

Berichtigt durch Beschluss  
vom 1. Februar 2011  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 139/08

Verkündet am:  
22. Juli 2010  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Kinderhochstühle im Internet

BGB § 823 Abs. 1 Ai; MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5; TMG § 7 Abs. 2 Satz 1;  
UWG § 6 Abs. 2 Nr. 6, § 8 Abs. 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

- a) Der Betreiber eines Internetmarktplatzes, der Dritten dort die Möglichkeit eröffnet, Verkaufsangebote ohne seine Kenntnisnahme in einem vollautomatischen Verfahren einzustellen, ist nicht verpflichtet, sämtliche Verkaufsangebote, die die Marken eines Markeninhabers anführen, einer manuellen Bildkontrolle darauf zu unterziehen, ob unter den Marken von den Originalerzeugnissen abweichende Produkte angeboten werden.
- b) Der Betreiber eines Internetmarktplatzes haftet regelmäßig nicht nach §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6, § 8 Abs. 1 UWG als Täter oder Teilnehmer, wenn in Angeboten mit Formulierungen "ähnlich" oder "wie" auf Marken eines Markeninhabers Bezug genommen wird.
- c) Die Grundsätze der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung nach § 823 Abs. 1 BGB sind auf die wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht übertragbar.

BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - I ZR 139/08 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 24. Juli 2008 wird hinsichtlich der Widerklage mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Widerklage statt als unbegründet als unzulässig abgewiesen wird.

Im Übrigen wird das genannte Urteil aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin vertreibt den Kinderhochstuhl "Tripp Trapp". Sie ist Inhaberin der für Möbel eingetragenen Wortmarken Nr. 396 54 805.9 "TRIPP TRAPP", Nr. 399 30 885.7 "STOKKE" sowie der Gemeinschaftsmarke Nr. 002 536 498 "TRIP TRAP".
- 2 Die Beklagte betreibt im Internet unter [www.ebay.de](http://www.ebay.de) eine Plattform, auf der Privatleute und Gewerbetreibende gegen Entgelt Waren zur Versteigerung oder zum Kauf zu einem Festpreis anbieten können. Voraussetzung für das Anbieten oder den

Erwerb ist eine elektronische Registrierung als Mitglied der Beklagten. Im Rahmen dieser Registrierung wird dem Mitglied ein Nutzernamen zugewiesen, unter dem er auf der Internetplattform auftreten kann.

3 Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten werden die Verträge über die auf ihrem Online-Marktplatz angebotenen Artikel ausschließlich zwischen den Mitgliedern abgeschlossen. Zudem sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ein Verbot vor, Artikel anzubieten, durch die gewerbliche Schutzrechte verletzt werden. Zur Verhinderung rechtsverletzender Angebote führt die Beklagte Stichprobenkontrollen durch und setzt Schlagwortfilter ein, die die Angebote der Nutzer mit Suchbegriffen vergleichen. Sie stellt Inhabern von Schutzrechten ein Programm zur Verfügung, mit dem diese nach rechtsverletzenden Angeboten auf der Internetplattform der Beklagten suchen und diese melden können. Den Teilnehmern an dieser als VeRI-Programm bezeichneten Suchoption gibt die Beklagte die Daten der Mitglieder heraus, die mit ihren Angeboten Schutzrechte verletzen.

4 Auf der Internetplattform boten Mitglieder der Beklagten unter Verwendung der Klagemarken Kinderhochstühle an, die nicht von der Klägerin stammten, oder warben für die Fremdfabrikate mit den Formulierungen "wie Stokke", "wie Tripp Trapp", "wie Trip Trap", "ähnlich Stokke", "ähnlich Tripp Trapp" oder "ähnlich Trip Trap".

5 Die Klägerin beanstandete zunächst im Rahmen des VeRI-Programms eine Vielzahl derartiger Angebote als rechtsverletzend und mahnte die Beklagte ab.

6 Die Parteien streiten darüber, ob unter den von der Klägerin beanstandeten Angeboten Privatverkäufe waren und ob eine Bilderkennungssoftware verfügbar ist oder jedenfalls entwickelt werden könnte, die mit dem von der Klägerin vertriebenen Kinderhochstuhl nicht identische Fremdfabrikate erkennen kann.

7 Die Beklagte wirbt für ihren Internetmarktplatz mit sogenannten Adword-Anzeigen bei dem Suchmaschinenbetreiber Google. Zu der Werbung zählte auch eine mit "Tripp Tripp" bezeichnete Anzeige, die bei Eingabe des Suchbegriffs "Tripp Trapp" in die Suchmaschine von Google erschien. Von dieser Anzeige führte ein Link zu Angeboten von Kinderhochstühlen, bei denen die Klagemarken im Zusammenhang mit Fremdfabrikaten benutzt wurden.

8 Die Klägerin hat geltend gemacht, ihre Wortmarken würden durch die beanstandeten Angebote, die zudem wettbewerbswidrig seien, verletzt. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte als Täterin oder Gehilfin, zumindest aber als Störerin für die Rechtsverletzungen der Verkäufer auf ihrer Plattform hafte. Es sei ihr möglich und zumutbar, rechtsverletzende Angebote durch den Einsatz von Schlagwortfiltern und einer Bilderkennungssoftware sowie durch manuelle Kontrollen festzustellen.

