen Vergleich, gegen die anderen, nämlich Herrn Fox und Frau Bi, erwirkte sie Versäumnisurteil. Danach fand im März 2009 vor dem High Court of Justice eine Verhandlung statt, die der gegen eBay gerichteten Klage gewidmet war.

- 45 Mit Urteil vom 22. Mai 2009 nahm der High Court of Justice bestimmte Tatsachewürdigungen vor und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Sache nicht entscheidungsreif sei, da mehrere Rechtsfragen zunächst einer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union bedürften.
- 46 Der High Court of Justice stellt in diesem Urteil fest, dass eBay Filter eingerichtet habe, um die Anzeigen zu ermitteln, die gegen die Bedingungen für die Nutzung der Website verstoßen könnten. Er stellt ferner fest, dass eBay mit einem „VeRO“-Programm („Verified Rights Owner“-Programm) ein Melde- und Löschmodul entwickelt habe, das Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums unterstützen soll, ihre Rechte verletzende Anzeigen von dem Marktplatz entfernen zu lassen. L'Oréal hat eine Teilnahme an dem Programm abgelehnt, da sie es für unzureichend hält.
- 47 Der High Court of Justice hat weiter darauf hingewiesen, dass eBay Sanktionen wie den zeitweiligen oder sogar endgültigen Ausschluss gegen Nutzer verhängt, die gegen die Bedingungen für die Nutzung des Online-Marktplatzes verstoßen.
- 48 Trotz der vorstehend dargelegten Feststellungen hält es der High Court of Justice für möglich, dass eBay mehr hätte tun können, um die Rechte des geistigen Eigentums verletzende Verkäufe über ihren Online-Marktplatz zu beschränken. So könnte eBay zusätzliche Filter verwenden. Sie könnte auch das Verbot des Verkaufs von nicht aus dem EWR stammenden Waren ohne Zustimmung des Markeninhabers in ihre Grundsätze aufnehmen. Sie könnte im Übrigen für Erzeugnisse, die Gegenstand gleichzeitiger Anzeigen sein können, zusätzliche mengenmäßige Beschränkungen vorsehen sowie Sanktionen strenger handhaben.
- 49 Dass es eBay möglich wäre, mehr zu tun, bedeutet nach Auffassung des High Court of Justice jedoch nicht, dass sie rechtlich dazu auch verpflichtet sei.

50 Mit Entscheidung vom 16. Juli 2009, mit der er das genannte Urteil vom 22. Mai 2009 durchgeführt hat, hat der High Court of Justice beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

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 äußeren 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 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 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 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 fraglichen 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?

### III — Zu den Vorlagefragen

*A — Zu den Fragen 1, 2, 3, 4 und 7, betreffend den Verkauf von Markenprodukten auf einem Online-Marktplatz*

#### 1. Vorbemerkungen

- <sup>51</sup> Wie in den Randnrn. 36 und 37 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, haben die beklagten natürlichen Personen Markenprodukte von L'Oréal, die diese zum Verkauf in Drittstaaten bestimmt hatte, sowie nicht zum Verkauf bestimmte Waren wie Testartikel und Proben über die Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) feilgeboten und an

Verbraucher in der Union verkauft. Außerdem wird nicht bestritten, dass einige dieser Waren unverpackt verkauft wurden.

- 52 Dass auf der Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) aus Drittstaaten eingeführte Waren feilgeboten wurden, ergibt sich auch aus den in den Randnrn. 40 und 41 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Feststellungen, wonach eBay auf dieser Website Werbung für Angebote zum Verkauf von in Hongkong (China) befindlichen Erzeugnissen der Marke Shu Uemura getrieben hat.
- 53 eBay bestreitet, dass dieses Feilbieten auf seinem Online-Marktplatz die durch Marken verliehenen Rechte verletzen könne. Mit seinen Vorabentscheidungsfragen 1, 2, 3, 4 und 7 möchte das vorlegende Gericht wissen, ob dieser Standpunkt von eBay zutrifft.
- 54 Bevor diese Fragen geprüft werden, ist — wie es auch der Generalanwalt in Nr. 79 seiner Schlussanträge getan hat — darauf hinzuweisen, dass die durch Marken verliehenen ausschließlichen Rechte grundsätzlich nur gegenüber Wirtschaftsteilnehmern geltend gemacht werden können. Dem Inhaber einer Marke ist es nämlich nur dann gestattet, die Benutzung eines mit dieser Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten zu verbieten, wenn diese Benutzung im geschäftlichen Verkehr erfolgt (vgl. u. a. Urteile vom 16. November 2004, *Anheuser-Busch*, C-245/02, Slg. 2004, I-10989, Randnr. 62, und vom 18. Juni 2009, *L'Oréal u. a.*, C-487/07, Slg. 2009, I-5185, Randnr. 57).
- 55 Verkauft daher eine natürliche Person ein Markenprodukt mittels eines Online-Marktplatzes, ohne dass diese Transaktion im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit dieser Person stattfindet, kann sich der Inhaber der Marke nicht auf sein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 berufen. Weisen hingegen die auf einem solchen Marktplatz getätigten Verkäufe aufgrund ihres Umfangs, ihrer Häufigkeit oder anderer Merkmale über die

Sphäre einer privaten Tätigkeit hinaus, bewegt sich der Verkäufer im Rahmen des „geschäftlichen Verkehrs“ im Sinne dieser Artikel.

- 56 Im Urteil vom 22. Mai 2009 stellte das vorliegende Gericht fest, dass Herr Potts, eine der beklagten natürlichen Personen, mittels der Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) mit L'Oréal-Marken versehene Artikel in großer Zahl verkauft hatte. Daraus zog es den Schluss, dass diese Person als Geschäftsmann gehandelt hatte. In Bezug auf Frau Ratchford, Frau Ormsby, Frau Clarke und Frau Bi sowie Herrn Clarke und Herrn Fox wurden ähnliche Feststellungen getroffen.
- 57 Da die in Randnr. 51 des vorliegenden Urteils erwähnten Verkaufsangebote und Verkäufe, die mit einer Benutzung von Zeichen einhergingen, die mit Marken, deren Inhaberin L'Oréal ist, identisch oder diesen ähnlich sind, im Rahmen des „geschäftlichen Verkehrs“ erfolgten und zudem nicht bestritten ist, dass L'Oréal hierfür keine Zustimmung erteilt hat, ist zu prüfen, ob diese in Anbetracht aller in Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegten Regeln und der zu diesen Artikeln ergangenen Rechtsprechung sich diesen Verkaufsangeboten und diesen Verkäufen widersetzen konnte.

2. Zum Feilbieten von Markenprodukten, die vom Inhaber dieser Marke zum Verkauf in Drittstaaten bestimmt sind, mittels eines für Verbraucher in der Union bestimmten Online-Marktplatzes

- 58 Mit seiner siebten Frage, die zuerst zu prüfen ist, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob sich der Inhaber einer in einem Mitgliedstaat der Union eingetragenen Marke oder einer Gemeinschaftsmarke gemäß den in Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegten Regeln dem auf einem Online-Marktplatz erscheinenden Angebot zum Verkauf von Artikeln dieser Marke, die zuvor noch nicht im EWR oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, in der Union in den Verkehr

gebracht wurden, schon deshalb widersetzen kann, weil sich das Verkaufsangebot an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richtet.

