BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

I ZR 35/04

Verkündet am:
19. April 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Internet-Versteigerung II

TMG § 10 Satz 1 (= TDG § 11 Satz 1); Gemeinschaftsmarkenverordnung Art. 98 Abs. 1; Richtlinie 2004/48/EG Art. 11 Satz 3

a) Die Unanwendbarkeit des Haftungsprivilegs gemäß § 10 Satz 1 TMG (= § 11 Satz 1 TDG 2001) auf Unterlassungsansprüche gilt nicht nur für den auf eine bereits geschehene Verletzung gestützten, sondern auch für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch (Fortführung von BGHZ 158, 236, 246 ff. – Internet-Versteigerung I).

b) Die autonome Regelung des Unterlassungsanspruchs in Art. 98 Abs. 1 GMV ist durch Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungsrichtlinie) im Hinblick auf die Haftung von „Mittelspersonen" ergänzt worden. Die Ausgestaltung dieser Haftung im Einzelnen bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Im deutschen Recht ist die Haftung von „Mittelspersonen" durch die deliktsrechtliche Gehilfenhaftung, insbesondere aber durch die Störerhaftung gewährleistet.

c) Ein Störer kann auch dann vorbeugend auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn es noch nicht zu einer Verletzung des geschützten Rechts gekommen ist, eine Verletzung in der Zukunft aber aufgrund der Umstände zu befürchten ist. Voraussetzung dafür ist, dass der potentielle Störer eine Erstbegehungsgefahr begründet.

BGH, Urt. v. 19. April 2007 – I ZR 35/04 – OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Bergmann und Gröning

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin zu 2 gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Februar 2004 wird als unzulässig verworfen.

Auf die Revision der Klägerin zu 1 wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Februar 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin zu 1 (im Folgenden: Klägerin) ist die Herstellerin der weltweit unter der Bezeichnung „ROLEX“ vertriebenen Uhren, deren Uhrenwerke die frühere Klägerin zu 2 fertigt. Die Uhren tragen auf dem Ziffernblatt und auf der Arm-

bandschließe die Bezeichnung „ROLEX“ sowie das Bildemblem einer stilisierten fünfzackigen Krone. Sie werden in verschiedenen Modellausführungen wie „OYSTER“, „OYSTER PERPETUAL“, „DATEJUST“, „SUBMARINER“, „SEA-DWELLER“, „GMT-MASTER“, „YACHT-MASTER“, „DAYTONA“, „EXPLORER“ und „COSMOGRAPH“ in Verkehr gebracht.

2 Die Klägerin ist Inhaberin einer Gemeinschaftsmarke mit dem Wortbestandteil „ROLEX“ in Verbindung mit der Abbildung einer stilisierten fünfzackigen Krone und einer weiteren Gemeinschaftsmarke, die aus der Abbildung einer stilisierten fünfzackigen Krone besteht. Für sie sind ferner die oben genannten zehn Modellbezeichnungen als Gemeinschaftsmarken eingetragen. Die frühere Klägerin zu 2 ist Inhaberin der Gemeinschaftswortmarke „ROLEX“. Sämtliche Gemeinschaftsmarken wurden im Laufe des Rechtsstreits eingetragen und bekanntgemacht.

3 Der Klägerin und der früheren Klägerin zu 2 stehen ferner nationale Marken und IR-Marken zu, die mit den Gemeinschaftsmarken identisch sind.

4 Die Beklagte zu 1 ist Inhaberin der Internetadresse www.ebay.de. Sie betreibt den entsprechenden Internetauftritt in redaktioneller und technischer Hinsicht für die Beklagte zu 2. Beide Beklagte veranstalten auf der Grundlage ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen Fremdauktionen im Internet, bei denen sie auf der einen Seite privaten oder gewerblich tätigen Anbietern die Möglichkeit einräumen, Waren im Internet anzubieten, und auf der anderen Seite Interessenten den Zugriff auf diese Versteigerungsangebote eröffnen. Die auf der Anbieterseite handelnden Teilnehmer müssen sich zunächst bei den Beklagten unter Angabe verschiedener persönlicher Daten – u. a. des Namens, eines Benutzernamens, eines Passworts, der Anschrift und der E-Mail-Adresse – anmelden. Nach der Zulassung können die Anbieter Daten über den Versteigerungsgegenstand, das Mindestgebot und die Laufzeit des Angebots eingeben. Zwischen den Parteien ist streitig, ob

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

das vom Anbieter eingegebene Angebot unmittelbar auf der Angebotsseite erscheint oder ob es zunächst in den Geschäftsgang der Beklagten gelangt, dort erfasst, möglicherweise verändert und erst danach im Internet veröffentlicht wird. Im Rahmen des Internetauftritts der Beklagten werden täglich mehr als 90.000 neue Artikel angeboten.