9 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im Internet für Internetbenutzer in Deutschland zugängliche Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben, in denen Kinderhochstühle angeboten werden, bei denen es sich nicht um den in der Anlage zum Tenor dargestellten Original-"Tripp Trapp"-Stuhl der Klägerin handelt, sofern

a) die Kinderhochstühle in den Auktionen und/oder den Verkaufsangeboten unter einer der folgenden Marken der Klägerin angeboten werden:

"Stokke" und/oder "Tripp Trapp" und/oder "Trip Trap"

und/oder

b) in den Produktbezeichnungen und/oder den Produktbeschreibungen der Auktionen und/oder der Verkaufsangebote vergleichend auf den in der Anlage zum Tenor abgebildeten Original-"Tripp Trapp"-Stuhl der Klägerin und/oder die Marken Stokke und/oder Tripp Trapp und/oder Trip Trap der Klägerin Bezug genommen wird durch Verwendung einer der folgenden Formulierungen:

"wie Stokke" und/oder "wie Tripp Trapp" und/oder "wie Trip Trap" und/oder "ähnlich Stokke" und/oder "ähnlich Tripp Trapp" und/oder "ähnlich Trip Trap".



10 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, die Angebotsbeschreibungen würden ohne ihr Zutun und ohne ihre Kenntnisnahme vom jeweiligen Anbieter vollautomatisch ins Internet gestellt. Sie hat ein Handeln der Anbieter im geschäftlichen Verkehr in Abrede gestellt und die Ansicht vertreten, ihr stehe wegen der wiederholten Beanstandung von privaten Verkaufsangeboten durch die Klägerin ein Anspruch auf Unterlassung wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung zu.

11 Die Beklagte hat Widerklage erhoben, mit der sie beantragt hat,

die Klägerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, Angebote von Verkäufern auf dem Online-Marktplatz [www.ebay.de](http://www.ebay.de) zu beanstanden oder beanstanden zu lassen, die Kinderhochstühle zum Gegenstand haben, die nicht von der Klägerin hergestellt wurden, gleichwohl aber unter den Marken "Stokke" und/oder "Tripp Trapp" und/oder "Trip Trap" und/oder unter Verwendung von Formulierungen "wie Stokke" und/oder "wie Tripp Trapp" und/oder "wie Trip Trap" und/oder "ähnlich Stokke" und/oder "ähnlich Tripp Trapp" und/oder "ähnlich Trip Trap"

zum Kauf angeboten werden, sofern sich nicht aus diesen Angeboten ergibt, dass es sich um solche im geschäftlichen Verkehr und nicht um Privatverkäufe handelt.

12 Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin klargestellt, dass mit dem die Stühle beschreibenden Teil des Klageantrags keine nicht erkennbaren Ident-Plagiate und mit der Wendung "im Internet" die Aktivitäten der Beklagten "auf dem und/oder für den Marktplatz eBay" gemeint seien. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihr Begehren in einem ersten Hilfsantrag davon abhängig gemacht, dass aufgrund von hinweisenden Merkmalen erkennbar sei, dass der Anbieter mit seinem Angebot im geschäftlichen Verkehr handele. In einem zweiten Hilfsantrag hat sie das Vorliegen eines Angebots im geschäftlichen Verkehr anhand von 57 Merkmalen beschrieben.

13 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (OLG Hamburg WRP 2008, 1569).

14 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter und beantragt, der Widerklage stattzugeben. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

15 I. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge für begründet und den mit der Widerklage verfolgten Unterlassungsanspruch für unbegründet erachtet und hat hierzu ausgeführt:

16 Der mit dem Klageantrag zu a verfolgte Unterlassungsanspruch ergebe sich aus § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 MarkenG. Auf dem Internetmarktplatz der Beklag-

ten seien Kinderhochstühle anderer Hersteller unter Verwendung der Marken der Klägerin zum Kauf angeboten worden. Für die Verletzungen der Marken der Klägerin hafte die Beklagte als Täterin oder Gehilfin. Sie habe keine ausreichenden und zumutbaren Maßnahmen getroffen, um zu verhindern, dass markenverletzende Angebote auf ihrem Online-Marktplatz erschienen. Zwar erfordere die Verhinderung von Verletzungen der Klagemarken einen Vergleich des in den jeweiligen Angebotsbeschreibungen enthaltenen Fotos mit der Abbildung des Original-Stuhls. Ob dieser Vergleich mit einer Bilderkennungssoftware automatisiert möglich sei, könne dahinstehen, da ein manueller Bildabgleich durch Mitarbeiter möglich sei. Trotz eines gerichtlichen Hinweises habe die Beklagte nicht dargelegt, dass ein manueller Abgleich unzumutbar sei. Handele der Anbieter im geschäftlichen Verkehr, leiste die Beklagte Beihilfe zu der Markenverletzung. Dagegen hafte sie selbst täterschaftlich, wenn der Anbieter den Verkauf außerhalb des geschäftlichen Verkehrs vornehme. Der Beklagten sei aufgrund der Vielzahl der in der Vergangenheit aufgezeigten Rechtsverletzungen auf ihrer Internetplattform bekannt, dass es zu weiteren Verletzungen der Marken der Klägerin kommen werde.

17            Der mit dem Klageantrag zu b verfolgte Unterlassungsanspruch sei aus §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 UWG begründet. Die Angebote von Kinderhochstühlen mit Formulierungen "wie" oder "ähnlich" "Stokke" oder "Tripp Trapp" in der Schreibweise mit einem oder zwei "p" seien Werbevergleiche, in denen eine Ware als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware dargestellt werde. Für die Wettbewerbsverstöße hafte die Beklagte als Täterin oder Gehilfin.

18            Die Widerklage sei unbegründet, auch wenn die Abmahnungen der Klägerin einzelne Privatanbieter mitumfasst hätten. In solchen Fällen sei die Beklagte als Täterin der beanstandeten Rechtsverletzungen verantwortlich. Der mit der Widerklage verfolgte Unterlassungsanspruch sei auch deshalb ausgeschlossen, weil die Beklag-

te einen Rechteinhaber nicht einerseits im Rahmen des VeRI-Programms auffordern könne, Rechtsverletzungen unabhängig von der Frage zu melden, ob der Anbieter im geschäftlichen Verkehr handele, und ihn - wenn dies geschehe - andererseits mit einer Unterlassungsklage überziehen könne.

