



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 3/06

Verkündet am:
4. Dezember 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Ohrclips

MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1;
UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, § 6 Abs. 1 und 2 Nr. 4;
BGB § 823 Abs. 1 Ag, § 826 Gd

- a) Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internet-Plattform im geschäftlichen Verkehr oder im privaten Bereich handelt, ist aufgrund einer Gesamtschau der relevanten Umstände zu beurteilen. Dazu können wiederholte, gleichartige Angebote, gegebenenfalls auch von neuen Gegenständen, Angebote erst kurz zuvor erworbener Waren, eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters, häufige sogenannte Feedbacks und Verkaufsaktivitäten für Dritte rechnen.
- b) Die Wendung "a la Cartier" in einem Verkaufsangebot für Schmuckstücke von Drittunternehmen ist eine unlautere vergleichende Werbung.
- c) Allgemeine zivilrechtliche Bestimmungen können zum Markenschutz nur ergänzend herangezogen werden, wenn der Schutz nach dem Markengesetz versagt. Davon ist im Regelfall nicht schon dann auszugehen, wenn eine bekannte oder berühmte Marke außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf einer Internet-Plattform Verwendung findet.

BGH, Urt. v. 4. Dezember 2008 - I ZR 3/06 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. November 2005 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die vom Berufungsgericht ausgesprochene Ordnungsmittellandrohung sich nicht gegen den Geschäftsführer der Beklagten, sondern gegen die Beklagte richtet.

Die Kosten des Revisionsverfahrens haben die Klägerin zu 4/7 und die Beklagte zu 3/7 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin vertreibt Uhren und Schmuck. Sie ist Inhaberin der unter anderem für "bijouterie, joaillerie, en vrai ou en faux" (Schmuckwaren, Juwelierwaren, echte und unechte) eingetragenen IR-Marke Nr. 307 293 "Cartier", deren Schutz auf Deutschland erstreckt ist.

2 Die Beklagte bot unter der Bezeichnung "bellax 73" auf der elektronischen Handelsplattform eBay im Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Februar 2004 insgesamt 51 Waren und in der Zeit zwischen dem 24. Juni 2004 und dem 1. Juli 2004 weitere 40 Artikel zum Verkauf an. Zu den im Januar/Februar 2004 angebotenen Produkten gehören vier Schmuckstücke, die die Beklagte jeweils unter der Bezeichnung "edle Givenchy Ohrclips a la cartier" auf den Internet-Seiten der Handelsplattform zur Auktion stellte. Drei der Angebote erfolgten in der Kategorie "Uhren & Schmuck: Markenschmuck: Cartier".

3 Die Klägerin sieht in dem Angebot der vier Schmuckstücke eine Verletzung ihrer Marke und eine wettbewerbswidrige vergleichende Werbung. Sie hat geltend gemacht, die Beklagte habe bei den in Frage stehenden Angeboten im geschäftlichen Verkehr gehandelt. Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen.

4 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, die beworbenen Schmuckstücke seien gebrauchte Artikel aus ihrem privaten Besitz gewesen. Ein großer Teil der übrigen Produkte habe sie für Freunde angeboten.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

6 Im Berufungsverfahren hat die Klägerin beantragt,

der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, ohne Einwilligung der Klägerin hergestellte und/oder erstmals in den Verkehr gebrachte Schmuckstücke unter Bezugnahme auf "Cartier" zu bewerben,

1. wenn dies durch Handlungen im geschäftlichen Verkehr (hilfsweise: im Rahmen von Wettbewerbshandlungen) oder außerhalb von solchen, jedoch gegenüber der Öffentlichkeit (insbesondere in elektronischen Medien), mit Wendungen wie

"Uhren & Schmuck: Markenschmuck: Cartier;
a la Cartier;
passen wunderbar zu Cartier Schmuck;
für alle die Cartier Schmuck mögen",

wie aus den Anlagen K 2 bis K 5 ersichtlich,
und/oder

2. wenn dies durch Handlungen im geschäftlichen Verkehr (hilfsweise: im Rahmen einer Wettbewerbshandlung) oder außerhalb von solchen, jedoch gegenüber der Öffentlichkeit (insbesondere in elektronischen Medien), in der aus Anlagen K 2, K 3, K 4, K 5 ersichtlichen Weise geschieht und dadurch die beworbene Ware in elektronischen Datenbeständen unter dem Suchwort "Cartier" auffindbar ist, soweit die Verwendung in keinem Zusammenhang mit der benutzten Ware steht, beispielsweise das Wort "Cartier" als isolierter Begriff verwendet wird oder eine Wendung "nicht von Cartier" benutzt wird.