5 Auf der Internetplattform der Beklagten wurden im Zeitraum vom 7. Juni 2000 bis zum 25. Januar 2001 zahlreiche Uhren angeboten, die mit der Bezeichnung „ROLEX“ und teilweise zusätzlich mit weiteren für die Klägerin geschützten Marken versehen waren. Es handelte sich dabei zum Teil um Fälschungen. Dies ergab sich teilweise unmittelbar entweder aus den Angaben in den Angebotstiteln oder aus den Angebotsbeschreibungen. Teilweise ergab sich der Verdacht einer Markenverletzung lediglich aufgrund des sehr niedrigen Mindestgebots im Verhältnis zum Listenpreis der Originaluhren. Mit Schreiben vom 8. September 2000 hat die Klägerin die Beklagte zu 1 auf die aus ihrer Sicht rechtswidrige Benutzung ihrer eingetragenen Marken hingewiesen und sie zur Unterlassung aufgefordert.

6 Die Klägerin sieht in dem Vertrieb der Uhren eine Verletzung ihrer Marken und der Marken der früheren Klägerin zu 2, für die die Beklagten hafteten. Die Beklagten nähmen die Funktion einer zentralen Schaltstelle ein, bei der alle Fäden zusammenliefen. Der Weg vom Bieter zum Versteigerer führe ausschließlich über die Beklagten; sie seien auch in den anschließenden Vollzug der Verträge aktiv und aus eigenem finanziellem Interesse eingeschaltet. Die Beklagten könnten sich 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 Beklagten mit den Versteigerungsangeboten eigene oder sich zu Eigen gemachte Inhalte zur Nutzung bereit hielten. Im Übrigen hätten die Beklagten Kenntnis von den Fälschungen erlangt. Es sei ihnen technisch möglich und zumutbar, eine Nutzung der markenverletzenden Angebote zu verhindern.

7 Die Klägerin und die frühere Klägerin zu 2 haben die Beklagten auf Unterlassung und Auskunftserteilung in Anspruch genommen sowie die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz begehrt. Sie haben sich zunächst auf die Verletzung ihrer nationalen Marken und ihrer IR-Marken gestützt. Nach Eintragung und Bekanntmachung der Gemeinschaftsmarken haben sie ihre Klage im Hauptantrag auf die (drohende) Verletzung der Gemeinschaftsmarken umgestellt. Die Klägerin zu 2 hat ihre Klage im Berufungsverfahren zurückgenommen und zugleich die Klägerin ermächtigt, ihre Ansprüche gegen die Beklagten im eigenen Namen geltend zu machen.

8 In der Revisionsinstanz verfolgt die Klägerin nur noch den Unterlassungsanspruch weiter. Insoweit hat sie im Berufungsverfahren beantragt, die Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen,

> es zu unterlassen, über eine Internetplattform wie www.ebay.de
>
> 1. im Geltungsbereich des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften die folgenden Gemeinschaftsmarken (es folgen die oben wiedergegebenen Gemeinschaftsmarken) im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Angebot von Uhren einschließlich Ziffernblätter und Armbänder in der Weise zu benutzen oder benutzen zu lassen, dass sie
>
>   - Versteigerungs- und/oder Verkaufsangebote Dritter in die von ihnen betriebene Datenbank aufnehmen,
>   - diese Datenbank öffentlich zugänglich machen und
>   - diese Angebote mittels einer Software, die die Abgabe, Verarbeitung und Abwicklung von Kaufgeboten und Annahmeerklärungen ermöglicht, verwalten,
>
>   insbesondere, indem sie
>
>   - unter Zugrundelegung ihrer Geschäftsbedingungen Angebote Dritter der Öffentlichkeit im Internet zugänglich machen,
>
>   und/oder
>
>   - unter Zugrundelegung ihrer Geschäftsbedingungen einen automatisierten Vertragsschluss zwischen Anbietern und Käufern ermöglichen,
>
>   und/oder
>
>   - für den Verkauf und/oder die Versteigerung der angebotenen Waren eine Verkaufsprovision vereinbaren und/oder einnehmen,

und/oder

- den jeweiligen Angebotsstand in Auktionslisten („listingsebay.de“) und/oder im Angebot selbst unter Angabe des Artikels, der Anzahl der Gebote, ihres letzten Preises und der laufenden Auktionsdauer einstellen,

  und/oder

- in den Auktionslisten die Zahl der jeweils angebotenen Artikel angeben,

  und/oder

- die „ebay-Käufe“ versichern,

  und/oder

- den Anbietern und Käufern die zur wechselseitigen Kontaktaufnahme erforderlichen Daten mitteilen,

  und/oder

- anstelle von Bietern bis zu einer von diesen bestimmten maximalen Grenze in den vorgesehenen Erhöhungsschritten Gebote abgeben,

wenn und soweit das Angebot erkennen lässt, dass die angebotenen Waren nicht aus dem Geschäftsbetrieb der Klägerin stammen oder mit deren Zustimmung hergestellt sind, nämlich durch

a) Hinweise auf eine Produktfälschung wie durch die Formulierungen „Fälschung“, „Plagiat“, „Falsifikat“, „Art“, „nicht echt“, „Nachahmung“, „Replika“, „Blender“, „Nachbau“,

   und/oder

b) durch eine Preisangabe, die für neue Uhren unterhalb von Euro 800 liegt,

hilfsweise

2. in der Bundesrepublik Deutschland die folgenden Kennzeichen (es folgen die nationalen und IR-Marken) ... (der weitere Antrag entspricht dem Hauptantrag).