19           II. Die Revision hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zurückgewiesen hat, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die weitergehende, die Widerklage betreffende Revision bleibt dagegen ohne Erfolg.

20           1. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe aus den Wortmarken "TRIPP TRAPP", "STOKKE" und "TRIP TRAP" ein Unterlassungsanspruch im Umfang des Klageantrags zu a nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 MarkenG gegen die Beklagte zu, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine Haftung der Beklagten als Täterin oder Teilnehmerin nicht bejaht werden.



21 a) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Unterlassungsantrag zu a allerdings hinreichend bestimmt.

22 Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich die Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (BGH, Urt. v. 29.4.2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Tz. 21 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet).

23 Der Klageantrag zu a genügt den gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen. Er ist zwar in zweifacher Hinsicht auslegungsbedürftig. Der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts wird jedoch noch hinreichend deutlich.

24 Durch den auf dem Klageantrag zu a beruhenden Unterlassungstenor soll der Beklagten untersagt werden, dass auf ihrer Internetplattform unter den Klagemarken Kinderhochstühle angeboten werden, bei denen es sich nicht um den Original-Tripp-Trapp-Stuhl der Klägerin handelt. Nach der Klarstellung des Klageantrags in der Berufungsinstanz begehrt die Klägerin kein gegen identische Nachahmungen des Kinderstuhls gerichtetes Verbot. Daraus folgt, dass der Beklagten die Werbe- und Vertriebshandlungen (nur) insoweit untersagt werden sollen, als die unter den Klagemarken vertriebenen Produkte aufgrund von Abweichungen der Ausführungsform nicht mit dem in der Anlage zum Unterlassungsantrag abgebildeten Original-Kinderstuhl identisch sind.

25 Die Klägerin hat weiterhin in der Berufungsinstanz klargestellt, dass mit der Wendung "im Internet" die Aktivitäten der Beklagten "auf dem und/oder für den Marktplatz eBay" gemeint sind. Mit diesen Erläuterungen der Klägerin, die zur Ausle-

gung des Klageantrags zu a heranzuziehen sind (vgl. BGHZ 152, 268, 274 - Dresdner Christstollen), ist der Unterlassungsantrag zu a hinreichend bestimmt. Insbesondere kann durch Auslegung ermittelt werden, ob es sich bei einer Verletzungsform um eine nicht mehr unter das Verbot fallende identische Ausführungsform des Tripp-Trapp-Stuhls handelt.

26           b) Ob der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zusteht, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen. Der Senat hat entschieden, dass das Haftungsprivileg der §§ 8, 11 TDG 2001 auf Unterlassungsansprüche keine uneingeschränkte Anwendung findet (BGHZ 158, 236, 246 - Internet-Versteigerung I). Durch das am 1. März 2007 in Kraft getretene Telemediengesetz (TMG) vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179) hat sich daran nichts geändert (BGHZ 172, 119 Tz. 17 f. - Internet-Versteigerung II; BGH, Urt. v. 30.4.2008 - I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 Tz. 38 = WRP 2008, 1104 - Internet-Versteigerung III).

27           c) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass auf der Internetplattform der Beklagten Angebote eingestellt worden sind, die die Marken der Klägerin verletzen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. a GMV). Es hat angenommen, dass in den auf der Internetplattform der Beklagten veröffentlichten Angeboten mit den Marken der Klägerin identische Zeichen für Waren benutzt worden sind, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marken Schutz genießen. Es ist weiter davon ausgegangen, dass entweder die Anbieter dieser Waren im geschäftlichen Verkehr handeln und die Beklagte in diesen Fällen als Teilnehmerin an der Markenverletzung der Anbieter haftet oder - soweit es Privatverkäufe der Anbieter betrifft - die Beklagte selbst Täterin der Markenverletzungen ist und als Betreiberin der Internetplattform das Tatbestandsmerkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr verwirklicht. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

28 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass in den in der Anlage K 19 für den Zeitraum vom 7. Juni bis 21. Dezember 2005 angeführten Angeboten mit den Marken "TRIPP TRAPP", "STOKKE" und "TRIP TRAP" der Klägerin identische Zeichen markenmäßig für Möbel und damit für identische Waren benutzt worden sind, für die die Marken Schutz genießen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, Art. 9 Abs. 1 Satz 2 lit. a GMV). Hiergegen erinnert die Revision auch nichts.

29 bb) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, in welchen dieser Fälle von einem Handeln der Anbieter im geschäftlichen Verkehr auszugehen ist. Es hat vielmehr nur unterstellt, dass ein Teil dieser Anbieter geschäftsmäßig handelte, und hat angenommen, dass die Beklagte in diesen Fällen als Teilnehmerin an der Verletzung der Markenrechte der Klägerin haftet und in den übrigen Fällen, in denen die Anbieter nicht im geschäftlichen Verkehr handeln, die Voraussetzungen einer täterschaftlichen Haftung der Beklagten vorliegen. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu geringe Anforderungen an die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten als Täter oder Teilnehmer gestellt.

30 (1) Die Frage, ob sich jemand als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe in einer die zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an einer deliktischen Handlung eines Dritten beteiligt hat, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen (vgl. BGHZ 63, 124, 126; 89, 383, 389). Täter ist danach derjenige, der die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Gehilfenhaftung setzt neben einer objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschlie-

ßen muss (BGHZ 158, 236, 250 - Internet-Versteigerung I, m.w.N.; 172, 119 Tz. 31 - Internet-Versteigerung II).

