BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 304/01

Verkündet am:
11. März 2004
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

Internet-Versteigerung

TDG § 8 Abs. 2, § 11; Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr Art. 14 Abs. 1 und 2; MarkenG § 14 Abs. 2, 3 und 5

a) Das Haftungsprivileg des § 11 Satz 1 TDG, das den Diensteanbieter, der fremde Informationen für einen Nutzer speichert („Hosting"), von einer Verantwortlichkeit freistellt, betrifft nicht den Unterlassungsanspruch.

b) Der Umstand, daß ein Diensteanbieter im Rahmen des Hosting eine Plattform eröffnet, auf der private und gewerbliche Anbieter Waren im Internet versteigern können, reicht nicht aus, um ihn als Täter einer Markenverletzung anzusehen, falls ein Anbieter gefälschte Markenware (hier: falsche ROLEX-Uhren) zur Versteigerung stellt. Eine Haftung als Teilnehmer an der durch den Anbieter begangenen Markenverletzung setzt zumindest bedingten Vorsatz voraus.

c) Eine Haftung als Störer setzt voraus, daß für Diensteanbieter zumutbare Kontrollmöglichkeiten bestehen, um eine solche Markenverletzung zu unterbinden. Ihm ist es nicht zuzumuten, jedes in einem automatisierten Verfahren unmittelbar ins Internet gestellte Angebot darauf zu überprüfen, ob Schutzrechte Dritter verletzt werden. Wird einem Diensteanbieter ein Fall einer Markenverletzung bekannt, muß er nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren,

sondern auch technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür zu treffen, daß es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen kommt.

d) Eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die mit dem fremden Zeichen versehene Ware ausdrücklich als „Replika“ oder „Nachbildung“ bezeichnet wird.

BGH, Urt. v. 11. März 2004 – I ZR 304/01 – OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 2. November 2001 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage mit dem Unterlassungsantrag abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1 ist Herstellerin der weltweit unter der Bezeichnung „ROLEX“ vertriebenen Uhren, deren Uhrwerke die Klägerin zu 2 fertigt. Die Uhren der Klägerinnen tragen auf dem Ziffernblatt und auf der Armbandschließe die Bezeichnung „ROLEX“ sowie das Bildemblem einer stilisierten fünfzackigen Krone. Sie werden in verschiedenen Modellausführungen wie „OYSTER“, „OYSTER PERPETUAL“, „DATEJUST“, „LADY-DATE“, „SUBMARINER“, „SEA-DWELLER“, „GMT-MASTER“,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

„YACHT-MASTER“, „ROLEX DAYTONA“, „COSMOGRAPH“ und „EXPLORER“ in Verkehr gebracht.

Die Klägerin zu 2 ist Inhaberin der seit 1913 in allen Verbandsstaaten des Madrider Markenabkommens u.a. für Uhren und Uhrenteile eingetragenen Marke „ROLEX“. Die Klägerin zu 1 ist Inhaberin der nachfolgend wiedergegebenen Marke, die aus dem Wortbestandteil „ROLEX“ und dem Bildemblem der fünfzackigen Krone besteht:

Für sie sind ferner die oben genannten Modellbezeichnungen als Marken eingetragen.

Die Beklagte bezeichnet sich als Internet-Auktionshaus. Auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen veranstaltet sie u.a. Fremdauktionen im Internet, bei denen sie auf der einen Seite privaten oder gewerblich tätigen Anbietern die Gelegenheit bietet, Waren im Internet anzubieten, und auf der anderen Seite Interessenten den Zugriff auf diese Versteigerungsangebote eröffnet. Diejenigen, die in einer solchen Auktion als Versteigerer oder Bieter auftreten wollen, müssen sich zunächst bei der Beklagten unter Angabe verschiedener persönlicher Daten – u.a. des Namens, eines Benutzernamens, eines Paßworts, der Anschrift, der E-mail-Adresse und der Bankverbindung – anmelden. Nach Zulassung können die Anbieter im sogenannten Registrierungsverfahren Daten über den Versteigerungsgegenstand, das Mindestgebot und die Dauer der Laufzeit abgeben. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten garantiert der Versteigerer der Beklagten und den Bietern, „daß der Gegenstand ... keine Urheberrechte, Patente, Marken, Betriebsgeheimnisse oder anderen Schutzrechte ... verletzt“. Zwischen

den Parteien ist streitig, ob das vom Versteigerer im Registrierungsverfahren eingegebene Angebot unmittelbar auf der Versteigerungsplattform der Beklagten im Internet erscheint oder ob das Angebot zunächst in den Geschäftsgang der Beklagten kommt, von ihr erfaßt und erst danach im Internet veröffentlicht wird.