- 59 Die in Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegte Regel gewährt dem Markeninhaber ein ausschließliches Recht, das ihm gestattet, Dritten zu verbieten, mit seiner Marke versehene Waren einzuführen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, während in Art. 7 dieser Richtlinie und Art. 13 dieser Verordnung eine Ausnahme von dieser Regel dahin vorgesehen ist, dass Erschöpfung des Rechts eintritt, wenn die Waren vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, in der Union in den Verkehr gebracht wurden (vgl. u. a. Urteile vom 30. November 2004, *Peak Holding*, C-16/03, Slg. 2004, I-11313, Randnr. 34, vom 15. Oktober 2009, *Makro Zelfbedieningsgroothandel u. a.*, C-324/08, Slg. 2009, I-10019, Randnr. 21, und vom 3. Juni 2010, *Coty Prestige Lancaster Group*, C-127/09, Slg. 2010, I-4965, Randnrn. 28 und 46).
- 60 In dem im Rahmen der vorliegenden Frage geprüften Fall, in dem die Waren zu keinem Zeitpunkt vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht worden sind, kann die in Art. 7 der Richtlinie 89/104 und Art. 13 der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegte Ausnahme keine Anwendung finden. Der Gerichtshof hat hierzu mehrfach entschieden, dass es entscheidend ist, dass der Inhaber einer in einem Mitgliedstaat angemeldeten Marke das erste Inverkehrbringen der mit dieser Marke versehenen Waren im EWR kontrollieren kann (vgl. u. a. Urteile vom 20. November 2001, *Zino Davidoff und Levi Strauss*, C-414/99 bis C-416/99, Slg. 2001, I-8691, Randnr. 33, *Peak Holding*, Randnrn. 36 und 37, und *Makro Zelfbedieningsgroothandel u. a.*, Randnr. 32).
- 61 eBay erkennt diese Grundsätze zwar an, trägt aber vor, dass sich der Inhaber einer in einem Mitgliedstaat angemeldeten Marke oder einer Gemeinschaftsmarke nicht mit Erfolg auf das durch diese Marke verliehene ausschließliche Recht berufen könne, solange sich die mit ihr versehenen und auf einem Online-Marktplatz feilgebotenen Waren in einem Drittstaat befänden und nicht notwendigerweise in das durch diese Marke erfasste Gebiet verbracht würden. *L'Oréal*, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die italienische, die polnische und die portugiesische Regierung sowie die

Europäische Kommission vertreten demgegenüber die Ansicht, dass die Regeln der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 ab dem Zeitpunkt zur Anwendung gelangten, zu dem sich herausstelle, dass sich das Angebot zum Verkauf des in einem Drittstaat befindlichen Markenprodukts an Verbraucher in dem durch die Marke erfassten Gebiet richte.

- 62 Dem letztgenannten Vorbringen ist zu folgen. Andernfalls wären nämlich die Wirtschaftsteilnehmer, die sich des elektronischen Handels bedienen, indem sie auf einem für Verbraucher in der Union bestimmten Online-Marktplatz in einem Drittstaat befindliche Markenprodukte feilbieten, die auf dem Bildschirm sichtbar gemacht und mittels dieses Marktplatzes bestellt werden können, hinsichtlich derartiger Verkaufsangebote in keiner Weise verpflichtet, die Regeln der Union auf dem Gebiet des geistigen Eigentums zu beachten. Eine solche Situation würde die praktische Wirksamkeit dieser Regeln beeinträchtigen.
- 63 Hierzu genügt der Hinweis, dass nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. b und d der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 2 Buchst. b und d der Verordnung Nr. 40/94 die Benutzung von mit Marken identischen oder ihnen ähnlichen Zeichen, der sich die Markeninhaber widersetzen können, durch Dritte, die Benutzung solcher Zeichen in Verkaufsangeboten und in der Werbung einschließt. Wie der Generalanwalt in Nr. 127 seiner Schlussanträge und die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt haben, würde es die Effektivität dieser Regeln beeinträchtigen, würde die Benutzung eines Zeichens, das mit einer in der Union eingetragenen Marke identisch oder ihr ähnlich ist, in einem Verkaufsangebot oder bei an Verbraucher in der Union gerichteter Werbung im Internet der Anwendung dieser Regeln nur deshalb entgehen, weil der hinter diesem Angebot oder dieser Werbung stehende Dritte in einem Drittstaat ansässig ist, weil der Server der von ihm benutzten Website in einem solchen Staat angesiedelt ist oder weil sich die Ware, die Gegenstand dieses Angebots oder dieser Werbung ist, in einem Drittstaat befindet.
- 64 Allerdings lässt sich nicht schon aus der bloßen Zugänglichkeit einer Website in dem durch die Marke erfassten Gebiet darauf schließen, dass sich die auf ihr angezeigten Verkaufsangebote an Verbraucher in diesem Gebiet richteten (vgl. entsprechend

Urteil vom 7. Dezember 2010, Pammer und Hotel Alpenhof, C-585/08 und C-144/09, Slg. 2010, I-12577, Randnr. 69). Würde nämlich die Zugänglichkeit zu einem Online-Marktplatz in diesem Gebiet dafür ausreichen, dass die dort eingeblendeten Anzeigen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 fallen, unterlägen Websites und Anzeigen, die zwar offensichtlich ausschließlich an Verbraucher in Drittstaaten gerichtet, gleichwohl aber im Gebiet der Union technisch zugänglich sind, ungerechtfertigterweise dem Unionsrecht.

- <sup>65</sup> Es ist daher Sache der nationalen Gerichte, im Einzelfall zu prüfen, ob relevante Indizien vorliegen, die darauf schließen lassen, dass sich ein Verkaufsangebot, das auf einem Online-Marktplatz angezeigt wird, der in dem durch die Marke erfassten Gebiet zugänglich ist, an dort ansässige Verbraucher richtet. Gehen mit dem Verkaufsangebot Angaben der geografischen Gebiete einher, in die der Verkäufer bereit ist, die Ware zu liefern, kommt derartigen Angaben im Rahmen dieser Prüfung eine besondere Bedeutung zu.
- <sup>66</sup> Im Ausgangsverfahren zeigt sich in Ermangelung gegenteiliger Beweise, dass die Website mit der Adresse [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) an Verbraucher in dem Gebiet gerichtet ist, das durch die geltend gemachten nationalen und Gemeinschaftsmarken erfasst wird, so dass die Verkaufsangebote auf dieser Website, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, in den Anwendungsbereich der Unionsnormen im Bereich des Markenschutzes fallen.
- <sup>67</sup> Demnach ist auf die siebte Vorlagefrage zu antworten, dass in einem Fall, in dem in einem Drittstaat befindliche Waren, die mit einer in einem Mitgliedstaat der Union eingetragenen Marke oder einer Gemeinschaftsmarke versehen sind und zuvor im EWR oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, in der Union noch nicht in den Verkehr gebracht wurden, von einem Wirtschaftsteilnehmer mittels eines Online-Marktplatzes und ohne Zustimmung des Inhabers dieser Marke an einen Verbraucher in dem durch diese Marke erfassten Gebiet verkauft werden oder auf einem solchen, für Verbraucher in diesem Gebiet bestimmten Platz feilgeboten oder beworben werden, der Markeninhaber sich diesem Verkauf, diesem Feilbieten oder dieser Werbung gemäß den in Art. 5 der Richtlinie 89/104 oder Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94

niedergelegten Regeln widersetzen kann. Es ist Sache der nationalen Gerichte, im Einzelfall zu prüfen, ob relevante Indizien vorliegen, die darauf schließen lassen, dass sich ein Verkaufsangebot oder eine Werbung, die auf einem Online-Marktplatz angezeigt werden, der in diesem Gebiet zugänglich ist, an dort ansässige Verbraucher richtet.