31 (2) Die Beklagte erfüllte dadurch, dass sie Dritten die Internetplattform für deren Angebote und Versteigerungen mit den Klagemarken zur Verfügung stellte, selbst nicht die Merkmale einer Markenverletzung nach § 14 Abs. 3 oder 4 MarkenG, weil sie die rechtsverletzende Ware nicht angeboten oder in den Verkehr gebracht und die Klagemarken auch nicht in der Werbung benutzt hat (vgl. BGHZ 158, 236, 250 - Internet-Versteigerung I; 172, 119 Tz. 28 - Internet-Versteigerung II). Die Beklagte wirkte auch nicht in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit den Dritten bei Markenverletzungen zusammen, wenn sie über ihre Internetplattform Dritten die Möglichkeit zur Abgabe eigener Angebote eröffnete. Die Angebote der Veräußerer wurden nach dem Vortrag der Beklagten in einem automatischen Verfahren ohne vorherige Kenntnisnahme der Beklagten eingestellt (hierzu auch BGHZ 173, 188 Tz. 21 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Gegenteiliges hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; die Revisionserwiderung rügt auch keinen entsprechenden Vortrag der Beklagten als übergangen. Ohne Kenntnis von konkret drohenden Haupttaten scheidet ein vorsätzliches Zusammenwirken der Beklagten mit Dritten aus, die die Markenrechte der Klägerin verletzende Produkte anbieten (vgl. BGHZ 173, 188 Tz. 21 – Jugendgefährdende Medien bei eBay).

32 (3) Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die Beklagte durch Unterlassen Beihilfe zu den Markenverletzungen Dritter geleistet hat, die auf der Internetplattform unter Verwendung der Klagemarken Kinderhochstühle im geschäftlichen Verkehr angeboten haben, die nicht von der Klägerin stammten.

33 Der Senat hat bislang offengelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gehilfenhaftung der Beklagten in Betracht zu ziehen ist, wenn die Prüfungspflichten, die sich aus der Stellung der Beklagten als Betreiberin der Internetplattform

ergeben, nachhaltig verletzt werden (vgl. BGHZ 158, 238, 250 - Internet-Versteigerung I; 172, 119 Tz. 32 - Internet-Versteigerung II). Die Frage braucht auch vorliegend nicht entschieden zu werden. Die Beklagte hat keine ihr obliegenden Prüfpflichten verletzt.

34 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf Seiten der Beklagten nicht in einem positiven Tun, sondern in einem Unterlassen besteht. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Eine Beihilfe durch Unterlassen im Hinblick auf Markenverletzungen Dritter i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG setzt zusätzlich zu der objektiven Unterstützung der Rechtsverletzung, dem Vorsatz in Bezug auf die Haupttat und dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus, dass den Gehilfen eine Rechtspflicht trifft, den Erfolg abzuwenden (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2000 - I ZR 67/98, GRUR 2001, 82, 83 = WRP 2000, 1263 - Neu in Bielefeld I). Die erforderliche Handlung zur Verhinderung des Erfolgs muss von dem Verpflichteten rechtlich gefordert werden können; sie muss ihm möglich und zumutbar sein.

35 (4) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte treffe eine Verpflichtung, Rechtsverletzungen zu verhindern, weil sie mit dem Betrieb der Internetplattform, auf der Dritte in erheblichem Umfang markenverletzende Artikel vertrieben, eine Gefahr geschaffen habe. Die Abwendung des Erfolgs sei der Beklagten möglich und zumutbar. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

- 36 (5) Im Streitfall kann offenbleiben, ob die Beklagte überhaupt eine Erfolgsabwendungspflicht trifft, bei deren vorsätzlicher Verletzung eine Haftung der Beklagten als Teilnehmerin in Betracht kommt. Der Senat hat eine Erfolgsabwendungspflicht der Beklagten für den Vertrieb jugendgefährdender, volksverhetzender und gewaltverherrlichender Medien angenommen. Grund hierfür war die große Gefahr, die für den Vertrieb dieser verbotenen Produkte von der Internetplattform der Beklagten wegen der Anonymität der Verkäufer, der problemlosen Abwicklung im Fernabsatz und der für das Internet typischen, deutlich herabgesetzten Hemmschwelle potentieller Käufer ausgeht (vgl. BGHZ 173, 188 Tz. 25 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Ob sich diese Grundsätze verallgemeinern und auf die Verletzung von Kennzeichenrechten übertragen lassen, braucht nicht entschieden zu werden. Selbst wenn die Beklagte im Streitfall eine entsprechende Erfolgsabwendungspflicht träge, wäre diese vorliegend nicht verletzt.
- 37 (6) Mit Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe zu strenge Maßstäbe an die Unzumutbarkeit einer Erfolgsabwendung gestellt.
- 38 Nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr erlegen die Mitgliedstaaten Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft 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. Ausgeschlossen sind danach Überwachungspflichten allgemeiner Art (vgl. auch Erwägungsgrund 47 der Richtlinie 2000/31/EG). Dagegen kann von Diensteanbietern, die von Nutzern bereitgestellte Informationen speichern, verlangt werden, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern (Erwägungsgrund 48 der Richtlinie). Dementsprechend sieht § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG, der Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG umsetzt, vor, dass

Diensteanbieter i.S. der §§ 8 bis 10 TMG nicht zu Überwachungs- und Nachforschungsmaßnahmen nach Umständen verpflichtet sind, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Nach der Senatsrechtsprechung dürfen der Beklagten, die zu den Diensteanbietern in diesem Sinn zählt (vgl. BGHZ 158, 236, 246 f. - Internet-Versteigerung I), danach keine Anforderungen auferlegt werden, die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren (vgl. BGHZ 158, 236, 251 - Internet-Versteigerung I; 172, 119 Tz. 47 - Internet-Versteigerung II; 173, 188 Tz. 39 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Rechtlich nicht erforderlich ist eine Überprüfung, bei der Markenverletzungen nicht durch zumutbare Filterverfahren und eine eventuell anschließende manuelle Kontrolle der dadurch ermittelten Treffer erkennbar sind (vgl. BGH GRUR 2008, 702 Tz. 53 - Internet-Versteigerung III). Dazu muss der Beklagten im Hinblick auf die große Zahl von Angeboten auf ihrer Internetplattform eine Filtersoftware zur Verfügung stehen, die Verdachtsfälle aufspüren kann.