Bei den von der Beklagten veranstalteten Fremdauktionen werden in der von der Beklagten vorgegebenen Rubrik „Mode, Uhren, Lifestyle“ auch Uhren angeboten, die mit den Marken der Klägerinnen, insbesondere mit der Bezeichnung „ROLEX“ und dem Bildemblem der fünfzackigen Krone, versehen sind, aber nicht aus ihrer Herstellung stammen. Die angebotenen Uhren sind in den neun von den Klägerinnen angeführten Beispielsfällen jeweils abgebildet und als „Rolex“-Uhren bezeichnet. Die Bieter werden jedoch nicht darüber im Unklaren gelassen, daß es sich um Fälschungen handelt. Auf diesen Umstand deuten dort nicht nur das Mindestgebot (zwischen 60 und 399 DM), sondern auch die Warenbeschreibungen hin, die in den vorgelegten Beispielen auszugsweise wie folgt lauten:

- ROLEX Submariner Autom. Edelreplika blau
  Rolex Edelreplika in schwerer Ausführung ... komplett gemarkt
  Keine billige Chinaware!
- Rolex Submariner USA
  Kein Unterschied zum Original, perfekt geklont!! ...
- ROLEX SUBMARINER DAY/DATE silber/gold farben Nachbildung ... täuschend ähnlich dem Original ...
- **Rolex** (Blender) ...
- Rolex GMT Master
  ... Top Nachbildung, USA Ware
- Rolex RGMT 2 Replika
  Sehr schöne, schwere Nachbildung ... vom Laien nicht vom Original zu unterscheiden ...
- Seltenes Rolex-Imitat, alle Zeichen vorhanden ...
- Perfekt gearbeitetes ROLEX Daytona Replikat ...
- Rolex Submariner ohne Echtheitszertifikat ...

Die Klägerinnen sehen in dem Vertrieb dieser Uhren eine Verletzung ihrer Marken, für die auch die Beklagte hafte. Die Beklagte nehme – wie sich aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebe – die Funktion einer zentralen Schaltstelle ein, bei der alle Fäden zusammenliefen. Der Weg vom Bieter zum Versteigerer führe ausschließlich über die Beklagte; sie sei auch in den anschließenden Vollzug der Verträge eingeschaltet. Die Klägerinnen haben die Auffassung vertreten, die Beklagte könne sich unter diesen Umständen nicht auf ein Haftungsprivileg nach dem Teledienstegesetz (TDG) berufen, weil nach diesem Gesetz eine Freistellung von der Haftung nur für fremde Inhalte in Betracht komme, während die Beklagte mit den Versteigerungsangeboten eigene oder sich zu eigen gemachte Inhalte zur Nutzung bereit halte. Im übrigen scheide die Privilegierung nach dem Teledienstegesetz aus, weil die Beklagte Kenntnis von den Fälschungen erlangt habe; ihr sei es technisch möglich und zumutbar, eine Nutzung der markenverletzenden Angebote zu verhindern.

Die Klägerinnen haben die Beklagte auf Unterlassung und Auskunftserteilung in Anspruch genommen und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz begehrt.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat die Ansicht vertreten, es fehle bereits an einer Markenverletzung, weil vorwiegend von privater Seite Einzelstücke angeboten würden und es daher an einem Handeln im geschäftlichen Verkehr fehle. Sie komme auch nicht als Täterin einer Markenverletzung in Betracht, da sie – so hat sie vorgetragen – den Nutzern lediglich eine technische Plattform für die Durchführung der Versteigerungen zur Verfügung stelle. Die Versteigerungsangebote würden normalerweise automatisch ins Internet gestellt, ohne daß sie durch einen Mitarbeiter von dem Inhalt Kenntnis nehme.

Das Landgericht hat der Klage unter Beschränkung des Unterlassungsausspruchs auf die konkrete Verletzungsform (Aufnahme der Nutzungsbedingungen der Beklagten sowie von neun als Beispielen dienenden Versteigerungsangeboten in den Tenor) stattgegeben (LG Köln CR 2001, 417). Die Beklagte hat Berufung gegen dieses Urteil eingelegt.