### 3. Zum Angebot des Verkaufs von Testartikeln und Proben

- <sup>68</sup> Es steht fest, dass zur Zeit der vom vorlegenden Gericht geprüften Ereignisse die beklagten natürlichen Personen auch von L'Oréal ihren Vertragshändlern unentgeltlich zur Verfügung gestellte Testartikel und Proben auf der Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) feilgeboten haben.
- <sup>69</sup> Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Inverkehrbringen im Sinne der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 vorliegt, wenn der Inhaber einer Marke mit dieser versehene Artikel, die dazu dienen, Verbrauchern in zugelassenen Einzelhandelsgeschäften Produkte zu zeigen, sowie ebenfalls mit dieser Marke versehene Flakons, aus denen kleine Mengen entnommen werden können, die als kostenlose Proben an Verbraucher abgegeben werden, zur Verfügung stellt.
- <sup>70</sup> Dieses Gericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass L'Oréal ihre Vertragshändler deutlich darauf hingewiesen hatte, dass sie diese, im Übrigen oft mit der Aufschrift „nicht zum Verkauf bestimmt“ versehenen Artikel oder Flakons nicht verkaufen dürfen.

- 71 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, werden, wenn der Inhaber einer Marke diese auf Gegenständen anbringt, die er kostenlos abgibt, um für den Verkauf seiner Waren zu werben, diese Gegenstände selbst nicht mit dem Ziel vertrieben, auf den Markt der Waren vorzudringen (vgl. Urteil vom 15. Januar 2009, Silberquelle, C-495/07, Slg. 2009, I-137, Randnrn. 20 bis 22). Die kostenlose Abgabe solcher Artikel stellt daher grundsätzlich kein Inverkehrbringen derselben durch diesen Inhaber dar.
- 72 Der Gerichtshof hat weiter festgestellt, dass, wenn der Inhaber einer Marke auf Artikeln wie Parfümtestern die Aufschrift „Demonstration“ und „nicht zum Verkauf bestimmt“ anbringt, dies in Ermangelung gegenteiliger Beweise der Annahme einer Zustimmung des Markeninhabers zum Inverkehrbringen dieser Artikel entgegensteht (vgl. Urteil Coty Prestige Lancaster Group, Randnrn. 43, 46 und 48).
- 73 Unter diesen Umständen ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass in Ermangelung gegenteiliger Beweise kein Inverkehrbringen im Sinne der Richtlinie 89/104 oder der Verordnung Nr. 40/94 vorliegt, wenn der Inhaber einer Marke mit dieser versehene Artikel, die dazu dienen, Verbrauchern in zugelassenen Einzelhandelsgeschäften Produkte zu zeigen, sowie mit dieser Marke versehene Flakons, aus denen kleine Mengen entnommen werden können, die als kostenlose Proben an Verbraucher abgegeben werden, seinen Vertragshändlern zur Verfügung stellt.

#### 4. Zum Vertrieb unverpackter Waren

- 74 Wie in den Randnrn. 36, 37 und 51 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, wurden Produkte von Marken, deren Inhaberin L'Oréal ist, von mittels des eBay-Marktplatzes tätigen Händlern in einigen Exemplaren ohne Verpackung verkauft.

- 75 Mit seinen Fragen 2, 3 und 4 möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Entfernung der Verpackung von Waren wie den im Ausgangsverfahren fraglichen das ausschließliche Recht des Inhabers der auf diesen Waren angebrachten Marke verletzt und ihm daher gestattet, sich dem Weiterverkauf von Waren zu widersetzen, deren Verpackung in dieser Weise entfernt wurde.
- 76 In Anbetracht des Umstands, dass es sich bei den im Ausgangsverfahren fraglichen Waren, deren Verpackung in dieser Weise entfernt wurde, überwiegend um kosmetische Mittel handelt, ersucht das vorlegende Gericht darum, diese Fragen unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768 zu beantworten, wonach kosmetische Mittel nur dann in den Verkehr gebracht werden können, wenn ihre Behältnisse und Verpackungen u. a. die Angaben der Identität des Herstellers oder der Person, die für das Inverkehrbringen verantwortlich ist, der Zusammensetzung des Erzeugnisses (Inhalt und Liste der Bestandteile), zur Verwendung des Erzeugnisses (Verwendungszweck und besondere Vorsichtsmaßnahmen für den Gebrauch) und zu dessen Aufbewahrung (Mindesthaltbarkeitsdatum) tragen. Es möchte insoweit im Wesentlichen wissen, ob der Inhaber einer Marke kraft seines ausschließlichen Rechts im Sinne der Richtlinie 89/104 oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, der Verordnung Nr. 40/94, sich dem Weiterverkauf von mit dieser Marke versehenen Waren widersetzen kann, wenn dieses Inverkehrbringen unter Verstoß gegen die in dieser Bestimmung der Richtlinie 76/768 genannten Anforderungen erfolgt ist.
- 77 L'Oréal ist wie die französische, die polnische und die portugiesische Regierung sowie die Kommission der Ansicht, dass die Verpackung, unabhängig von der Frage, ob ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/768 vorliegt, ein wesentlicher Bestandteil des Images von Parfum und kosmetischen Mitteln sei. Der Inhaber der auf diesen Waren und dieser Verpackung angebrachten Marke müsse sich demzufolge einem Weiterverkauf dieser Waren in unverpacktem Zustand widersetzen können. eBay hebt demgegenüber hervor, dass im Parfum- und Kosmetiksektor häufig der Flakon oder das Behältnis der Ware, nicht aber die Verpackung für den Prestige- und Luxuscharakter kennzeichnend sei.
- 78 Es ist erstens davon auszugehen, dass in Anbetracht der Vielfalt der Produktpaletten von Parfums und kosmetischen Mitteln die Frage, ob die Entfernung der Verpackung eines solchen Erzeugnisses dessen Image und somit den Ruf der Marke schädigt, mit

der es versehen ist, in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Wie der Generalanwalt in den Nrn. 71 bis 74 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, kann nämlich das Aussehen eines Parfums oder kosmetischen Mittels ohne Verpackung den Prestige- und Luxuscharakter dieses Erzeugnisses zuweilen wirksam vermitteln, während in anderen Fällen das Entfernen dieser Verpackung gerade zu einer Schädigung dieses Images führt.

- 79 Zu einer solchen Schädigung kann es kommen, wenn die Verpackung in gleicher oder stärkerer Weise als der Flakon oder das Behältnis zur Darstellung des vom Markeninhaber und seinen Vertragshändlern geschaffenen Images der Ware beiträgt. Es ist zudem möglich, dass das Fehlen einiger oder sämtlicher der in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768 geforderten Angaben das Image der Ware schädigt. Der Nachweis für die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale dieser Schädigung obliegt dem Markeninhaber.
- 80 Zweitens dient die Marke, deren Hauptfunktion darin besteht, dem Verbraucher die Ursprungsidentität der Ware zu garantieren, insbesondere dem Ausweis dessen, dass die mit dieser Marke versehenen Waren unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder geliefert worden sind, dem sich die Verantwortung für ihre Qualität zuordnen lässt (vgl. u. a. Urteile vom 12. November 2002, Arsenal Football Club, C-206/01, Slg. 2002, I-10273, Randnr. 48, und vom 23. April 2009, Copad, C-59/08, Slg. 2009, I-3421, Randnr. 45).
- 81 Fehlen nun bestimmte gesetzlich geforderte Angaben wie die zur Identifizierung des Herstellers oder der Person, die für das Inverkehrbringen des kosmetischen Mittels verantwortlich ist, wird die herkunftshinweisende Funktion der Marke dadurch beeinträchtigt, dass sie ihrer Hauptfunktion beraubt wird, zu garantieren, dass die durch sie gekennzeichneten Waren unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens geliefert werden, dem sich die Verantwortung für ihre Qualität zuordnen lässt.