9 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Sie haben die Ansicht vertreten, dass es seitens der Anbieter bereits an einem Handeln im geschäftlichen Verkehr fehle. Es lägen weder die Voraussetzungen für eine Haftung als Täter oder als Teilnehmer noch der Störerhaftung vor. Sie stellten den Nutzern lediglich eine technische Plattform für die Durchführung der Versteigerungen zur Verfügung. Die Versteigerungsangebote würden automatisch ins Internet gestellt, ohne dass sie hiervon Kenntnis nähmen. Nach Einstellung der Angebote in das Internet erhielten sie nur dann Kenntnis von möglicherweise rechtsverletzenden Inhalten, wenn ihnen diese gemeldet würden. Solche Inhalte würden anschließend umge-

hend von ihnen entfernt. Die Verantwortlichkeit für die unter „eBay“ durchgeführten Auktionen liege allein bei den Anbietern der zu versteigernden Waren.

10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Düsseldorf WRP 2004, 631).

11 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

12 Die Revision ist unzulässig, soweit sie auch im Namen der früheren Klägerin zu 2 eingelegt worden ist. Die Klägerin zu 2 hat ihre Klage im Berufungsrechtszug wirksam zurückgenommen. Diese gilt als nicht anhängig geworden. Die Klägerin zu 2 ist daher durch das ergangene Berufungsurteil nicht beschwert, so dass ihre Revision nicht statthaft ist. Diese ist demzufolge als unzulässig zu verwerfen.

B.

13 Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagten schon deshalb verneint, weil sie sich auf das Haftungsprivileg der §§ 8, 11 TDG 2001 berufen könnten. Dazu hat es ausgeführt:

14 Dem mit der Klage verfolgten Ziel, markenverletzende Angebote noch vor ihrem Erscheinen herauszufiltern, und zwar auch in Fällen, in denen ein objektiver

Eingriff noch nicht vorliege, aber drohend bevorstehe, stünden von vornherein die § 8 Abs. 2 Satz 1, § 11 Satz 1 Nr. 1 TDG 2001 entgegen. Das Teledienstegesetz sei auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch in der Fassung vom 14. Dezember 2001 anzuwenden. Der Filter des Teledienstegesetzes sei auf sämtliche Ansprüche aus unerlaubter Handlung und damit auch auf Unterlassungsansprüche anwendbar. Die Tatsache, dass die Klägerin ihren Anspruch primär auf die Verletzung ihrer Gemeinschaftsmarken stütze, hindere die Anwendung des Teledienstegesetzes schon deshalb nicht, weil die Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV) keine Vorschriften über die Störerhaftung enthalte. Zudem handele es sich bei der Neufassung des Teledienstegesetzes ebenfalls um europäisches Recht. Die Voraussetzungen des § 11 Satz 1 Nr. 1 TDG 2001 seien erfüllt. Bei den Auktionsangeboten handele es sich um fremde Inhalte, die sich die Beklagten auch nicht zu Eigen gemacht hätten. Von den für sie fremden Informationen hätten die Beklagten nicht die erforderliche positive Kenntnis gehabt.

C.

15 Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision der Klägerin haben Erfolg.

16 I. Das Berufungsgericht hat mit Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch im Hinblick auf die Beklagte zu 2 angenommen, die ihren Sitz in der Schweiz hat. Die Frage der internationalen Zuständigkeit ist auch unter der Geltung des § 545 Abs. 2 ZPO n.F. in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen (vgl. BGH, Urt. v. 30.3.2006 – I ZR 96/03, GRUR 2006, 941 Tz 10 = WRP 2006, 1235 – TOSCA BLU, m.w.N.). Die Klägerin macht mit ihrem Hauptantrag die (drohende) Verletzung ihrer Gemeinschaftsmarken geltend. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte folgt aus Art. 93 Abs. 1 Fall 2

GMV. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass es sich bei der Beklagten zu 1 um eine Niederlassung der Beklagten zu 2 in Deutschland handele. Darüber hinaus hat sich die Beklagte zu 2 rügelos eingelassen, so dass sich die internationale Zuständigkeit auch aus Art. 93 Abs. 4 lit. b GMV i.V. mit Art. 18 EuGVÜ ergibt.