Im Berufungsverfahren haben die Klägerinnen im Wege der Anschlußberufung beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

> Uhren, die nicht von den Klägerinnen stammen, unter einer der oben genannten Marken wie nachstehend beispielhaft wiedergegeben anzubieten, in den Verkehr zu bringen, zu bewerben und/oder anbieten, in den Verkehr bringen oder bewerben zu lassen (es folgen neun Versteigerungsangebote für „ROLEX"-Uhren mit Mindestgeboten zwischen 60 und 399 DM und Hinweisen darauf, daß es sich um Nachbildungen handelt) und/oder bei der Abwicklung eines im Rahmen einer solchen Online-Auktion erfolgten Verkaufs einer solchen Uhr mitzuwirken;
>
> hilfsweise:
> im Rahmen der von ihr nach Maßgabe ihrer jeweils geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen veranstalteten Online-Auktionen im Internet Uhren ... (der weitere Antrag entspricht dem Hauptantrag);
>
> weiter hilfsweise:
> im Rahmen der von ihr nach Maßgabe der nachstehend wiedergegebenen Nutzungsbedingungen (es folgen die gegenüber dem landgerichtlichen Urteil aktualisierten Nutzungsbedingungen der Beklagten) veranstalteten, als „ricardo private Auktionen" bezeichneten Auktionen Uhren ... (der weitere Antrag entspricht dem Hauptantrag).

Ferner haben die Klägerinnen wie schon in erster Instanz Auskunft und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz begehrt. In einem zur Erwiderung auf das Vorbringen der Beklagten nachgelassenen Schriftsatz haben die Klägerinnen ihre Klage nach Schluß der mündlichen Verhandlung auch auf im Jahre 2001 eingetragene Gemeinschaftsmarken der Klägerinnen gestützt. Das Berufungsgericht hat die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung mit der Begründung abgelehnt, eine Wiedereröffnung komme schon deswegen nicht in Betracht, weil das Gemeinschaftsmarkengericht das Oberlandesgericht Düsseldorf sei.

Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil auf die Berufung der Beklagten abgeändert und die Klage unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Klägerinnen abgewiesen (OLG Köln CR 2002, 50).

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerinnen, mit der sie ihre zuletzt gestellten Klageanträge weiterverfolgen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat eine Haftung der Beklagten für mögliche Verletzungen der Klagemarken verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Den Klägerinnen stünden weder ein Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 und 5 MarkenG noch Auskunfts- und Schadensersatzansprüche zu. Dabei könne offenbleiben, ob ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliege und ob Verwechslungsgefahr i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gegeben sei; letzteres sei zweifelhaft, weil es wegen der unübersehbaren Hinweise auf den Umstand der Nachbildung fernliege, daß ein beachtlicher Teil des Verkehrs einer Verwechslungsgefahr erliege. Daher komme ohnehin nur eine Verletzung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 MarkenG in Betracht. Ansprüche der Klägerinnen schieden aber auch insofern aus, weil die Beklagte für die geltend gemachten Ansprüche nicht passivlegitimiert sei.

Dies ergebe sich allerdings nicht schon aus § 5 TDG a.F. Denn diese Bestimmung, die eine Verantwortlichkeit des Diensteanbieters für fremde Inhalte einschränke, könne gegenüber der auf einer EG-Richtlinie beruhenden markenrechtli-

chen Regelung keine Geltung beanspruchen. Es fehle aber an einer Benutzung der Klagemarken durch die Beklagte. Denn die Beklagte nehme keinerlei Einfluß auf den Angebotstext. Dieser werde allein vom Versteigerer eingegeben. Der von der Beklagten hinzugefügte Text betreffe allein den äußeren Ablauf der Auktionen und die Rubrikbezeichnungen für die Angaben des Versteigerers („Mindestpreis", „Aktuelles Höchstgebot" usw.). Auch die Bieter nähmen das Angebot nicht als ein solches der Beklagten wahr. Ebenso scheide eine Störerhaftung aus. Denn es fehle auf seiten der Beklagten an einer willentlichen Mitwirkung, die Voraussetzung für eine Störerhaftung sei. Diese setze Kenntnis der tatsächlichen Umstände voraus, aus denen sich die rechtswidrige Beeinträchtigung des Dritten ergebe. Im übrigen habe die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, daß es technisch (noch) nicht möglich sei, Angebote rechtsverletzenden Inhalts mit Hilfe einer Software zu erkennen und herauszufiltern.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben teilweise Erfolg. Sie führen insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils, als die Klage auch mit dem Unterlassungsantrag abgewiesen worden ist. Die weitergehende Revision der Klägerinnen ist dagegen nicht begründet.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht den nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 28. September 2001, mit dem die Klägerinnen ihre Klage auch auf die im Jahre 2001 erteilten, mit einem Teil der nationalen Klagemarken identischen Gemeinschaftsmarken gestützt haben, nicht zum Anlaß genommen hat, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß eine Berücksichtigung des neuen Klagegrundes die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung erfordert hätte. Darin, daß die Klägerinnen ihre Klageanträge nunmehr

auch auf ihre Gemeinschaftsmarken stützen wollten, lag eine Klageerweiterung (vgl. BGH, Urt. v. 7.12.2000 – I ZR 146/98, GRUR 2001, 755, 756 f. = WRP 2001, 804 – Telefonkarte), deren Berücksichtigung eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung erfordert hätte, auch wenn sie in einem nach § 283 ZPO nachgelassenen Schriftsatz erfolgt ist (Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 283 Rdn. 2a; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 283 Rdn. 4).