- 82 Drittens und letztens ist, den Ausführungen des Generalanwalts in Nr. 76 seiner Schlussanträge folgend, festzustellen, dass die Frage, ob das Feilbieten oder der Verkauf von Markenprodukten, deren Verpackung und somit bestimmte kraft Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 76/768 geforderte Angaben fehlen, nach nationalem Recht strafbar ist, keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Unionsnormen im Bereich des Markenschutzes haben kann.
- 83 Demnach ist auf die Vorlagefragen 2, 3 und 4 zu antworten, dass Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 dahin auszulegen sind, dass sich der Inhaber einer Marke kraft des durch diese verliehenen ausschließlichen Rechts dem Weiterverkauf von Waren wie den im Ausgangsverfahren fraglichen mit der Begründung widersetzen kann, dass der Weiterverkäufer die Verpackung dieser Waren entfernt habe, sofern dieses Entfernen der Verpackung zur Folge hat, dass wesentliche Angaben wie die zur Identifizierung des Herstellers oder der Person, die für das Inverkehrbringen des kosmetischen Mittels verantwortlich ist, fehlen. Hat das Entfernen der Verpackung nicht zu einem solchen Fehlen von Angaben geführt, kann sich der Markeninhaber gleichwohl dem widersetzen, dass ein Parfum oder ein kosmetisches Mittel, das mit einer Marke versehen ist, deren Inhaber er ist, in unverpacktem Zustand verkauft wird, wenn er nachweist, dass das Entfernen der Verpackung das Image dieser Ware und somit den Ruf der Marke geschädigt hat.

*B — Zu den Fragen 5 und 6, betreffend die Werbung des Betreibers des Online-Marktplatzes für seine Website und die dort angebotenen Waren*

- 84 Aus dem in den Randnrn. 39 bis 42 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ergibt sich, dass eBay durch die Auswahl von L'Oréal-Marken entsprechenden Schlüsselwörtern beim Betreiber der Google-Suchmaschine immer dann, wenn Internetnutzer eine diese Wörter enthaltende Suchanfrage an diese Suchmaschine richteten, einen Werbelink zur Website [www.ebay.co.uk](http://www.ebay.co.uk) erscheinen ließ, mit dem ein geschäftlicher Hinweis auf die Möglichkeit einherging, mittels

dieser Website Waren der gesuchten Marke zu erwerben. Dieser Werbelink erschien in der Rubrik „sponsored links“ (deutsche Google-Fassung: „Anzeigen“), die sich entweder am rechten Bildrand oder im oberen Teil des Bildschirms befand, auf dem die Ergebnisse der Suchanfrage von Google angezeigt wurden.

- <sup>85</sup> Es steht fest, dass der Betreiber des Online-Marktplatzes in einem solchen Fall ein Werbender ist. Er lässt Links und Botschaften erscheinen, die, wie der Generalanwalt in Nr. 89 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, Werbung nicht nur für bestimmte Verkaufsangebote auf diesem Marktplatz, sondern auch für diesen Marktplatz als solchen darstellen. Die vom vorlegenden Gericht neben weiteren Beispielen angeführten und in den Randnrn. 40 und 42 des vorliegenden Urteils dargestellten Werbeanzeigen veranschaulichen diese Praxis.
- <sup>86</sup> Mit seinen Fragen 5 und 6, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 dahin auszulegen sind, dass es dem Inhaber einer Marke gestattet ist, dem Betreiber eines Online-Marktplatzes zu verbieten, anhand eines mit dieser Marke identischen Schlüsselworts, das im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes von diesem Betreiber ohne Zustimmung des Markeninhabers ausgewählt wurde, für diesen Marktplatz und die dort angebotenen Waren dieser Marke zu werben.
- <sup>87</sup> In Bezug auf die im Internet erscheinende Werbung anhand von Schlüsselwörtern, die Marken entsprechen, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass ein solches Schlüsselwort das vom Werbenden verwendete Mittel ist, um das Erscheinen seiner Anzeige auszulösen, und daher Gegenstand einer Benutzung „im geschäftlichen Verkehr“ im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 ist (Urteile vom 23. März 2010, Google France und Google, C-236/08 bis C-238/08, Slg. 2010, I-2417, Randnrn. 51 und 52, und vom 25. März 2010, BergSpechte, C-278/08, Slg. 2010, I-2517, Randnr. 18).

- 88 Um festzustellen, ob eine derartige Werbung auch die übrigen Bedingungen erfüllt, die nach den in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 niedergelegten Regeln erfüllt sein müssen, damit der Markeninhaber sich ihr widersetzen kann, ist zum einen zu prüfen, ob Anzeigen, wie sie von eBay mittels eines Referenzierungsdienstes wie dem von Google zur Verfügung gestellten eingeblendet werden, für Waren oder Dienstleistungen geschaltet sind, die mit denen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, und zum anderen, ob solche Anzeigen eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen oder beeinträchtigen können (vgl. Urteil BergSpechte, Randnr. 21).
- 89 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass, soweit eBay L'Oréal-Marken entsprechende Schlüsselwörter benutzt hat, um für ihren eigenen Dienst zu werben, der darin besteht, Verkäufern und Käufern von Waren einen Online-Marktplatz zur Verfügung zu stellen, diese Benutzung weder 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 für Waren oder Dienstleistungen erfolgt ist, „die mit denjenigen identisch sind, für die [die Marke] eingetragen ist“, noch im Übrigen für Waren oder Dienstleistungen, die diesen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie und Art. 9 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung ähnlich sind.
- 90 Diese Benutzung von L'Oréal-Marken entsprechenden Schlüsselwörtern durch eBay für Zwecke der Werbung für ihren Online-Marktplatz wird daher allenfalls auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 40/94 geprüft werden können, da diese Bestimmungen für bekannte Marken einen Schutz einführen, der über den in Abs. 1 Buchst. a und b dieser Artikel vorgesehenen Schutz hinausgeht und insbesondere den Fall erfasst, in dem der Dritte diesen Marken entsprechende Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die nicht den Waren oder Dienstleistungen ähnlich sind, für die diese Marken eingetragen sind.
- 91 Weiter ist festzustellen, dass eBay, soweit sie L'Oréal-Marken entsprechende Schlüsselwörter benutzt hat, um für Angebote zum Verkauf von Markenprodukten ihrer als Verkäufer auftretenden Kunden zu werben, diese Schlüsselwörter für Waren oder

Dienstleistungen benutzt hat, die mit denjenigen identisch sind, für die diese Marken eingetragen sind. Insoweit ist zu beachten, dass sich die Wendung „für Waren oder Dienstleistungen“ nicht ausschließlich auf die Waren oder Dienstleistungen des Dritten bezieht, der den Marken entsprechende Zeichen benutzt, sondern sich auch auf die Waren oder Dienstleistungen anderer Personen beziehen kann. Der Umstand nämlich, dass ein Wirtschaftsteilnehmer ein einer Marke entsprechendes Zeichen für Waren benutzt, die in dem Sinne, dass er keine Rechte an ihnen hat, nicht seine eigenen sind, verhindert für sich genommen nicht, dass diese Benutzung unter Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 fällt (vgl. Urteil Google France und Google, Randnr. 60, und Beschluss vom 19. Februar 2009, UDV North America, C-62/08, Slg. 2009, I-1279, Randnr. 43).

- 92 Gerade in dem Fall, dass der Erbringer einer Dienstleistung ein einer fremden Marke entsprechendes Zeichen benutzt, um für Waren zu werben, die einer seiner Kunden mit Hilfe dieser Dienstleistung vermarktet, hat der Gerichtshof entschieden, dass diese Benutzung in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 fällt, sofern das Zeichen in der Weise benutzt wird, dass eine Verbindung zwischen dem Zeichen und der Dienstleistung hergestellt wird (vgl. Beschluss UDV North America, Randnr. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 93 Wie der Generalanwalt in Nr. 89 seiner Schlussanträge und die französische Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt haben, ist unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eine solche Verbindung gegeben. Die von eBay geschalteten Anzeigen rufen nämlich eine offenkundige Assoziation zwischen den in diesen Anzeigen erwähnten Markenprodukten und der Möglichkeit hervor, sie über eBay zu erwerben.
- 94 Was schließlich die Frage betrifft, ob die Benutzung eines einer Marke entsprechenden Schlüsselworts eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann, hat der Gerichtshof in anderen Rechtssachen ausgeführt, dass eine solche Beeinträchtigung gegeben ist, wenn aus der Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer 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 (Urteile Google France und Google, Randnr. 99, und vom 8. Juli 2010, Portakabin und Portakabin, C-558/08, Slg. 2010, I-6963, Randnr. 54).