17 II. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin nach dem Haupt- wie nach dem Hilfsantrag schon deshalb verneint, weil es zu Unrecht von einer nach dem Teledienstegesetz eingeschränkten Haftung der Beklagten als Veranstalterinnen einer Plattform für Fremdversteigerungen ausgegangen ist. Wie der Senat – zeitlich nach dem Berufungsurteil – entschieden hat, findet das Haftungsprivileg der §§ 8, 11 TDG 2001 keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche (BGHZ 158, 236, 246 ff. – Internet-Versteigerung I). Der Senat hält trotz der von der Revisionserwiderung dagegen vorgebrachten Kritik an den dort dargelegten Grundsätzen fest. Durch das am 1. März 2007 in Kraft getretene Telemediengesetz (TMG) vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179) hat sich daran nichts geändert.

18 1. Ob der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zusteht, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen (BGHZ 158, 236, 245 – Internet-Versteigerung I, m.w.N.). Das Teledienstegesetz wurde zum 1. März 2007 durch das Telemediengesetz ersetzt. Die Regelungen zur Verantwortlichkeit (§§ 7 bis 10 TMG) sind jedoch gegenüber der vorherigen Rechtslage inhaltlich unverändert geblieben (vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks.16/3078, S. 11 f.).

19 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts finden die Haftungsprivilegien des Telemediengesetzes bzw. des Teledienstegesetzes keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche (BGHZ 158, 236, 246 ff. – Internet-Versteigerung I;

BGH, Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 101/06, unter II.1.b). Dies gilt nicht nur für den auf eine bereits geschehene Verletzung gestützten, sondern auch für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch. Die Klägerin macht mit ihrem Hauptantrag einen solchen vorbeugenden Unterlassungsanspruch geltend; denn ihr Vorbringen zu den in der Vergangenheit liegenden Verletzungshandlungen bezieht sich ausschließlich auf die Verletzung ihrer nationalen und IR-Marken. Verletzungen der Gemeinschaftsmarken, derentwegen Unterlassung erst ab der Veröffentlichung der Eintragung geltend gemacht werden kann (Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GMV), hat die Klägerin nicht vorgetragen. Hinsichtlich der Gemeinschaftsmarken (im Folgenden: Klagemarken) kommt daher nur ein vorbeugender Unterlassungsanspruch in Betracht. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

20 III. Die Abweisung der Klage mit den Hauptanträgen erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

21 1. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachvortrag ist eine Erstbegehungsgefahr für die Verletzung der Klagemarken durch die Anbieter der Uhren zu bejahen. Sie ergibt sich aus der erfolgten Verletzung der mit den Klagemarken identischen nationalen und IR-Marken.

22 a) Die von der Klägerin in der Klageschrift wiedergegebenen, in drei Fallgruppen unterteilten etwa 180 Angebote stellen überwiegend klare Verletzungen der mit den Klagemarken identischen nationalen Marken und IR-Marken der Klägerin dar.

23 aa) Mangels bislang getroffener Feststellungen muss hierbei zugunsten der Klägerin als Revisionsführerin von einem Handeln der Anbieter im geschäftlichen Verkehr im Sinne des § 14 Abs. 2 MarkenG ausgegangen werden. Ein Zeichen wird im geschäftlichen Verkehr benutzt, wenn die Benutzung im Zusammenhang

mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt (vgl. EuGH, Urt. v. 12.11.2002 – C-206/01, Slg. 2002, I-10273 = GRUR 2003, 55 Tz 40 = WRP 2002, 1415 – Arsenal Football Club; BGH, Urt. v. 13.11.2003 – I ZR 103/01, GRUR 2004, 241, 242 = WRP 2004, 357 – GeDIOS). Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass im Interesse des Markenschutzes an dieses Merkmal keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Auf der anderen Seite wird der private Bereich nicht schon immer dann verlassen, wenn eine Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten wird. So handelt etwa derjenige, der anlässlich eines Umzugs in eine kleinere Wohnung eine Vielzahl verschiedener Gegenstände über die Plattform der Beklagten zum Verkauf anbietet, nicht bereits deshalb im geschäftlichen Verkehr, weil jedermann auf sein Angebot zugreifen kann. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt dagegen jedenfalls bei solchen Fallgestaltungen nahe, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt. Auch wenn ein Anbieter von ihm zum Kauf angebotene Gegenstände erst kurz zuvor erworben hat, spricht dies für eine entsprechende Gewinnerzielungsabsicht und damit für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr (BGHZ 158, 236, 249 – Internet-Versteigerung I). Schließlich deutet auch die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, auf eine geschäftliche Tätigkeit hin (vgl. Rohnke, Festschrift für v. Mühlendahl, 2005, S. 117 ff.; Leible/Sosnitza, CR 2002, 373 f.).

24 bb) Die nach dem Klagevortrag zum Verkauf angebotenen Uhren stammten nicht von der Klägerin. Sie waren jedoch mit ihren Marken, insbesondere der Marke „ROLEX“ versehen. Es liegen daher in diesen Fällen Markenverletzungen nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 2 MarkenG vor (vgl. BGHZ 158, 236, 249 – Internet-Versteigerung I).