b) Es ist nicht ermessensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht von der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgesehen hat (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 341/98, NJW 2000, 142, 143). Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wäre dem Berufungsgericht eine Entscheidung nach Zulassung der Klageerweiterung verwehrt gewesen. Denn das Berufungsgericht ist nicht Gemeinschaftsmarkengericht und hätte daher nicht über eine Verletzung der Gemeinschaftsmarken entscheiden können (§ 125e Abs. 2 i.V. mit Abs. 1 MarkenG; Art. 92 GMV). Das Berufungsgericht wäre genötigt gewesen, den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht Düsseldorf als Gemeinschaftsmarkengericht zu verweisen. Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hätte unter diesen Umständen zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung geführt.

c) Auch aus dem Umstand, daß die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung über die nationalen Marken einer neuen Klage entgegensteht, die die Klägerinnen auf die mit den nationalen Marken übereinstimmenden Gemeinschaftsmarken stützen, ergibt sich nichts anderes. Zwar ist es zutreffend, daß die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung sich auch als eine Entscheidung über die geltend gemachte Verletzung der Gemeinschaftsmarken erweisen kann; denn nach Art. 105 Abs. 2 GMV weist das Gemeinschaftsmarkengericht, das wegen Verletzung der Gemeinschaftsmarke angerufen worden ist, die Klage ab, wenn wegen derselben Handlung zwischen denselben Parteien aufgrund einer identischen

nationalen Marke für identische Waren oder Dienstleistungen ein rechtskräftiges Sachurteil ergangen ist.

Entgegen der Auffassung der Revision hat sich das Berufungsgericht mit der Verweigerung der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung jedoch keine ihm nicht zustehende Entscheidung über die Gemeinschaftsmarken angemaßt. Im Hinblick auf Art. 105 Abs. 2 GMV kann es immer dazu kommen, daß die von einem Nicht-Gemeinschaftsgericht getroffene Entscheidung über eine nationale Marke auch als Entscheidung über die Gemeinschaftsmarke wirkt. Das kann der Inhaber der Gemeinschaftsmarke nur dadurch verhindern, daß er seine Klage rechtzeitig auch auf die Gemeinschaftsmarke stützt. Dies wäre den Klägerinnen auch im Streitfall möglich gewesen, wenn sie die Gemeinschaftsmarken unmittelbar nach Erteilung in das Berufungsverfahren eingeführt hätten. Unterläßt der Gemeinschaftsmarkeninhaber dies oder kommt er diesem Gebot – wie im Streitfall – erst verspätet nach, wirkt die Entscheidung über die nationalen Marken präjudizierend für die Entscheidung über die Gemeinschaftsmarke (Art. 105 Abs. 2 GMV).

2. Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerinnen auf Unterlassung weiterer Störungen verneint hat. Nach dem im Revisionsverfahren zugrundezulegenden Sachverhalt ist die Beklagte nicht nur verpflichtet, die konkreten Angebote gefälschter Uhren zu löschen. Sie ist darüber hinaus aufgrund der ihr bekannt gewordenen Fälschungsfälle gehalten, Vorsorge zu treffen, damit keine weiteren Angebote ins Internet gestellt werden, die erkennbar die Marken der Klägerinnen verletzen.

a) Der markenrechtliche Unterlassungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte als Veranstalterin einer Plattform für Fremdversteigerungen nach dem Teledienstegesetz nur eingeschränkt haftet. Denn die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs, der seine Grundlage in einer früheren

Verletzungshandlung findet, wird durch das Haftungsprivileg in §§ 8, 11 TDG n.F. ebensowenig eingeschränkt wie durch die bis zum 20. Dezember 2001 geltende Vorgängerregelung in § 5 Abs. 1 bis 3 TDG a.F. Insbesondere wird die Haftung der Beklagten von diesen Regelungen nicht berührt, soweit sie als Störerin einen willentlichen und adäquat kausalen Beitrag zu einer Markenverletzung leistet.

aa) Soweit die Klägerinnen Unterlassungsansprüche geltend machen, ist § 5 TDG a.F. nicht mehr anwendbar. Vielmehr sind die durch das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) vom 14. Dezember 2002 (BGBl. I S. 3721) neu geregelten Bestimmungen der §§ 8, 11 TDG zugrunde zu legen, die am 21. Dezember 2001 in Kraft getreten sind. Ob den Klägerinnen ein Unterlassungsanspruch zusteht, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beantworten (vgl. BGHZ 141, 329, 336 – Tele-Info-CD; BGH, Urt. v. 25.10.2001 – I ZR 29/99, GRUR 2002, 717, 718 = WRP 2002, 679 – Vertretung der Anwalts-GmbH, m.w.N.). Die neue Rechtslage hat an der insoweit schon zuvor bestehenden Haftung der Beklagten nichts geändert (dazu unten unter ee)). Die Haftungsprivilegierung des TDG erfaßt nicht den hier geltend gemachten Anspruch auf Unterlassung markenrechtlicher Verletzungshandlungen.