7 Das Berufungsgericht hat dem mit dem Klageantrag zu 1 verfolgten Unterlassungsbegehren insoweit stattgegeben, als es auf ein Verbot der beanstandeten Handlungen im geschäftlichen Verkehr gerichtet ist. Im Übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

8 Dagegen richten sich die (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revisionen der Klägerin und der Beklagten. Die Klägerin verfolgt mit ihrem Rechtsmittel, dessen Zurückweisung die Beklagte beantragt, ihr Klagebegehren mit der Maßgabe weiter, dass die Formulierung im Klageantrag zu 2 "gegenüber der Öffentlichkeit (insbesondere in elektronischen Medien)" ersetzt wird durch "gegenüber der Öffentlichkeit in elektronischen Medien". Die Beklagte erstrebt mit ihrem Rechtsmittel die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4, § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG für teilweise begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

10 Die im Klageantrag zu 1 bezeichneten Verkaufsangebote der Beklagten seien Wettbewerbshandlungen i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Die Beklagte habe in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit und als Unternehmerin gehandelt. Der geschäftliche Charakter der Verkaufstätigkeit folge aus deren Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit. Die Beklagte habe innerhalb eines Monats insgesamt 51 Gegenstände der verschiedensten Art über ihre eBay-Verkaufsadresse angeboten. Dieser Umfang sei mit privaten Gelegenheitsverkäufen im Allgemeinen nicht mehr zu erklären. Diese Annahme werde durch den Verkauf weiterer 40 Gegenstände im Juni 2004 gestützt. Besondere Umstände, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigten, seien nicht gegeben. Die Zahl der Verkaufsangebote sei auch nicht dadurch zu erklären, dass die Beklagte in ihrer Wohnung habe Platz schaffen wollen, nachdem ihr Freund zu ihr gezogen sei. Der entsprechende Vortrag sei weder substantiiert noch unter Beweis gestellt worden.

11 Die beanstandeten Verkaufsangebote seien eine unzulässig vergleichende Werbung. Durch die Angabe "a la cartier" habe die Beklagte das Kennzeichen der Klägerin in unlauterer Weise ausgenutzt. Die beanstandete Wendung signalisiere dem Verbraucher, die angebotenen Erzeugnisse seien im Design Schmuckstücken mit der bekannten Bezeichnung "Cartier" vergleichbar.

Die Wettbewerbswidrigkeit werde noch durch die gewählte Rubrik "Uhren & Schmuck: Markenschmuck: Cartier" verstärkt.

- 12 Die Berufung sei dagegen unbegründet, soweit die Klägerin sich gegen die bezeichneten Handlungen auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs wende. Eine Verletzung des § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheidet aus, weil es an der erforderlichen Betriebsbezogenheit des Eingriffs fehle. Aus § 823 Abs. 1 BGB lasse sich auch kein Anspruch wegen Verletzung der bekannten Marke der Klägerin im privaten Bereich ableiten. Ein Unterlassungsanspruch wegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB scheidet ebenfalls aus. Ein Internet-Nutzer habe ohne weiteres erkennen können, dass die Klägerin keine Originalware angeboten habe. Die nur auf die Marke "Cartier" Bezug nehmende Werbung erfülle nicht die Voraussetzungen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung.
- 13 Der Klageantrag zu 2 sei ebenfalls unbegründet. Die Klägerin habe klar gestellt, dass mit ihm kein Verbot der bereits im Klageantrag zu 1 aufgeführten Wendungen erstrebt werde, sondern die Untersagung jeder Verwendung des Worts "Cartier" unter Ausnutzung der Suchwortfunktion ohne Zusammenhang mit der Ware. Für eine derartige Verwendung fehle die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsgefahr.
- 14 II. Die zulässigen Rechtsmittel der Parteien haben in der Sache keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe - soweit Handlungen der Beklagten im geschäftlichen Verkehr in Rede stehen - ein Unterlassungsanspruch im Umfang des Klageantrags zu 1, nicht aber darüber hinaus zu, hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