25 b) Da die Klagemarken mit den nationalen und IR-Marken der Klägerin übereinstimmen und der Verletzungstatbestand des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. a,

Abs. 2 lit. b GMV mit dem nationalen Verletzungstatbestand identisch ist, besteht ohne weiteres die ernsthafte und greifbare Besorgnis, dass die Klagemarken von den Anbietern künftig in gleicher Weise wie die nationalen Marken der Klägerin verletzt werden.

26 2. Die Klage scheitert mit den Hauptanträgen auch nicht daran, dass nur eine Haftung der Beklagten als Störer in Betracht kommt, der autonom geregelte Unterlassungsanspruch in Art. 98 Abs. 1 GMV eine Störerhaftung aber nicht kennt.

27 a) Allerdings scheidet eine Haftung der Beklagten als Täter oder Teilnehmer aus.

28 aa) Die Beklagten erfüllen dadurch, dass sie den Anbietern ihre Plattform für Fremdversteigerungen zur Verfügung stellen und dort markenverletzende Angebote veröffentlicht werden können, nicht selbst den Tatbestand einer (drohenden) Markenverletzung gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. a, Abs. 2 lit. b GMV. Die Beklagten bieten die gefälschten Waren weder selbst an, noch bringen sie diese in Verkehr; sie benutzen die Klagemarken auch nicht in der Werbung (Art. 9 Abs. 2 lit. b und lit. d GMV; vgl. auch BGHZ 158, 236, 250 – Internet-Versteigerung I).

29 bb) Auch eine Haftung der Beklagten als Teilnehmerinnen an einer (drohenden) Verletzung der Klagemarken durch die jeweiligen Anbieter kommt nicht in Betracht.

30 (1) Allerdings kann sich der vorbeugende Unterlassungsanspruch nicht nur gegen den Täter, sondern auch gegen den Teilnehmer einer drohenden Verletzungshandlung richten, wenn hinsichtlich der drohenden Beteiligungshandlung die Voraussetzungen einer Teilnahme vorliegen und die vom Vorsatz des Teilneh-

mers erfasste Haupttat eine Markenverletzung darstellt (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., Vor §§ 14-19 Rdn. 66).

31 (2) Die Gehilfenhaftung setzt neben einer objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (BGHZ 158, 236, 250 – Internet-Versteigerung I, m.w.N.). Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Angebote der Versteigerer in einem automatischen Verfahren ohne vorherige Kenntnisnahme der Beklagten in das Internet gestellt werden. Eine vorsätzliche Teilnahme der Beklagten scheidet unter diesen Umständen aus (vgl. BGHZ 158, 236, 250 – Internet-Versteigerung I).

32 (3) Entgegen der Ansicht der Revision reicht der Umstand, dass die Beklagten – wie sich aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihren allgemeinen Informationen für die Anbieter ergibt – mit gelegentlichen Markenverletzungen rechnen, für die Annahme eines Gehilfenvorsatzes nicht aus. Dieser muss sich vielmehr auf die konkret drohende Haupttat beziehen. Daran fehlt es hier. Aus diesem Grunde kommt es – entgegen der Auffassung der Revision – auch nicht darauf an, ob ein Gehilfenvorsatz allein schon aus einer nachhaltigen Verletzung von Prüfungspflichten hergeleitet werden kann (vgl. BGHZ 158, 236, 250 – Internet-Versteigerung I).

33 b) Nach dem in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Sachverhalt kann jedoch eine Haftung der Beklagten als Störer nicht ausgeschlossen werden.

34 aa) Im Falle der (drohenden) Verletzung einer Gemeinschaftsmarke kann ein Unterlassungsanspruch entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht nur gegen den unmittelbaren Verletzer, sondern auch gegen den Störer geltend gemacht werden.

35 (1) Allerdings kennt die Gemeinschaftsmarkenverordnung die Störerhaftung nicht (vgl. Leible/Sosnitza, WRP 2004, 592, 594). Sie verweist zwar hinsichtlich

der anderen Rechtsfolgen auf das Recht der Mitgliedstaaten (Art. 98 Abs. 2 GMV), enthält aber für den Unterlassungsanspruch eine eigenständige abschließende Regelung (Art. 98 Abs. 1 GMV). Im Hinblick auf diese autonome Regelung kann für die Voraussetzungen und den Umfang des Anspruchs nicht unmittelbar auf das nationale Recht zurückgegriffen werden (vgl. Eisenführ in Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenverordnung, Art. 14 Rdn. 4; Art. 97 Rdn. 5; Art. 98 Rdn. 2; Knaak, GRUR Int. 2001, 665, 666 f.; Bumiller, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke in der Europäischen Union, S. 53 Rdn. 1).