bb) Das Berufungsgericht hat die im Teledienstegesetz geregelte Haftungsprivilegierung schon deshalb nicht für anwendbar gehalten, weil die nach dem Markengesetz gegebene Verantwortlichkeit auf einer europarechtlichen Vorgabe beruhe, die durch das Teledienstegesetz nicht habe außer Kraft gesetzt werden können. Dem kann schon für die Bestimmung des § 5 TDG a.F. nicht beigetreten werden, und zwar bereits deshalb nicht, weil die Markenrechtsrichtlinie nichts über die Störerhaftung besagt (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., vor §§ 14-19 Rdn. 35 u. 43; Jacobs, Festschrift für Erdmann, 2002, S. 327, 330; Wiebe, CR 2002, 50; Hoeren, MMR 2002, 113; ferner OLG Düsseldorf WRP 2004, 631, 633 f. – Rolex/ebay). Für das neue Recht der §§ 8 bis 11 TDG ist darüber hinaus festzustellen,

daß das darin enthaltene Haftungsprivileg auf der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr beruht.

cc) Nach dem vom Berufungsgericht als unstreitig angesehenen Parteivorbringen handelt es sich bei den Angebotsbeschreibungen eines Anbieters, der sich der Plattform der Beklagten für Fremdversteigerungen bedient, nicht um eigene Informationen der Beklagten, die sie zur Nutzung durch Dritte bereithält und für die sie gemäß § 8 Abs. 1 TDG „nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich ist". Vielmehr sind dies fremde Informationen i.S. des § 11 Satz 1 TDG, für die die Beklagte nur unter den dort genannten Voraussetzungen verantwortlich ist. Denn nach den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen werden die Angebote der Versteigerer in einem automatischen Verfahren ins Internet gestellt; eine Prüfung durch die Beklagte, die dazu führen könnte, daß sie sich die Inhalte zu eigen macht, findet nicht statt (so auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2004 – I-20 U 204/02, Umdruck S. 15; Ehret, CR 2003, 754, 758; a.A. wohl Hoeren, MMR 2002, 113 f. u. 115).

dd) Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt, findet die Haftungsprivilegierung des § 11 TDG n.F. indessen keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche. Dies kommt im Wortlaut des § 11 Satz 1 TDG nur insofern zum Ausdruck, daß dort von der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters die Rede ist. Damit ist lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung angesprochen. § 11 TDG besagt indessen nichts darüber, ob ein Diensteanbieter nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Maßstäben oder als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn eine Veröffentlichung in dem von ihm betriebenen Dienst die (Marken-)Rechte eines Dritten verletzt (vgl. Lehment, WRP 2003, 1058, 1063; Spindler/Volkmann, WRP 2003, 1, 3; Hoeren, MMR 2002, 113; a.A. Ehret, CR 2003, 754, 759 f.).

Daß das Haftungsprivileg des § 11 Satz 1 TDG Unterlassungsansprüche nicht berührt, wird auch durch die Bestimmung des § 8 Abs. 2 TDG nahegelegt. Dort heißt es einerseits in Satz 1, daß „Diensteanbieter i.S. der §§ 9 bis 11 ... nicht verpflichtet (sind), die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen". In Satz 2 wird dann jedoch klargestellt, daß „Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen ... auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 unberührt (bleiben)". § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG ist auf alle Diensteanbieter nach §§ 9 bis 11 TDG anwendbar (Freytag in Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2002, Rdn. D 116 u. 122).

Die Regelung des deutschen Gesetzgebers in § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG deckt sich insofern mit Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (vgl. die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über die rechtlichen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr – EGG –, BT-Drucks. 14/6098, S. 23). Die Bestimmung des Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG betrifft das Hosting, also einen Dienst zur Speicherung fremder Inhalte. Nach der Regelung in Absatz 1, die der deutsche Gesetzgeber durch § 11 TDG umgesetzt hat, müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, daß der Diensteanbieter in einem solchen Fall „nicht für die von einem Nutzer gespeicherten Informationen verantwortlich ist", wenn er „keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information (hat)" oder nach Erlangung der Kenntnis „unverzüglich tätig (wird), um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren". Absatz 3 macht jedoch deutlich, daß Unterlassungsansprüche von diesem Privileg nicht erfaßt zu sein brauchen (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 46 der Richtlinie). Dort heißt es:

> 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.