39 (7) Nach diesen Maßstäben nicht mehr zumutbar sind Kontrollmaßnahmen, bei denen durch die Filtersoftware Verdachtsfälle von Markenverletzungen nicht aufgespürt werden können, sondern jedes Angebot, das die Klagemarken enthält, einer manuellen Kontrolle unterzogen werden muss. Von einer solchen Notwendigkeit ist vorliegend jedoch auszugehen.

40 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte durch die Eingabe der Klagemarken mit einer entsprechenden Suchsoftware jedes Angebot herausfiltern kann, in dem die Klagemarken angeführt sind. Es ist davon ausgegangen, dass zur Erfüllung des mit dem Klageantrag zu verfolgenden Unterlassungsbegehrens ein Vergleich der Abbildung des Original-Stuhls der Klägerin mit den in den Angebotsbeschreibungen enthaltenen Fotos von Kinderstühlen erforderlich ist. Das Berufungsgericht hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, ob ein Fotoabgleich durch den Einsatz von Bilderkennungssoftware automatisiert erfolgen kann. Gegenrügen hat

die Revisionserwiderung insoweit nicht erhoben. Danach ist - wie auch das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat - davon auszugehen, dass der bei jedem Angebot unter Verwendung der Klagemarke erforderliche Fotoabgleich manuell erfolgen muss. Das ist im Hinblick auf den damit verbundenen Aufwand für die Beklagte unzumutbar.

41

Das Berufungsgericht hat nichts zum Verhältnis zwischen der durchschnittlichen Zahl von Angeboten, die die Klagemarken enthielten, und der Anzahl von Verletzungsfällen festgestellt. Die Beklagte hatte vorgetragen, dass sie in der Zeit vom 26. November bis zum 2. Dezember 2007 4.971 Artikel, die unter den Klagemarken angeboten worden waren, einer manuellen Kontrolle unterzogen und deren Überprüfung nur 29 Artikel ergeben hat, die Kennzeichenrechte der Klägerin verletzten, und dass in der darauf folgenden Woche unter 1.460 überprüften Artikeln keiner die Klagemarken verletzte. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag mit der Begründung als unerheblich angesehen, die Klägerin müsse keinen Fall einer Rechtsverletzung hinnehmen, der mit zumutbaren Mitteln verhindert werden könne. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es ist gerade die Frage, ob die manuelle Überprüfung von 6.431 Artikeln in einem Zeitraum von nur zwei Wochen zumutbar ist, wenn der Anteil der dabei aufgedeckten Rechtsverletzungen unter 0,5% liegt. Im Streitfall ist der Umstand, dass das Berufungsgericht dem Vortrag der Parteien zum Verhältnis zwischen den auf der Internetplattform der Beklagten eingestellten Angeboten, die die Klagemarken enthielten, und den darunter befindlichen Markenverletzungen nicht nachgegangen ist, jedoch nicht entscheidungserheblich. Es kann daher offenbleiben, ob der entsprechende Vortrag der Beklagten zutrifft.



42 (8) Der Beklagten ist eine manuelle Kontrolle aller die Klagemarken enthaltenden Angebote aufgrund einer Abwägung der wechselseitigen Interessen schon deshalb nicht zumutbar, weil die Klägerin mit der über das VeRI-Programm zur Verfügung gestellten Suchfunktion die Angebote mit den Klagemarken ebenfalls herausfiltern und einer manuellen Kontrolle auf Verletzungsfälle unterziehen kann und eine der Beklagten auferlegte manuelle Kontrolle deren Geschäftsmodell gefährdet.

43 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin, die Beklagte und jeder potentielle Käufer auf der Internetplattform der Beklagten mit der Suchfunktion des VeRI-Programms Angebote herausfiltern kann, die die Klagemarken enthalten. Diese kann die Klägerin anschließend einer manuellen Kontrolle unterziehen. Es ist schon nicht ohne weiteres einzusehen, warum die Beklagte der Klägerin eine Überprüfung von Markenverletzungen abnehmen soll, die die Klägerin als Schutzrechtinhaberin mit gleichem Aufwand selbst bewerkstelligen kann. Zwar stellt die Beklagte den Verkäufern mit ihrer Internetplattform eine Möglichkeit zur Verfügung, unter der durch ein Pseudonym gewährleisteten Anonymität markenverletzende Waren anzubieten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gibt die Beklagte aber an die Mitglieder des VeRI-Programms die Nutzerdaten heraus, wenn ein rechtsverletzendes Angebot vorliegt. Zudem erleichtert die Suchoption auf der Internetplattform der Beklagten den Markeninhabern eine bundesweite Suche und damit ein Aufspüren von Markenverletzungen, über die sie außerhalb des Internets wegen der Vielgestaltigkeit des realen Marktgeschehens nicht mit derart einfachen Mitteln verfügen würden. Schließlich besteht die Gefahr, dass die mit einem Verbot nach dem Klageantrag zu a erforderliche manuelle Kontrolle das Geschäftsmodell der Beklagten in Frage stellt. Im Fall einer Verurteilung nach dem Verbotsantrag müsste die Beklagte auch in allen weiteren Fällen, in denen sie auf klare Rechtsverletzungen von anderen Markeninhabern hingewiesen wird, nach denselben Maßstäben eine manuelle Kontrolle aufgrund von Bildvergleichen vornehmen. Das birgt die Gefahr einer

ausufernden Verpflichtung zu manuellen Bildvergleichen in einer Vielzahl von Fällen, in denen in den Angeboten Produktabbildungen und Marken angeführt werden. Eine derart weitgehende Verpflichtung zu manuellen Kontrolltätigkeiten, die nicht auf durch eine Filtersoftware aufgespürte Verdachtsfälle beschränkt sind, belastet die Beklagte in unzumutbarer Weise.