36 (2) Der Inhalt des Unterlassungsanspruchs nach Art. 98 Abs. 1 GMV wird jedoch durch andere gemeinschaftsrechtliche Normen näher bestimmt. Nach Art. 11 Satz 3 der im Laufe des Rechtsstreits erlassenen Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (im Folgenden: Durchsetzungsrichtlinie) müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Rechtsinhaber im Falle der Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums – also auch im Falle der (drohenden) Verletzung einer Gemeinschaftsmarke – eine Anordnung auch „gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden". Nach dem Erwägungsgrund 23 der Richtlinie sollen die Voraussetzungen und das Verfahren für derartige Anordnungen Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bleiben. Damit ist die autonome Regelung des Unterlassungsanspruchs in Art. 98 Abs. 1 GMV im Hinblick auf die Haftung von „Mittelspersonen" ergänzt worden, wobei die Ausgestaltung dieser Haftung im Einzelnen den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.

37 Im deutschen Recht ist die Haftung von „Mittelspersonen" durch die deliktsrechtliche Gehilfenhaftung, vor allem aber durch die Störerhaftung gewährleistet (so auch Hacker in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 14 Rdn. 203). Die Bundesregierung sieht dementsprechend im Entwurf eines Gesetzes zur Verbes-

serung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums insoweit keine Notwendigkeit, Art. 11 Satz 3 der Durchsetzungsrichtlinie im deutschen Recht ausdrücklich umzusetzen (BR-Drucks. 64/07, S. 70, 75).

38 (3) Die Durchsetzungsrichtlinie ist jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 29. April 2006 zur näheren Bestimmung des in der Gemeinschaftsmarkenverordnung geregelten Unterlassungsanspruchs unmittelbar heranzuziehen, auch wenn das Gesetz, mit dem die Richtlinie umgesetzt werden soll, noch nicht verabschiedet ist (vgl. nur BGHZ 138, 55, 61 – Testpreis-Angebote, m.w.N.; ferner zur Durchsetzungsrichtlinie BGH, Urt. v. 1.8.2006 – X ZR 114/03, GRUR 2006, 962 Tz 40 = WRP 2006, 1377 – Restschadstoffentfernung, zur Veröffentlichung in BGHZ 169, 30 bestimmt). Die unmittelbare Berücksichtigung der Richtlinie ist auch deswegen geboten, weil es im Streitfall um die richtlinienkonforme Auslegung nicht des nationalen, sondern des Gemeinschaftsrechts geht. Denn die Durchsetzungsrichtlinie ergänzt und modifiziert mit der Bestimmung über die Haftung der „Mittelspersonen" unmittelbar die Regelung des Unterlassungsanspruchs in Art. 98 Abs. 1 GMV. Da das nach der Durchsetzungsrichtlinie heranzuziehende nationale Recht mit der Störerhaftung bereits eine entsprechende erweiterte Haftung vorsieht, ist mit der Durchsetzungsrichtlinie der durch die Gemeinschaftsmarkenverordnung an sich gesperrte Rückgriff auf das nationale Recht nicht nur möglich, sondern auch geboten.

39 (4) Der Umstand, dass die Richtlinie erst im Laufe des Rechtsstreits erlassen worden ist, hindert ihre Berücksichtigung ebenfalls nicht. Die Klägerin macht mit ihrem Hauptantrag einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch geltend (vgl. oben unter C.II.2.). Für die gerichtliche Entscheidung über das Bestehen eines solchen Anspruchs ist grundsätzlich die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich. Die als Anspruchsvoraussetzung erforderliche Erstbegehungsgefahr für die Verletzung der Gemeinschaftsmarken ergibt sich aus der Verletzung

der identischen nationalen Marken (vgl. oben unter C.III.1. und nachfolgend unter C.III.2.b)bb). Der Erlass der Richtlinie hat auf die Frage der Verletzung der nationalen Marken und damit auf die Frage der Begründung einer Erstbegehungsgefahr keinen Einfluss.

40 bb) Als Störer haftet derjenige auf Unterlassung, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt (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; BGHZ 158, 236, 251 – Internet-Versteigerung I). Weil die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats 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 (BGH, Urt. v. 10.10.1996 – I ZR 129/94, GRUR 1997, 313, 315 f. = WRP 1997, 325 – Architektenwettbewerb; 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; BGHZ 158, 236, 251 – Internet-Versteigerung I). Da die Verletzung eines absoluten Rechts in Rede steht, stellt sich im Streitfall nicht die Frage, ob die Störerhaftung auch in Fällen des Verhaltensunrechts anzuwenden ist (vgl. BGHZ 158, 236, 251 – Internet-Versteigerung I).