Daß Unterlassungsansprüche von dem Haftungsprivileg ausgenommen sind oder ausgenommen sein können, erklärt auch, weswegen Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie und ihm folgend § 11 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 TDG n.F. für Schadensersatzansprüche geringere Anforderungen stellt als für die Verantwortlichkeit im übrigen: Eine Schadensersatzhaftung dürfen die Mitgliedstaaten bereits dann vorsehen, wenn der Diensteanbieter zwar keine Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, wenn ihm aber Tatsachen oder Umstände bekannt sind, „aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird". Wäre auch der Unterlassungsanspruch von der Haftungsprivilegierung in Art. 14 der Richtlinie und § 11 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 TDG n.F. erfaßt, hätte dies die schwer verständliche Folge, daß an den Unterlassungsanspruch höhere Anforderungen gestellt wären als an den Schadensersatzanspruch.

ee) In seiner bis zum 20. Dezember 2001 geltenden Fassung enthielt das Teledienstegesetz in § 5 Abs. 4 eine Bestimmung, aus der ebenfalls geschlossen werden mußte, daß Unterlassungsansprüche von der Regelung des § 5 Abs. 1 bis 3 TDG a.F. unberührt bleiben sollten. Dort war bestimmt, daß „Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen ... unberührt (bleiben), wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist". Die Begründung des Gesetzentwurfs, auf den diese Bestimmung zurückgeht, hatte hierzu klargestellt, daß „die objektiven, d.h. keine Schuld voraussetzenden Verpflichtungen der Diensteanbieter zur Unterlassung von Rechtsgutverletzungen für alle Diensteangebote" von der Regelung in § 5 Abs. 1 bis 3, die die strafrechtliche und deliktische Verantwortlichkeit der Diensteanbieter für eigenes Verschulden betreffe, „un-

berührt bleiben sollen“ (BT-Drucks. 13/7385, S. 20 f.; vgl. auch Spindler in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Stand: Feb. 2004, Kap. 29 Rdn. 145 u. 155 m.w.N.; ders. in Roßnagel, Recht der Multimedia-Dienste, Stand: Dez. 2003, § 5 TDG Rdn. 140a f.; ders., NJW 1997, 3193, 3195 Fn. 25). Der zum alten Recht teilweise vertretenen Auffassung, der Verweis auf die allgemeinen Unterlassungspflichten gelte nur für Zugangsdienste (sog. Access Provider, § 5 Abs. 3 TDG a.F.), nicht dagegen für Diensteanbieter nach § 5 Abs. 2 TDG a.F. (sog. Host Service Provider), die fremde Inhalte zur Nutzung bereithalten (Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, 1999, Rdn. 382 f.; Freytag, Haftung im Netz, 1999, S. 147 ff., 156; ders., ZUM 1999, 185, 188), kann in Anbetracht des nicht einschränkenden Wortlauts von § 5 Abs. 4 TDG a.F. nicht beigetreten werden.

b) Die Beklagte haftet indessen nicht aufgrund einer selbst von ihr begangenen Markenverletzung. Es kommt jedoch eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht.

aa) Dadurch, daß die Beklagte den Anbietern ihre Plattform für Fremdversteigerungen zur Verfügung gestellt hat und dort Angebote veröffentlicht worden sind, durch die die Markenrechte der Klägerinnen verletzt wurden, hat die Beklagte selbst keine Markenverletzung begangen. Auch eine Haftung als Teilnehmerin an der Markenverletzung des jeweiligen Anbieters scheidet im Streitfall aus.

(1) Allerdings sind nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt in den fraglichen Angeboten klare Markenverletzungen der Anbieter der Uhren zu sehen.

Zu der Frage, ob die Anbieter im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben, hat das Berufungsgericht keine abschließenden Feststellungen getroffen, so daß zugunsten der Klägerinnen als Revisionsführer von einem Handeln im geschäftlichen

Verkehr ausgegangen werden muß. Dabei ist zu berücksichtigen, daß an dieses Merkmal keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Auch derjenige, der nur Gegenstände in einer Internetauktion erwirbt, um sie mit Gewinn weiterzuveräußern, handelt im geschäftlichen Verkehr (vgl. LG Berlin CR 2002, 371, 372 mit Anm. Leible/Sosnitza; Ingerl/Rohnke aaO § 14 Rdn. 49). Im übrigen deutet das häufige Auftreten mancher Anbieter als Versteigerer (im Verkäuferprofil – einer Rubrik des Angebots – sind bis zu 59 „Feedbacks", also Käuferreaktionen nach früheren Auktionen dieses Anbieters zu verzeichnen) auf eine geschäftliche Tätigkeit hin.