44 cc) Das Berufungsurteil ist, soweit es eine Haftung der Beklagten für Markenverletzungen nach dem Klageantrag zu a bejaht hat, auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Die Beklagte haftet für die Markenverletzungen in dem mit dem Verbotsbegehren verfolgten Umfang nicht als Störerin.

45 (1) Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer - ohne Täter oder Teilnehmer zu sein - in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (vgl. BGH GRUR 2008, 702 Tz. 50 - Internet-Versteigerung III; BGH, Urt. v. 12.5.2010 - I ZR 121/08, GRUR 2010, 633 Tz. 19 = WRP 2010, 912 - Sommer unseres Lebens, vorgesehen für BGHZ).

46 (2) Soweit die Dritten nicht im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben, scheidet eine Prüfungspflicht von vornherein aus, weil die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet sein kann, private Angebote, bei denen eine Verletzung der Klagemarken von vornherein ausscheidet, von ihrer Internetplattform zu entfernen. Eine solche Verpflichtung lässt sich entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nicht mit der Dogmatik der Unterlassungsdelikte begründen. Eine Rechtspflicht zum Handeln,

gegen die hier verstoßen sein könnte, kann nicht darauf gerichtet sein, ein markenrechtlich unbedenkliches Verhalten zu unterbinden. Aber auch soweit die Dritten im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben, besteht keine Prüfungspflicht der Beklagten in dem durch den Verbotsantrag zu a vorgegebenen Umfang. Der Beklagten ist eine manuelle Prüfung sämtlicher Angebote, die die Klagemarken enthalten, durch Bildvergleich nicht zumutbar (hierzu II 1 c bb (8)). Eine Haftung in dem von der Klägerin mit dem Unterlassungsantrag zu a verfolgten Umfang scheidet daher auch nach den Grundsätzen der Störerhaftung aus.

47            2. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann auch das mit dem Antrag zu b verfolgte Unterlassungsbegehren nicht bejaht werden. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 i.V. mit § 8 Abs. 1 UWG zu, hält den Angriffen der Revision nicht stand.

48            a) Die Haftung der Beklagten als Täterin oder Teilnehmerin - eine Störerhaftung kommt, wie der Bundesgerichtshof wiederholt angedeutet hat (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; BGHZ 158, 236, 251 - Internet-Versteigerung I; BGH, Urt. v. 14.6.2006 - I ZR 249/03, GRUR 2006, 957 Tz. 13 = WRP 2006, 1225 - Stadt Geldern; BGH GRUR 2010, 633 Tz. 19 - Sommer unseres Lebens), in den dem Verhaltensunrecht zuzuordnenden Fällen nicht in Betracht - setzt voraus, dass die Beklagte auf klare Rechtsverletzungen hingewiesen worden ist (vgl. BGHZ 158, 236, 249 - Internet-Versteigerung I; BGH GRUR 2008, 702 Tz. 51 - Internet-Versteigerung III). Die Beklagte als Diensteanbieter ist nicht verpflichtet, komplizierte Beurteilungen im Einzelfall durchzuführen, ob ein als rechtsverletzend beanstandetes Angebot ein Schutzrecht tatsächlich verletzt oder sich als wettbewerbswidrig erweist. Dies würde ansonsten die Hinzuziehung

eines mit der Materie vertrauten Juristen erfordern, was der Beklagten nicht zuzumuten ist.

49

b) Die danach zu fordernden eindeutigen Verstöße gegen § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Nach dieser Vorschrift handelt derjenige, der vergleichend wirbt, unlauter, wenn der Vergleich eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer mit einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt. Die Vorschrift enthält das Verbot, das eigene Produkt offen als "Imitation" oder "Nachahmung" zu bezeichnen. Das muss allerdings nicht explizit geschehen; auch die implizite Behauptung einer Imitation oder Nachahmung kann den Tatbestand einer nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG unzulässigen vergleichenden Werbung erfüllen (vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2009 - C-487/07, Slg. 2009, I-5185 = GRUR 2009, 756 Tz. 75 = WRP 2009, 930 - L'Oréal/Bellure; BGH, Urt. v. 6.12.2007 - I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Tz. 26 = WRP 2008, 930 - Imitationswerbung). Die Darstellung als Imitation oder Nachahmung muss jedoch über eine bloße Gleichwertigkeitsbehauptung hinausgehen. Mit einer entsprechenden Deutlichkeit muss aus der Werbung selbst hervorgehen, dass das Produkt des Werbenden gerade als eine Imitation oder Nachahmung des Produkts eines Mitbewerbers beworben wird (vgl. BGH, Urt. v. 1.10.2009 - I ZR 94/07, GRUR 2010, 343 Tz. 29 = WRP 2010, 527 - Oracle). Das bloße Kenntlichmachen eines Mitbewerbers oder dessen Ware oder Dienstleistung oder die Behauptung, das beworbene Produkt sei demjenigen eines Mitbewerbers gleichwertig, genügt dagegen nicht (BGH GRUR 2008, 628 Tz. 25 - Imitationswerbung).