41 cc) Die Frage, ob der Störer auch dann vorbeugend auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn es noch nicht zu einer Verletzung des geschützten Rechts gekommen ist, eine Verletzung in der Zukunft aber aufgrund der Umstände zu befürchten ist, hat der Senat in der Vergangenheit offengelassen (vgl. BGH GRUR 1997, 313, 315 – Architektenwettbewerb; BGH, Urt. v. 21.2.2002 – I ZR 281/99, GRUR 2002, 902, 904 = WRP 2002, 1050 – Vanity-Nummer;

BGHZ 156, 1, 11 – Paperboy). Sie ist zu bejahen, wenn der potentielle Störer eine Erstbegehungsgefahr begründet (vgl. MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rdn. 263). Dies folgt bereits aus dem Wesen des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs, wonach bei einer drohenden Gefährdung nicht erst abgewartet zu werden braucht, bis der erste Eingriff in ein Rechtsgut erfolgt ist. Soweit der älteren Senatsrechtsprechung etwas anderes entnommen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 299/88 – GRUR 1991, 540, 541 = WRP 1991, 157 – Gebührenausschreibung), wird hieran nicht festgehalten.

D.

42 Danach kann die Abweisung der Klage mit den Hauptanträgen keinen Bestand haben. Da das Schicksal der Hauptanträge noch offen ist, ist von der Aufhebung auch die Abweisung der Klage mit den Hilfsanträgen erfasst.

43 Dem Senat ist eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits verwehrt. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – bislang keine Feststellungen dazu getroffen, ob eine Verletzung der Klagemarken durch die Anbieter droht und ob die Beklagten hierfür in Anspruch genommen werden können. Dies ist nachzuholen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

44 1. Die Erstbegehungsgefahr für einen die Störerhaftung auslösenden Beitrag der Beklagten an der Verletzung der Klagemarken durch die jeweiligen Anbieter kann sich daraus ergeben, dass die Beklagten – sollte sich das Klagevorbringen insofern als zutreffend erweisen – für die Verletzung der mit den Klagemarken identischen nationalen Marken und IR-Marken als Störer haften.

45 a) Nach den in der Senatsentscheidung „Internet-Versteigerung I“ (BGHZ 158, 236, 251 f.) dargelegten Grundsätzen müssen die Beklagten, die als Betreiber einer Internetplattform für Fremdversteigerungen an den erzielten Erlösen teilhaben, immer dann, wenn sie vom Markeninhaber auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden sind, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren (§ 10 Satz 1 Nr. 2 TMG bzw. § 11 Satz 1 Nr. 2 TDG 2001). Sie müssen darüber hinaus Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Markenverletzungen kommt. Hierbei ist zu beachten, dass der Hinweis des Markeninhabers auf die Markenverletzung auch einen Hinweis darauf umfassen muss, dass der jeweilige Anbieter im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat.

46 b) Die Klägerin hat vorgetragen, dass es zu mehreren klar erkennbaren Verletzungen ihrer nationalen Marken und IR-Marken durch die Anbieter gekommen sei, auf die sie die Beklagten hingewiesen habe. Dies wird das Berufungsgericht zu überprüfen haben. Soweit die Parteien zur Frage des Handelns im geschäftlichen Verkehr noch ergänzend vortragen, ist anzumerken, dass die Klägerin sich lediglich auf die veröffentlichten Angebote stützen kann. Ergeben sich daraus objektive Merkmale, die für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr sprechen (vgl. oben unter C.III.1.a)aa), ist es Sache der Beklagten, substantiiert darzulegen, dass dennoch kein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegt (BGH, Urt. v. 11.3.2004 – I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 864 = WRP 2004, 1287 – Internet-Versteigerung I, insoweit nicht in BGHZ 158, 236, 253).

47 c) Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob es sich bei den von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 8. September 2000 angeführten Fällen um klare, ohne weiteres erkennbare Rechtsverletzungen handelte. Ist dies der Fall, begründen diese Vorkommnisse – wie dargelegt – eine Prüfungspflicht der Beklagten. In diesem Fall müssten sie nunmehr nicht nur das konkrete Angebot sperren, sondern Vorsorge treffen, dass es bei den Angeboten von ROLEX-Uhren nicht zu wei-

teren klaren Rechtsverletzungen kommt. Dabei ist zu beachten, dass den Beklagten auf diese Weise keine unzumutbaren Prüfungspflichten auferlegt werden dürfen, die das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen würden (BGHZ 158, 236, 251 – Internet-Versteigerung I). Welche technischen Möglichkeiten den Beklagten hierbei zu Gebote stehen, ist zwischen den Parteien streitig. Unstreitig ist aber, dass sich die Beklagten hierbei jedenfalls in gewissem Umfang einer Filtersoftware bedienen können, die durch Eingabe von entsprechenden Suchbegriffen Verdachtsfälle aufspürt, die dann gegebenenfalls manuell überprüft werden müssen. Die Grenze des Zumutbaren ist dabei jedenfalls dann erreicht, wenn keine Merkmale vorhanden sind, die sich zur Eingabe in ein Suchsystem eignen. Soweit die Beklagten geltend machen, dass derzeit eine lückenlose Vorabkontrolle, die sämtliche Rechtsverletzungen sicher erkennt, technisch nicht möglich sei, hindert dies ihre Verurteilung zur Unterlassung nicht. Auch im Falle einer Verurteilung zur Unterlassung wären die Beklagten für Zuwiderhandlungen nur haftbar zu machen, wenn sie ein Verschulden trifft (§ 890 ZPO). Für Markenverletzungen, die sie in einem vorgezogenen Filterverfahren nicht erkennen können, träfe sie kein Verschulden (vgl. BGHZ 158, 236, 252 – Internet-Versteigerung I).