In den fraglichen Angeboten werden Uhren, also Waren, die mit denen identisch sind, die durch die Klagezeichen erfaßt werden, unter Zeichen angeboten, die mit den Klagemarken identisch sind. Damit liegt eine Markenverletzung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 2 MarkenG vor, ohne daß es auf die Frage einer Verwechslungsgefahr ankäme. Eine Verwechslungsgefahr wird im übrigen – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die angebotenen Waren als „Replika" oder „Nachbildung" bezeichnet worden sind. Denn auch nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG kommt es grundsätzlich nicht auf eine konkrete Verkaufssituation an, in der eine an sich vorhandene Verwechslungsgefahr durch aufklärende Hinweise oder auf andere Weise – etwa durch den niedrigen Preis – ausgeräumt werden kann, sondern auf die abstrakte Gefahr der Verwechslung der beiden Zeichen (vgl. EuGH, Urt. v. 12.11.2002 – Rs. C-206/01, Slg. 2002, I-10273 Tz. 57 = GRUR Int. 2003, 229 – Arsenal Football Club plc/Reed; ferner Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 14 MarkenG Rdn. 75 m.w.N.; Ingerl/Rohnke aaO § 14 Rdn. 225 u. 171; Leible/Sosnitza, CR 2002, 372 f.).

(2) Die Beklagte erfüllt durch ihre Tätigkeit nicht die Merkmale einer Markenverletzung nach § 14 Abs. 3 oder 4 MarkenG, weil sie selbst die gefälschte Ware nicht anbietet oder in Verkehr bringt und die Klagemarken auch nicht in der Werbung benutzt (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 und 5 MarkenG). Auch eine Tätigkeit als Teilnehme-

rin an der Markenverletzung der Anbieter scheidet aus, weil die hier allein in Betracht zu ziehende Gehilfenstellung zumindest einen bedingten Vorsatz voraussetzt, der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit einschließen muß (vgl. BGHZ 42, 118, 122 f.; 70, 277, 285 f.; 148, 13, 17 – ambiente.de; MünchKomm.BGB/Wagner, 4. Aufl., § 830 Rdn. 23; Spindler in Bamberger/Roth, BGB, § 830 Rdn. 11). Da die Beklagte die Angebote nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor Veröffentlichung nicht zur Kenntnis nimmt, sie vielmehr im Rahmen des Registrierungsverfahrens automatisch durch den Anbieter ins Internet gestellt werden, scheidet eine (vorsätzliche) Teilnahme der Beklagten aus. Dabei kann offenbleiben, ob eine Gehilfenstellung dann ich Betracht zu ziehen ist, wenn die Pflichten, die sich aus der Stellung der Beklagten als Störerin ergeben, nachhaltig verletzt werden.

bb) Ungeachtet des Umstands, daß die Beklagte als Täterin oder Teilnehmerin einer Markenverletzung nicht in Betracht kommt, ist ihre Haftung als Störerin nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt begründet.

(1) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß derjenige, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt, als Störer für eine Schutzrechtsverletzung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGHZ 148, 13, 17 – ambiente.de; BGH, Urt. v. 18.10.2001 – I ZR 22/99, GRUR 2002, 618, 619 = WRP 2002, 532 – Meißner Dekor, m.w.N.). Soweit in der neueren Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung gegenüber dem Institut der Störerhaftung zum Ausdruck kommt und erwogen wird, die Passivlegitimation für den Unterlassungsanspruch allein nach den deliktsrechtlichen Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zu begründen (vgl. BGHZ 155, 189, 194 f. – Buchpreisbindung; BGH, Urt. v. 15.5.2003 – I ZR 292/00, GRUR 2003, 969, 970 = WRP 2003, 1350 – Ausschreibung von Vermessungsleistungen, m.w.N.), betrifft dies Fälle des Verhaltensunrechts, in denen keine Verletzung eines absoluten Rechts in Rede steht. Im Falle

der Verletzung von Immaterialgüterrechten, die als absolute Rechte auch nach § 823 Abs. 1, § 1004 BGB Schutz genießen, sind die Grundsätze der Störerhaftung uneingeschränkt anzuwenden.

(2) Weil die Störerhaftung aber nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung von Prüfungspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1996 – I ZR 129/94, GRUR 1997, 313, 315 f. = WRP 1997, 325 – Architektenwettbewerb; Urt. v. 30.6.1994 – I ZR 40/92, GRUR 1994, 841, 842 f. = WRP 1994, 739 – Suchwort; Urt. v. 15.10.1998 – I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419 f. = WRP 1999, 211 – Möbelklassiker; BGHZ 148, 13, 17 f. – ambiente.de, jeweils m.w.N.).