- 50                Im Streitfall hat das Berufungsgericht keine Verletzungsfälle festgestellt, in denen angebotene Kinderhochstühle ausdrücklich als Imitation oder Nachahmung des Original-Kinderstuhls der Klägerin bezeichnet worden sind. Vielmehr ist in den Angeboten auf das Produkt der Klägerin durch Formulierungen mit "ähnlich" oder "wie" Tripp Trapp oder Stokke Bezug genommen worden. Das Berufungsgericht hat zwar angenommen, die streitgegenständlichen Bezugnahmen erweckten den Eindruck, die angebotenen Stühle seien den Originalen nachempfunden, es handele sich um eine implizite Behauptung der Imitation der Nachahmung. Für die Annahme klarer Rechtsverletzungen reicht das aber nicht aus. Ob die Formulierungen "ähnlich" oder "wie" nur eine Gleichwertigkeitsbehauptung einleiten oder eine implizite Darstellung einer Nachahmung oder Imitation enthalten, erfordert eine Beurteilung des jeweiligen Angebots im Einzelfall. Eine klare Rechtsverletzung kann aus derartigen isolierten Formulierungen allein im Allgemeinen nicht abgeleitet werden.
- 51                Gegen klare Rechtsverletzungen in den beanstandeten Fällen spricht weiterhin, dass zum Zeitpunkt der vom Berufungsgericht festgestellten Verletzungshandlungen im Jahr 2005 die Frage, ob auch eine implizite Darstellung als Imitation oder Nachahmung ausreichte, in der Literatur umstritten (hierzu die Nachweise in BGH GRUR 2008, 628 Tz. 23 - Imitationswerbung) und höchstrichterlich noch nicht geklärt war.
- 52                3. Gleichwohl kann die Klage mit den Unterlassungsanträgen zu a und b nicht abgewiesen werden. Denn die Klägerin hat die Klage auch damit begründet, dass die Beklagte bei Google sogenannte Adword-Anzeigen gebucht hat, die die Klagemarken verletzen. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 ZPO).

53           Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte bei dem Suchmaschinenbetreiber Google sogenannte Adword-Anzeigen gebucht hatte, die bewirkten, dass bei Eingabe des Begriffs "Tripp Trapp" in die Suchmaske neben der Trefferliste eine Anzeige mit den Wörtern "Trapp und Tripp" und einer Aufforderung zum Kauf bei der Beklagten erschien und von dort ein Link zu Angeboten mit Kinderhochstühlen bestand, die nicht von der Klägerin stammten. Das Berufungsgericht hat jedoch keine Feststellungen zu den zwischen den Parteien streitigen Fragen getroffen, ob die dort angeführten Angebote von den Unterlassungsanträgen zu a und b erfasste Rechtsverletzungen darstellten und ob die Beklagte für solche Verletzungen verantwortlich ist. Sollte die Beklagte die Werbung bei Google mit der Bezeichnung "Trapp Tripp" in Auftrag gegeben und einen Link zu rechtsverletzenden Angeboten von Verkäufern auf ihrer Internetplattform gesetzt haben, kann - worauf die Revisionserweiterung zu Recht hingewiesen hat - im Revisionsverfahren nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte durch aktives Tun an einer Rechtsverletzung der Verkäufer mitgewirkt hat.

54           4. Die Revision ist dagegen unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtet.

55           a) Mit ihrem Widerklageantrag begehrt die Beklagte, der Klägerin näher bezeichnete Beanstandungen von Angeboten zu untersagen, sofern sich aus ihnen nicht ergibt, dass es sich um solche im geschäftlichen Verkehr und nicht um Privatverkäufe handelt.

56           Der Widerklageantrag ist - anders als vom Berufungsgericht angenommen - nicht als unbegründet, sondern als unzulässig abzuweisen, weil er nicht hinreichend bestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

- 57           aa) Ein derartiger Mangel ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2009 - I ZR 216/06, GRUR 2009, 845 Tz. 12 = WRP 2009, 1001 - Internet-Videorecorder). Der Abweisung des Widerklageantrags als unzulässig statt als unbegründet steht auch nicht entgegen, dass nur die Beklagte Revision eingelegt hat (vgl. BGHZ 125, 41, 45).
- 58           bb) Das beantragte Verbot soll auf Fälle beschränkt sein, in denen sich aus den Angeboten kein Handeln im geschäftlichen Verkehr ergibt, sondern Privatverkäufe vorliegen. Da die Parteien darüber streiten, wann von einem Handeln der Anbieter im geschäftlichen Verkehr auszugehen ist, muss die Beklagte dieses Merkmal hinreichend konkret umschreiben und gegebenenfalls mit Beispielen unterlegen (vgl. BGHZ 172, 119 Tz. 50 - Internet-Versteigerung II). Dies ist nicht geschehen.
- 59           Der Widerklageantrag kann auch nicht auf die konkret beanstandete Verletzungsform beschränkt werden. Die Beklagte hat in der Widerklage keine von der Klägerin beanstandeten Angebote, bei denen es sich um Privatverkäufe handelt, konkret angeführt.
- 60           b) Die Unbestimmtheit des Widerklageantrags hat nicht zur Folge, dass die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, ihren Antrag neu zu fassen. Der Beklagten steht - unabhängig von der Unbestimmtheit des Unterlassungsantrags - ein Unterlassungsanspruch auch in der Sache nicht zu.
- 61           aa) Der Unterlassungsanspruch, mit dem sich die Beklagte gegen aus ihrer Sicht unberechtigte Beanstandungen der Angebote von Kinderhochstühlen durch die Klägerin wendet, umfasst vermeintliche Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche und markenrechtliche Normen. Der Widerklageantrag führt auch die Verwendung von Formulierungen "wie" oder "ähnlich" Tripp Trapp oder Stokke an, die die Klägerin

unter dem Aspekt einer unlauteren vergleichenden Werbung beanstandet. Gegen die Verwendung der Marken "Stokke", "Tripp Trapp" und "Trip Trap" in Angeboten auf der Internetplattform der Beklagten hat sich die Klägerin zudem gestützt auf ihre Markenrechte gewandt.