- <sup>95</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bedürfnis nach Transparenz bei Anzeigen im Internet in den Rechtsvorschriften der Union über den elektronischen Geschäftsverkehr unterstrichen wird. In Anbetracht des Interesses der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs und des Verbraucherschutzes wird in Art. 6 der Richtlinie 2000/31 die Regel aufgestellt, dass die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag eine zu einem Dienst der Informationsgesellschaft gehörende kommerzielle Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein muss (Urteil Google France und Google, Randnr. 86).
- <sup>96</sup> Die vom Betreiber eines Online-Marktplatzes stammende und vom Betreiber einer Suchmaschine angezeigte Werbung muss daher auf jeden Fall über die Identität dieses Betreibers sowie darüber informieren, dass die mit der Anzeige beworbenen Markenprodukte mittels des von ihm betriebenen Marktplatzes zum Verkauf angeboten werden.
- <sup>97</sup> Demnach ist auf die Vorlagefragen 5 und 6 zu antworten, dass Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 dahin auszulegen sind, dass es dem Inhaber einer Marke gestattet ist, dem Betreiber eines Online-Marktplatzes zu verbieten, anhand eines mit dieser Marke identischen Schlüsselworts, das im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes von diesem Betreiber ausgewählt wurde, für auf diesem Marktplatz zum Verkauf angebotene Waren dieser Marke zu werben, sofern aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob diese Waren von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.

*C — Zur achten Frage, betreffend die Benutzung von Marken entsprechenden Zeichen in Verkaufsangeboten, die auf der Website des Betreibers des Online-Marktplatzes angezeigt werden*

- <sup>98</sup> Mit seiner achten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, wie die Anzeige von mit Marken identischen oder ihnen ähnlichen Zeichen auf der Website des Betreibers des Online-Marktplatzes in Anbetracht der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 zu qualifizieren ist.
- <sup>99</sup> Hierzu ist zunächst festzustellen, dass im mittels Online-Marktplätzen durchgeführten Handel die Dienstleistung, die der Betreiber eines solchen Platzes für seine als Verkäufer auftretenden Kunden erbringt, die Anzeige der von diesen stammenden Verkaufsangebote einschließt.
- <sup>100</sup> Sodann werden, wenn sich solche Angebote auf Markenprodukte beziehen, auf der Website des Betreibers des Marktplatzes unausweichlich mit Marken identische oder ihnen ähnliche Zeichen erscheinen.
- <sup>101</sup> Zwar werden diese Zeichen unter diesen Umständen auf der genannten Website „benutzt“, jedoch geht daraus nicht hervor, dass diese Benutzung im Sinne der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 durch den Betreiber des Marktplatzes erfolgte.
- <sup>102</sup> Die „Benutzung“ eines mit der Marke des Inhabers identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 setzt nämlich zumindest voraus, dass der Dritte das Zeichen im Rahmen seiner eigenen kommerziellen Kommunikation benutzt. Soweit dieser Dritte aber eine Dienstleistung erbringt, die darin besteht, seinen Kunden zu ermöglichen, im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeiten wie ihrer Verkaufsangebote

Marken entsprechende Zeichen auf seiner Website erscheinen zu lassen, benutzt er im Sinne der genannten Rechtsvorschriften der Union diese Zeichen auf dieser Website nicht selbst (vgl. in diesem Sinne Urteil Google France und Google, Randnrn. 56 und 57).

- <sup>103</sup> Wie insbesondere die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission in der mündlichen Verhandlung sowie der Generalanwalt in den Nrn. 119 und 120 seiner Schlussanträge ausgeführt haben, folgt daraus, dass die Benutzung von mit Marken identischen oder ihnen ähnlichen Zeichen in Verkaufsangeboten, die auf einem Online-Marktplatz angezeigt werden, durch die als Verkäufer auftretenden Kunden des Betreibers dieses Marktplatzes, nicht aber durch diesen Betreiber selbst erfolgt.
- <sup>104</sup> Soweit er seinen Kunden diese Benutzung ermöglicht, kann die Rolle des Betreibers des Online-Marktplatzes nicht nach den Bestimmungen der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94, sondern muss nach anderen Rechtsvorschriften beurteilt werden, etwa denen der Richtlinie 2000/31, insbesondere ihres Kapitels II Abschnitt 4, der die „Verantwortlichkeit der Vermittler“ im elektronischen Geschäftsverkehr betrifft und die Art. 12 bis 15 dieser Richtlinie umfasst (vgl. entsprechend Urteil Google France und Google, Randnr. 57).
- <sup>105</sup> Demnach ist auf die achte Vorlagefrage zu antworten, dass der Betreiber eines Online-Marktplatzes mit Marken identische oder ihnen ähnliche Zeichen, die in auf seiner Website angezeigten Verkaufsangeboten erscheinen, nicht im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 „benutzt“.

*D — Zur neunten Frage, betreffend die Verantwortlichkeit des Betreibers des Online-Marktplatzes*

<sup>106</sup> Mit seiner neunten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen,

- ob die vom Betreiber eines Online-Marktplatzes erbrachte Dienstleistung unter Art. 14 Abs. 1 (Hosting) der Richtlinie 2000/31 fällt und, falls diese Frage bejaht wird,
  
- unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass der Betreiber eines Online-Marktplatzes „Kenntnis“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 hat.

1. Zum Hosting durch den Betreiber des Online-Marktplatzes hinsichtlich der Angaben, die von seinen als Verkäufer auftretenden Kunden eingegeben werden

<sup>107</sup> Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, sollen die Art. 12 bis 15 der Richtlinie 2000/31 die Fälle beschränken, in denen nach dem einschlägigen nationalen Recht die Vermittler von Diensten der Informationsgesellschaft zur Verantwortung gezogen werden können. Die Voraussetzungen für die Feststellung einer solchen Verantwortlichkeit sind daher dem nationalen Recht zu entnehmen, wobei jedoch nach den vorgenannten Artikeln dieser Richtlinie in bestimmten Fällen keine Verantwortlichkeit dieser Vermittler festgestellt werden darf (Urteil Google France und Google, Randnr. 107).