Einem Unternehmen, das – wie die Beklagte – im Internet eine Plattform für Fremdversteigerungen betreibt, ist es nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Eine solche Obliegenheit würde das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen (vgl. Erwägungsgrund 42 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr). Sie entspräche auch nicht den Grundsätzen, nach denen Unternehmen sonst für Rechtsverletzungen haften, zu denen es auf einem von ihnen eröffneten Marktplatz – etwa in den Anzeigenrubriken einer Zeitung oder im Rahmen einer Verkaufsmesse – kommt. Andererseits ist zu bedenken, daß die Beklagte durch die ihr geschuldete Provision an dem Verkauf der Piraterieware beteiligt ist. Unter diesen Umständen kommt dem Interesse der Beklagten an einem möglichst kostengünstigen und reibungslosen Ablauf ihres Geschäftsbetriebs ein geringeres Gewicht zu als beispielsweise dem Interesse der Registrierungsstelle für Domainnamen an einer möglichst schnellen und preiswerten Domainvergabe (vgl. BGHZ 148, 13, 20 f. – ambiente.de; BGH, Urt. v. 19.2.2004 – I ZR 82/01, GRUR 2004, 619, 621 = WRP

2004, 769 – kurt-biedenkopf.de). Dies bedeutet, daß die Beklagte immer dann, wenn sie auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren muß (§ 11 Satz 1 Nr. 2 TDG n.F.), sie muß vielmehr auch Vorsorge treffen, daß es möglichst nicht zu weiteren derartigen Markenverletzungen kommt. Im Streitfall beispielsweise ist es nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt zu mehreren klar erkennbaren Markenverletzungen gekommen. Die Beklagte muß diese Fälle zum Anlaß nehmen, Angebote von Rolex-Uhren einer besonderen Prüfung zu unterziehen. Welche technischen Möglichkeiten ihr hierbei zu Gebote stehen, ist zwischen den Parteien streitig. Möglicherweise kann sich die Beklagte hierbei einer Software bedienen, die entsprechende Verdachtsfälle aufdeckt, wobei Anknüpfungspunkt für den Verdacht sowohl der niedrige Preis als auch die Hinweise auf Nachbildungen sein können (vgl. Lehment, WRP 2003, 1058, 1061). Auch im Falle einer Verurteilung zur Unterlassung wäre die Beklagte für Zuwiderhandlungen nur haftbar zu machen, wenn sie ein Verschulden trifft (§ 890 ZPO). Für Markenverletzungen, die sie in dem vorgezogenen Filterverfahren nicht erkennen kann (weil beispielsweise eine gefälschte Rolex-Uhr zu einem für ein Original angemessenen Preis ohne Hinweis auf den Fälschungscharakter angeboten wird) träfe sie kein Verschulden.

3. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß eine Haftung der Beklagten auf Schadensersatz nicht in Betracht kommt. Wie bereits dargelegt, ist die Beklagte weder Täterin noch Teilnehmerin einer Markenverletzung. Eine mögliche Störerhaftung würde dagegen lediglich einen Unterlassungsanspruch, niemals dagegen einen Schadensersatzanspruch eröffnen (BGH GRUR 2002, 618, 619 – Meißner Dekor). Auf die Frage der Haftungsprivilegierung hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs nach § 5 TDG a.F. für die in der Vergangenheit liegenden Verletzungshandlungen kommt es unter diesen Umständen nicht an.

III. Danach kann das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand haben, als die Klage auch mit dem Unterlassungsantrag abgewiesen worden ist. Unbegründet ist die Revision der Klägerinnen indessen insoweit, als die Klage mit dem Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsantrag abgewiesen worden ist.

Hinsichtlich des Unterlassungsantrags ist dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt. Das Berufungsgericht hat bislang – aus seiner Sicht folgerichtig – noch keine Feststellungen dazu getroffen, ob in den beanstandeten Fällen die Versteigerer im geschäftlichen Verkehr tätig geworden sind (§ 14 Abs. 2 MarkenG). Dies wird nachzuholen sein, weil die Störerhaftung nur in Betracht kommt, wenn die Beklagte an einer Markenrechtsverletzung mitgewirkt hat. Auch wenn die Beklagte selbst im geschäftlichen Verkehr handelt, könnte die Mitwirkung an einem privaten, nicht-markenverletzenden Angebot einer gefälschten

Rolex-Uhr die Störerhaftung nicht auslösen. Soweit die Parteien zur Frage des Handelns im geschäftlichen Verkehr noch ergänzend vortragen, ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerinnen sich lediglich auf die veröffentlichten Angebote stützen können. Soweit die Beklagte ein Handeln der Anbieter im geschäftlichen Verkehr in Abrede stellt, muß sie hierzu substantiiert vortragen.

Ullmann Bornkamm Pokrant

Büscher Schaffert