48 Unbegründet ist der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der Revisionserwiderung, eine dem Antrag entsprechende Verurteilung sei unzulässig, weil damit auch ein rechtmäßiges Verhalten untersagt werde. Da den Beklagten stets nur schuldhafte Verstöße zur Last gelegt werden können, erstreckt sich das Verbot nicht auf ein unverschuldetes Verhalten. Im Übrigen lassen sich die Grenzen dessen, was den Beklagten zuzumuten ist, im Erkenntnisverfahren möglicherweise nicht präziser bestimmen, weil weder die Art der zukünftigen Angebote noch die in der Zukunft bestehenden technischen Möglichkeiten, klare Verdachtsfälle herauszufiltern, abzusehen sind. Die von der Revisionserwiderung beklagte Verlagerung eines Teils des Streits in das Vollstreckungsverfahren ist daher nicht zu

vermeiden, wenn nicht der auf einen durchsetzbaren Unterlassungstitel zielende Rechtsschutz geopfert werden soll.

49 2. Zu den von der Klägerin gestellten Anträgen weist der Senat abschließend auf folgendes hin:

50 a) Die Anträge der Klägerin sind insoweit nicht hinreichend bestimmt, als sie nicht klarstellen, dass die Beklagten nur verpflichtet sind, solche Angebote herauszufiltern, bei denen die Anbieter im geschäftlichen Verkehr handeln. Jedenfalls in Fällen, in denen ein Tatbestandsmerkmal zwischen den Parteien umstritten ist, reicht es nicht aus, nur den – nicht hinreichend bestimmten – Gesetzestext in den Antrag aufzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 29.6.1995 – I ZR 137/93, GRUR 1995, 832, 833 = WRP 1995, 1026 – Verbraucherservice; Urt. v. 24.11.1999 – I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urt. v. 12.7.2001 – I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 = WRP 2002, 85 – Rechenzentrum; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 51 Rdn. 8a; Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rdn. 243). Zwischen den Parteien besteht gerade Streit darüber, wo die Grenze zwischen privatem und geschäftlichem Handeln liegt. Die Klägerin muss daher das Merkmal „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ durch die Anbieter hinreichend konkret umschreiben und gegebenenfalls mit Beispielen verdeutlichen. Hierzu wird sie im wiedereröffneten Berufungsverfahren Gelegenheit haben.

51 b) Ob der Antrag der Klägerin, den Beklagten auch das Einstellen solcher Angebote zu verbieten, die nur durch eine Preisangabe auffallen, die für neue Uhren unterhalb von 800 € liegt („oder“-Zusatz im Klageantrag unter 1.b), deshalb als zu weitgehend anzusehen ist, weil er möglicherweise auch rechtlich zulässige Handlungen wie z.B. ein besonders niedriges Einstiegsgebot umfasst, wird noch zu prüfen sein. Die Beklagten sind nur verpflichtet, solche Angebote zu blockieren,

die sie eindeutig als rechtsverletzend erkennen können. Ob allein ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis dafür ausreicht, kann nach den bisherigen Feststellungen nicht abschließend beantwortet werden. Können die Beklagten darlegen, dass trotz eines extrem niedrigen Mindestangebots immer wieder zu Preisen abgeschlossen wird, die dem Marktwert einer echten ROLEX-Uhr nahekommen oder ihn sogar übertreffen, wäre der erste Anschein zerstört, dass es sich bei den Angeboten mit extrem günstigen Einstiegspreis für neue Uhren in aller Regel um Fälschungen handelt.

52 c) Die Revisionserwiderung macht schließlich mit Recht geltend, dass die Anträge auch solche Fälle erfassen, die nicht mit einem zumutbaren Filterverfahren und eventueller anschließender manueller Kontrolle der dadurch ermittelten Treffer erkennbar sind (dazu oben unter D.1.c) a.E.). Dem kann dadurch begegnet werden, dass die Klägerin entweder den Antrag entsprechend fasst oder ohne Antragsänderung deutlich macht, dass ihr Unterlassungsbegehren entsprechend

beschränkt zu verstehen ist; kommt dies gegebenenfalls in den Gründen der Entscheidung hinreichend zum Ausdruck, kann auch auf diese Weise für das Vollstreckungsverfahren klargestellt werden, dass ein Verstoß gegen das Unterlassungsgebot nur gegeben ist, wenn die Beklagten zumutbare Kontrollmaßnahmen nicht ergreifen.

Bornkamm v. Ungern-Sternberg Pokrant

Bergmann Gröning

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.10.2002 - 4a O 464/01 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.02.2004 - I-20 U 204/02 -