- 108 Somit hat zwar das vorliegende Gericht zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit wie die von L'Oréal gegenüber eBay geltend gemachte gegeben ist, doch hat der Gerichtshof zu prüfen, ob der Betreiber eines Online-Marktplatzes sich auf die in der Richtlinie 2000/31 festgelegte Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit berufen kann.
- 109 Wie insbesondere die Regierung des Vereinigten Königreichs, die polnische Regierung und die Kommission sowie der Generalanwalt in Nr. 134 seiner Schlussanträge ausgeführt haben, handelt es sich bei einem Internetdienst, der darin besteht, den Kontakt zwischen Verkäufern und Käufern von Gegenständen zu erleichtern, grundsätzlich um einen Dienst im Sinne der Richtlinie 2000/31. Diese Richtlinie betrifft, wie ihr Titel angibt, „Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs“. Aus der in den Randnrn. 8 und 9 des vorliegenden Urteils angeführten Definition des Begriffs „Dienst der Informationsgesellschaft“ geht hervor, dass er die Dienstleistungen umfasst, die im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten auf individuellen Abruf eines Empfängers und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Es liegt auf der Hand, dass beim Betrieb eines Online-Marktplatzes alle diese Merkmale erfüllt sein können.
- 110 Hinsichtlich des im Ausgangsverfahren fraglichen Online-Marktplatzes ist unstrittig, dass eBay von ihren Kunden eingegebene Daten speichert, d. h. in den Speicher ihres Servers schreibt. Diese Speicherung nimmt eBay immer dann vor, wenn ein Kunde ein Verkäuferkonto bei ihr einrichtet und ihr die Daten seiner Verkaufsangebote zur Verfügung stellt. Eine Vergütung erhält eBay im Übrigen in der Regel dadurch, dass sie für die anhand dieser Verkaufsangebote getätigten Geschäfte einen Prozentsatz in Rechnung stellt.
- 111 Der Umstand, dass die vom Betreiber eines Online-Marktplatzes erbrachte Dienstleistung die Speicherung von Informationen umfasst, die ihm von seinen als Verkäufer auftretenden Kunden übermittelt werden, reicht als solcher jedoch nicht aus, um darauf zu schließen, dass diese Dienstleistung unter allen Umständen in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 fällt. Diese Bestimmung ist

nämlich nicht nur im Hinblick auf ihren Wortlaut, sondern auch unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs und der Ziele auszulegen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (vgl. entsprechend Urteil vom 16. Oktober 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/07, Slg. 2008, I-7841, Randnr. 15 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 112 Der Gerichtshof hat hierzu bereits erläutert, dass die wesentliche Voraussetzung dafür, dass der Anbieter eines Internetdienstes vom Anwendungsbereich des Art. 14 der Richtlinie 2000/31 erfasst werden kann, darin besteht, dass er „Vermittler“ in dem vom Gesetzgeber im Rahmen von Kapitel II Abschnitt 4 dieser Richtlinie gewollten Sinne ist (vgl. Urteil Google France und Google, Randnr. 112).
- 113 Dies ist nicht der Fall, wenn der Anbieter des Dienstes, anstatt sich darauf zu beschränken, diesen mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen, eine aktive Rolle spielt, die ihm eine Kenntnis dieser Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte (Urteil Google France und Google, Randnrn. 114 und 120).
- 114 Der Akte und der Darstellung in den Randnrn. 28 bis 31 des vorliegenden Urteils ist zu entnehmen, dass eBay die von ihren als Verkäufer auftretenden Kunden eingegebenen Daten verarbeitet. Die Käufe, zu denen diese Angebote führen können, erfolgen nach von eBay festgelegten Modalitäten. Gegebenenfalls leistet sie auch Hilfestellung mit dem Ziel, bestimmte Verkaufsangebote zu optimieren oder zu bewerben.
- 115 Wie die Regierung des Vereinigten Königreichs zutreffend bemerkt hat, kann der bloße Umstand, dass der Betreiber eines Online-Marktplatzes die Verkaufsangebote auf seinem Server speichert, die Modalitäten für seinen Dienst festlegt, für diesen eine Vergütung erhält und seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt, nicht dazu führen, dass die in der Richtlinie 2000/31 hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen auf ihn keine Anwendung finden (vgl. entsprechend Urteil Google France und Google, Randnr. 116).

- 116 Hat dieser Betreiber hingegen Hilfestellung geleistet, die u. a. darin bestand, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, ist davon auszugehen, dass er zwischen dem fraglichen als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung eingenommen, sondern eine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte. Hinsichtlich dieser Daten kann er sich mithin nicht auf die in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 genannte Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit berufen.
- 117 Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob eBay in Bezug auf die im Ausgangsverfahren fraglichen Verkaufsangebote eine Rolle wie die in der vorstehenden Randnummer beschriebene gespielt hat.

## 2. Zur Frage, ob der Betreiber des Online-Marktplatzes „Kenntnis“ hatte

- 118 Sollte das vorliegende Gericht zu dem Ergebnis gelangen, dass eBay nicht in der in Randnr. 116 des vorliegenden Urteils angesprochenen Weise gehandelt hat, wird es zu prüfen haben, ob dieses Unternehmen unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen die Voraussetzungen erfüllt hat, von denen Art. 14 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2000/31 die Inanspruchnahme der Ausnahme im Bereich der Verantwortlichkeit abhängig macht (vgl. entsprechend Urteil Google France und Google, Randnr. 120).
- 119 In dem Fall nämlich, in dem sich dieser Anbieter auf eine rein technische und automatische Verarbeitung der Daten beschränkt hat und dementsprechend die in Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 niedergelegte Regel auf ihn anwendbar ist, kann er nach diesem Art. 14 Abs. 1 von jeder Verantwortlichkeit für die von ihm gespeicherten rechtswidrigen Daten gleichwohl nur dann freigestellt werden, wenn er „keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“ hatte und, in Bezug auf Schadensersatzansprüche, sich auch „keiner Tatsachen oder Umstände bewusst [war], aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich

wird“, oder wenn er, nachdem er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hatte, unverzüglich tätig wurde, um die fraglichen Daten zu löschen oder den Zugang zu ihnen zu sperren.

- 120 Da das Ausgangsverfahren zu einer Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz führen kann, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eBay in Bezug auf die fraglichen Verkaufsangebote und insoweit, als diese L'Oréal-Marken verletzt haben, „sich [etwaiger] Tatsachen oder Umstände bewusst [war], aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird“. In dieser letztgenannten Hinsicht ist dem Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft die Inanspruchnahme der in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 vorgesehenen Ausnahme von der Verantwortlichkeit schon dann verwehrt, wenn er sich etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen und nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie hätte vorgehen müssen.
- 121 Damit den in Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/31 niedergelegten Regeln nicht die praktische Wirksamkeit genommen wird, sind sie im Übrigen dahin auszulegen, dass sie alle Fälle erfassen, in denen sich der betreffende Anbieter in der einen oder anderen Weise solcher Tatsachen oder Umstände bewusst war.
- 122 Damit ist u. a. die Situation erfasst, in der der Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgrund einer aus eigenem Antrieb vorgenommenen Prüfung feststellt, dass eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information vorliegt, wie auch die, in der ihm das Vorliegen einer solchen Tätigkeit oder einer solchen Information angezeigt wird. Zwar kann im zweitgenannten Fall eine Anzeige nicht ohne Weiteres dazu führen, dass die Inanspruchnahme der in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 vorgesehenen Ausnahme von der Verantwortlichkeit ausgeschlossen wäre, da sich Anzeigen vermeintlich rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen als unzureichend genau und substantiiert erweisen können, doch stellt eine solche Anzeige in der Regel einen Anhaltspunkt dar, dem das nationale Gericht bei der Würdigung Rechnung zu tragen hat, ob sich der Betreiber in Anbetracht der ihm so übermittelten Informationen etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen.

- 123 Demnach ist auf die neunte Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 dahin auszulegen ist, dass er auf den Betreiber eines Online-Marktplatzes Anwendung findet, sofern dieser keine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie ermöglicht. Dieser Betreiber spielt eine solche Rolle, wenn er Hilfestellung leistet, die u. a. darin besteht, die Präsentation der fraglichen Verkaufsangebote zu optimieren oder diese zu bewerben.
- 124 Hat der Betreiber des Online-Marktplatzes keine aktive Rolle im Sinne der vorstehenden Randnummer gespielt und fällt die Erbringung seines Dienstes folglich in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31, kann er sich in einer Rechtssache, die zu einer Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz führen kann, gleichwohl nicht auf die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme von der Verantwortlichkeit berufen, wenn er sich etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit der fraglichen Verkaufsangebote hätte feststellen müssen, und er, falls ein solches Bewusstsein gegeben war, nicht unverzüglich nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung tätig geworden ist.