62           bb) Das von der Beklagten begehrte Verbot von Beanstandungen durch die Klägerin, die auf wettbewerbsrechtliche Vorschriften gestützt sind, besteht selbst dann nicht, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten rechtmäßig ist. Eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung ist - auch wenn das beanstandete Verhalten rechtmäßig ist - nur ausnahmsweise wettbewerbswidrig (vgl. BGH, Urt. v. 30.6.1994 - I ZR 40/92, GRUR 1994, 841, 843 = WRP 1994, 739 - Suchwort; Urt. v. 5.10.2000 - I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 355 = WRP 2001, 255 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner). Für einen solchen Ausnahmefall ist vom Berufungsgericht nichts festgestellt; die Revision rügt auch kein entsprechendes Vorbringen der Beklagten als übergangen.

63           Die Grundsätze über die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung nach § 823 Abs. 1 BGB (hierzu BGHZ 164, 1 - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung) sind auf die unberechtigte wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht übertragbar (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rdn. 10.166; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 52; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4 Rdn. 10/43; Goldbeck, Der "umgekehrte" Wettbewerbsprozess, 2008, S. 186 und 200). Der Gegner einer unberechtigten wettbewerbsrechtlichen Abmahnung kann diese ohne größere Risiken unbeachtet lassen, weil mit der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung die mit der Schutzrechtsverwarnung typischerweise verbundenen weitreichenden Beeinträchtigungen regelmäßig nicht einhergehen.



64 cc) Der Beklagten steht der Unterlassungsanspruch auch nicht insoweit zu, als er gegen Beanstandungen der Klägerin gerichtet ist, die sie auf ihre Klagemarken gestützt hat.

65 (1) Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch der Beklagten aufgrund einer Abwägung der wechselseitigen Interessen der Parteien verneint. Es hat angenommen, die Beklagte könne die Klägerin nicht einerseits zur Teilnahme am VeRI-Programm auffordern und sie andererseits mit einer Unterlassungsklage überziehen, wenn die Abmahnung Privatverkäufe zum Gegenstand habe.

66 (2) Die Revision wendet dagegen ohne Erfolg ein, das Berufungsgericht habe den grundsätzlichen Unterschied zwischen einer Schutzrechtsverwarnung und der Teilnahme am VeRI-Programm verkannt.

67 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 Abs. 1 BGB darstellen (BGHZ 164, 1, 2 f. - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung; BGH, Urt. v. 19.1.2006 - I ZR 98/02, GRUR 2006, 432 Tz. 20 = WRP 2006, 468 - Verwarnung aus Kennzeichenrecht II) und Ansprüche auf Unterlassung begründen (vgl. BGH, Urt. v. 19.1.2006 - I ZR 217/03, GRUR 2006, 433 Tz. 17 = WRP 2006, 579 - Unbegründete Abnehmerverwarnung).

68 Mit dem Widerklageantrag geht die Beklagte aber über Schutzrechtsverwarnungen hinaus, weil der Klägerin allgemein Beanstandungen verboten werden sollen. Von dem Begriff der Beanstandungen erfasst werden Rechtsverletzungen, die die Klägerin der Beklagten über das von dieser installierte VeRI-Programm meldet. Derartige Beanstandungen haben nicht die Qualität einer Schutzrechtsverwarnung

und greifen - wovon auch die Revision ausgeht - nicht in das Recht der Beklagten am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein.

69            Der Unterlassungsanspruch besteht aber auch insoweit nicht, als er mit dem umfassenden Begriff der Beanstandungen auf ein Verbot von Schutzrechtsverwarnungen zielt. Der Unterlassungsantrag geht zu weit; denn er umfasst auch berechnigte Schutzrechtsverwarnungen. Für die Frage, ob die Schutzrechtsverwarnung berechnigt ist, kommt es nicht darauf an, ob sich bereits aus dem Angebot des Verkäufers ergibt, dass er geschäftsmäßig handelt, sondern darauf, ob tatsächlich ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegt. Eine Verantwortung der Beklagten setzt lediglich voraus, dass für sie ein Handeln des Anbieters im geschäftlichen Verkehr erkennbar ist (BGH GRUR 2008, 702 Tz. 34 ff. und Tz. 51 - Internet-Versteigerung III). Diese Erkennbarkeit kann sich auch aufgrund von außerhalb des Angebots liegenden Umständen für die Beklagte ergeben, wie etwa dem wiederholten Auftreten des Verkäufers oder dem wiederholten Anbieten von gleichartigen, insbesondere neuen Gegenständen.

70            III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach teilweise nicht aufrechterhalten werden (§ 562 ZPO).

71                    Soweit die Revision gegen die Abweisung der Widerklage gerichtet ist, ist sie mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklage statt als unbegründet als unzulässig abzuweisen ist. Im Übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 24.08.2006 - 315 O 980/05 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 24.07.2008 - 3 U 216/06 -



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 139/08

vom

1. Februar 2011

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Das Urteil vom 22. Juli 2010 wird wegen offenkundiger Unrichtigkeit gemäß § 319 Abs. 1 ZPO wie folgt berichtigt:

In Rn. 31 fünftletzte Zeile muss es heißen "Klägerin" statt "Beklagten".

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 24.08.2006 - 315 O 980/05 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 24.07.2008 - 3 U 216/06 -