*E — Zur zehnten Frage, betreffend gerichtliche Anordnungen gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes*

- 125 Mit seiner zehnten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen,
- ob Art. 11 der Richtlinie 2004/48 von den Mitgliedstaaten verlangt, den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums die Möglichkeit einzuräumen, dem Betreiber einer Website, wie dem eines Online-Marktplatzes, durch die ihre Rechte verletzt wurden, gerichtliche Anordnungen erteilen zu lassen, mit denen diesem Betreiber aufgegeben wird, Maßnahmen zu ergreifen, um künftigen Verletzungen dieser Rechte vorzubeugen, und, falls diese Frage bejaht wird,

— welche Anordnungen dies sein könnten.

- <sup>126</sup> Nach Auffassung von eBay kann eine Anordnung im Sinne dieses Artikels nur spezifische und klar umrissene Verletzungen eines Rechts des geistigen Eigentums betreffen. L'Oréal, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die französische, die italienische, die polnische und die portugiesische Regierung sowie die Kommission sind der Ansicht, dass die Anordnungen im Sinne der Richtlinie 2004/48 auch dazu dienen können, künftigen Verletzungen vorzubeugen, sofern bestimmte Beschränkungen berücksichtigt würden.
- <sup>127</sup> Wie der Vorlageentscheidung zu entnehmen ist, betrifft die gestellte Frage insbesondere Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, „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“. Mit ihr soll festgestellt werden, ob diese Bestimmung die Mitgliedstaaten verpflichtet, zu gewährleisten, dass der Betreiber des Online-Marktplatzes, unabhängig von seiner etwaigen eigenen Verantwortlichkeit in den streitigen Sachverhalten, gezwungen werden kann, neben den Maßnahmen, mit denen Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums durch die Nutzer seiner Dienste abgestellt werden sollen, Maßnahmen zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen zu treffen.

1. Zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihren Gerichten die Befugnis zu verleihen, den Anbietern von Onlinediensten Maßnahmen zur Vorbeugung gegen künftige Verletzungen des geistigen Eigentums aufzugeben

- <sup>128</sup> Für die Feststellung, ob die Anordnungen im Sinne von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 auch die Vorbeugung gegen erneute Verletzungen zum Gegenstand haben, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verwendung des Begriffs „Anordnung“ in Art. 11 Satz 3 dieser Richtlinie sich wesentlich von der Verwendung des Ausdrucks „Anordnung ... , die ihm die weitere Verletzung des ... Rechts untersagt“ in Art. 11

Satz 1 dieser Richtlinie unterscheidet, da mit diesem Ausdruck die Anordnungen bezeichnet werden, die gegen die Urheber einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums gerichtet werden können.

- 129 Wie insbesondere die polnische Regierung ausgeführt hat, erklärt sich dieser Unterschied dadurch, dass die an einen Verletzer gerichtete Anordnung logischerweise darin besteht, ihm die Fortsetzung des Verstoßes zu verbieten, während die Situation des Anbieters des Dienstes, mittels dessen der Verstoß begangen wird, komplexer und für Anordnungen anderer Art geeignet ist.
- 130 Aus diesem Grund kann der in Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 verwendete Begriff „Anordnung“ der Wendung „Anordnung ...“, die ihm die weitere Verletzung des ... Rechts untersagt“ in Art. 11 Satz 1 dieser Richtlinie nicht gleichgestellt werden.
- 131 Ferner muss in Anbetracht des mit der Richtlinie 2004/48 verfolgten Ziels, dass die Mitgliedstaaten namentlich in der Informationsgesellschaft den effektiven Schutz des geistigen Eigentums sicherstellen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Januar 2008, *Promusicae*, C-275/06, Slg. 2008, I-271, Randnr. 43), die den nationalen Gerichten nach Art. 11 Satz 3 dieser Richtlinie zugewiesene Zuständigkeit diesen ermöglichen, dem Anbieter eines Onlinedienstes wie demjenigen, der Internetnutzern einen Online-Marktplatz zur Verfügung stellt, Maßnahmen aufzugeben, die nicht nur zur Beendigung der mittels dieses Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen, sondern auch wirksam zur Vorbeugung gegen erneute Verletzungen beitragen.
- 132 Diese Auslegung wird gestützt durch Art. 18 der Richtlinie 2000/31, der von den Mitgliedstaaten verlangt, sicherzustellen, dass die nach ihrem innerstaatlichen Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der

Informationsgesellschaft es ermöglichen, dass Maßnahmen getroffen werden können, „um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht“.

- <sup>133</sup> Eine Auslegung von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48, wonach die den Mitgliedstaaten dort auferlegte Verpflichtung nur darin bestünde, den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums die Möglichkeit einzuräumen, gegen Anbieter von Onlinediensten Anordnungen zu erwirken, mit denen die Verletzungen ihrer Rechte abgestellt werden sollen, würde die Tragweite der in Art. 18 der Richtlinie 2000/31 niedergelegten Verpflichtung einschränken, was der in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2004/48 festgelegten Regel zuwiderliefe, dass die Richtlinie 2004/48 die Richtlinie 2000/31 nicht berührt.
- <sup>134</sup> Schließlich wäre eine einschränkende Auslegung von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 nicht mit dem 24. Erwägungsgrund dieser Richtlinie zu vereinbaren, in dem es heißt, dass je nach Sachlage und sofern es die Umstände rechtfertigten, Maßnahmen vorzusehen sind, die eine erneute Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums verhindern.

## 2. Zu den den Anbietern von Onlinediensten auferlegten Maßnahmen

- <sup>135</sup> Wie aus dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48 hervorgeht, sind die Modalitäten der Anordnungen, die die Mitgliedstaaten nach Art. 11 Satz 3 dieser Richtlinie vorzusehen haben, wie diejenigen betreffend die zu erfüllenden Voraussetzungen und das einzuhaltende Verfahren, Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften.
- <sup>136</sup> Diese einzelstaatlichen Rechtsvorschriften müssen allerdings so ausgestaltet sein, dass das mit der Richtlinie angestrebte Ziel erreicht werden kann (vgl. u. a., zum Grundsatz der Effektivität, Urteile vom 14. Dezember 1995, van Schijndel und van

Veen, C-430/93 und C-431/93, Slg. 1995, I-4705, Randnr. 17, vom 7. Juni 2007, van der Weerd u. a., C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, Randnr. 28, und vom 6. Mai 2010, Club Hotel Loutraki u. a., C-145/08 und C-149/08, Slg. 2010, I-4165, Randnr. 74). Insoweit ist zu beachten, dass die betreffenden Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 2004/48 wirksam und abschreckend sein müssen.

- 137 Ferner ist in Anbetracht des in der Vorlageentscheidung geschilderten und in Randnr. 24 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Umstands, dass das Vereinigte Königreich für die Umsetzung von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 keine spezifischen Regelungen getroffen hat, darauf hinzuweisen, dass das vorlegende Gericht bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks des Art. 11 Satz 3 dieser Richtlinie wird auslegen müssen (vgl. entsprechend Urteile vom 13. November 1990, Marleasing, C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8, und vom 23. April 2009, Angelidaki u. a., C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, I-3071, Randnr. 106).
- 138 Zudem müssen die von den Mitgliedstaaten aufgestellten Regelungen wie auch deren Anwendung durch die innerstaatlichen Gerichte die Beschränkungen beachten, die sich aus der Richtlinie 2004/48 sowie aus den Rechtsquellen ergeben, auf die diese Richtlinie Bezug nimmt.
- 139 Erstens geht aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2004/48 hervor, dass die Maßnahmen, die vom Anbieter des betreffenden Onlinedienstes verlangt werden, nicht darin bestehen können, aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums über die Seite dieses Anbieters vorzubeugen. Im Übrigen wäre eine solche allgemeine Überwachungspflicht nicht mit Art. 3 der Richtlinie 2004/48 zu vereinbaren, wonach die Maßnahmen im Sinne dieser Richtlinie gerecht und verhältnismäßig sein müssen und nicht übermäßig kostspielig sein dürfen.

- 140 Zweitens hat, wie gleichfalls Art. 3 der Richtlinie 2004/48 zu entnehmen ist, das die Anordnung erlassende Gericht dafür zu sorgen, dass die festgelegten Maßnahmen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten. In einer Rechtssache wie der des Ausgangsverfahrens, in der es um etwaige Markenverletzungen im Rahmen des vom Betreiber eines Online-Marktplatzes erbrachten Dienstes geht, schließt dies ein, dass die an diesen Betreiber gerichtete Anordnung kein allgemeines und dauerhaftes Verbot zum Gegenstand haben oder bewirken kann, auf diesem Marktplatz Waren dieser Marken zum Verkauf anzubieten.
- 141 Trotz der in den vorstehenden Randnummern dargelegten Beschränkungen können an Anbieter wie die Betreiber von Online-Marktplätzen Anordnungen gerichtet werden, die wirksam und zugleich verhältnismäßig sind. Wie der Generalanwalt in Nr. 182 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, kann der Betreiber des Online-Marktplatzes, wenn er sich nicht aus eigenem Antrieb entschließt, den Urheber der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums auszuschließen, um zu vermeiden, dass erneute derartige Verletzungen derselben Marken durch denselben Händler auftreten, durch eine gerichtliche Anordnung hierzu gezwungen werden.
- 142 Um darüber hinaus das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegenüber denjenigen zu gewährleisten, die einen Onlinedienst zwecks Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums benutzt haben, kann dem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgegeben werden, Maßnahmen zu ergreifen, die die Identifizierung seiner als Verkäufer auftretenden Kunden erleichtern. Wie L'Oréal in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend dargelegt hat und aus Art. 6 der Richtlinie 2000/31 hervorgeht, ist es insoweit zwar erforderlich, den Schutz der personenbezogenen Daten zu beachten, doch muss der Urheber der Verletzung, sofern er im geschäftlichen Verkehr und nicht als Privatmann tätig wird, gleichwohl klar identifizierbar sein.
- 143 Die in den vorstehenden Randnummern nicht erschöpfend dargestellten Maßnahmen müssen, wie jede andere Maßnahme, die in Gestalt einer Anordnung im Sinne

von Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 auferlegt werden kann, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen oben angeführten Rechten und Interessen sicherstellen (vgl. entsprechend Urteil Promusicae, Randnrn. 65 bis 68).

- <sup>144</sup> Demnach ist auf die zehnte Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48 dahin auszulegen ist, dass er von den Mitgliedstaaten verlangt, sicherzustellen, dass die für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zuständigen nationalen Gerichte dem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgeben können, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur zur Beendigung der von Benutzern dieses Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen, sondern auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen beitragen. Diese Maßnahmen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten.

#### IV — Kosten

- <sup>145</sup> Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

- 1. In einem Fall, in dem in einem Drittstaat befindliche Waren, die mit einer in einem Mitgliedstaat der Union eingetragenen Marke oder einer Gemeinschaftsmarke versehen sind und zuvor im Europäischen Wirtschaftsraum oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, in der Union noch nicht in den Verkehr gebracht wurden, von einem Wirtschaftsteilnehmer mittels eines**

Online-Marktplatzes und ohne Zustimmung des Inhabers dieser Marke an einen Verbraucher in dem durch diese Marke erfassten Gebiet verkauft werden oder auf einem solchen, für Verbraucher in diesem Gebiet bestimmten Platz feilgeboten oder beworben werden, kann sich der Markeninhaber diesem Verkauf, diesem Feilbieten oder dieser Werbung gemäß den in Art. 5 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken in der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 geänderten Fassung oder Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke niedergelegten Regeln widersetzen. Es ist Sache der nationalen Gerichte, im Einzelfall zu prüfen, ob relevante Indizien vorliegen, die darauf schließen lassen, dass sich ein Verkaufsangebot oder eine Werbung, die auf einem Online-Marktplatz angezeigt werden, der in diesem Gebiet zugänglich ist, an dort ansässige Verbraucher richtet.

2. In Ermangelung gegenteiliger Beweise liegt kein Inverkehrbringen im Sinne der Richtlinie 89/104 oder der Verordnung Nr. 40/94 vor, wenn der Inhaber einer Marke mit dieser versehene Artikel, die dazu dienen, Verbrauchern in zugelassenen Einzelhandelsgeschäften Produkte zu zeigen, sowie mit dieser Marke versehene Flakons, aus denen kleine Mengen entnommen werden können, die als kostenlose Proben an Verbraucher abgegeben werden, seinen Vertragshändlern zur Verfügung stellt.
  
3. Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94 sind dahin auszulegen, dass sich der Inhaber einer Marke kraft des durch diese verliehenen ausschließlichen Rechts dem Weiterverkauf von Waren wie den im Ausgangsverfahren fraglichen mit der Begründung widersetzen kann, dass der Weiterverkäufer die äußere Verpackung dieser Waren entfernt habe, sofern dieses Entfernen der Verpackung zur Folge hat, dass wesentliche Angaben wie die zur Identifizierung des Herstellers oder der Person, die für das Inverkehrbringen des kosmetischen Mittels verantwortlich ist, fehlen. Hat das Entfernen der äußeren Verpackung nicht zu einem solchen Fehlen von Angaben geführt, kann sich der Markeninhaber gleichwohl dem widersetzen, dass ein Parfum oder ein kosmetisches Mittel, das mit einer Marke versehen ist, deren Inhaber er ist, in unverpacktem Zustand verkauft wird, wenn er nachweist, dass das Entfernen der Verpackung das Image dieser Ware und somit den Ruf der Marke geschädigt hat.

- 4. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 sind dahin auszulegen, dass es dem Inhaber einer Marke gestattet ist, dem Betreiber eines Online-Marktplatzes zu verbieten, anhand eines mit dieser Marke identischen Schlüsselworts, das im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes von diesem Betreiber ausgewählt wurde, für auf diesem Marktplatz zum Verkauf angebotene Waren dieser Marke zu werben, sofern aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob diese Waren von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.**
  
- 5. Der Betreiber eines Online-Marktplatzes benutzt mit Marken identische oder ihnen ähnliche Zeichen, die in auf seiner Website angezeigten Verkaufsangeboten erscheinen, nicht im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94.**
  
- 6. 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 („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) ist dahin auszulegen, dass er auf den Betreiber eines Online-Marktplatzes Anwendung findet, sofern dieser keine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie ermöglicht.**

**Dieser Betreiber spielt eine solche Rolle, wenn er Hilfestellung leistet, die u. a. darin besteht, die Präsentation der fraglichen Verkaufsangebote zu optimieren oder diese zu bewerben.**

**Hat der Betreiber des Online-Marktplatzes keine aktive Rolle im Sinne des vorstehenden Absatzes gespielt und fällt die Erbringung seines Dienstes folglich in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31, kann er sich in einer Rechtssache, wie die des Ausgangsverfahrens, gleichwohl nicht auf die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme von der Verantwortlichkeit berufen, wenn er sich etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die**

**Rechtswidrigkeit der fraglichen Verkaufsangebote hätte feststellen müssen und er, falls ein solches Bewusstsein gegeben war, nicht unverzüglich nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung tätig geworden ist.**

7. **Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist dahin auszulegen, dass er von den Mitgliedstaaten verlangt, sicherzustellen, dass die für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zuständigen nationalen Gerichte dem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgeben können, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur zur Beendigung der von Benutzern dieses Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen, sondern auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen beitragen. Diese Maßnahmen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten.**

Unterschriften