15 1. Revision der Beklagten

16 a) Das Berufungsurteil begegnet nicht schon insoweit Bedenken, als das Berufungsgericht der Beklagten bestimmte "Handlungen im geschäftlichen Verkehr" untersagt hat. Zwar streiten die Parteien darüber, ob das beanstandete Verhalten der Beklagten die Voraussetzungen eines Handelns im geschäftlichen Verkehr erfüllt, so dass der Unterlassungsausspruch die Merkmale des Verhaltens an sich konkret umschreiben müsste, um hinreichend bestimmt zu sein (vgl. BGH, Urt. v. 30.4.2008 - I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 Tz. 35 = WRP 2008, 1104 - Internet-Versteigerung III). Dem Berufungsurteil kann aber entnommen werden, dass sich die Verurteilung allein auf die konkrete Verletzungsform bezieht, die das Berufungsgericht im Einzelnen in den Entscheidungsgründen beschrieben hat. Dabei hat es auch die Indizien angeführt, die aus seiner Sicht das Merkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr begründen. Anhand dieser Entscheidungsgründe sowie gegebenenfalls anhand der Entscheidungsgründe des Revisionsurteils kann im Vollstreckungsverfahren ermittelt werden, ob ein Verhalten eine Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot darstellt oder nicht.

17 b) Soweit sich die Klägerin mit dem Klageantrag zu 1 gegen die Verwendung der Bezeichnung "Uhren & Schmuck: Markenschmuck: Cartier" im geschäftlichen Verkehr wendet, steht ihr ein entsprechender Unterlassungsanspruch aus der Klagemarke "Cartier" (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 MarkenG) zu.

18 aa) Die Beklagte hat mit der Bezeichnung "Cartier" für ihr Angebot der Ohr-Clipse in der Kategorie "Uhren & Schmuck: Markenschmuck" ein mit der

Marke der Klägerin identisches Zeichen für Waren benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke Schutz genießt (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

19 bb) Die Beklagte hat die Angabe "Cartier" zur Bezeichnung des Angebots von Schmuckwaren in der fraglichen Kategorie markenmäßig verwendet.

20 (1) Eine Verletzungshandlung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG kann nur angenommen werden, wenn die angegriffene Bezeichnung markenmäßig verwendet wird, also im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Ware eines Unternehmens von denen anderer dient. Die Rechte des Markeninhabers sind daher auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktion der Marke und insbesondere deren Hauptfunktion, also die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber dem Verbraucher, beeinträchtigt oder immerhin beeinträchtigen könnte (EuGH, Urt. v. 12.11.2002 - C-206/01, Slg. 2002, I-10273 = GRUR 2003, 55 Tz. 50 f. = WRP 2002, 1415 - Arsenal Football Club; Urt. v. 16.11.2004 - C-245/02, Slg. 2004, I-10989 = GRUR 2005, 153 Tz. 59 - Anheuser-Busch; Urt. v. 25.1.2007 - C-48/05, Slg. 2007, I-1017 = GRUR Int. 2007, 404 Tz. 21 = WRP 2007, 299 - Opel/Autec; BGHZ 171, 89 Tz. 22 - Pralinenform). Die Beurteilung, ob die angegriffene Bezeichnung vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden und somit markenmäßig verwendet wird, obliegt im Wesentlichen dem Tatrichter. In der Revisionsinstanz ist sie nur darauf zu überprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff der markenmäßigen Verwendung zutreffend erfasst, den Prozessstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft und seine Beurteilung frei von Widersprüchen mit den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung vorgenommen hat und das gewonnene Ergebnis von den Feststellungen getragen wird.

- 21 (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Verwendung der Bezeichnung "Cartier" in der vom Internet-Auktionator gebildeten Rubrik "Uhren & Schmuck: Markenschmuck" stelle eine markenmäßige Benutzung in diesem Sinn dar. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision der Beklagten auch nicht angegriffen.
- 22 cc) Das Berufungsgericht ist zu Recht auch davon ausgegangen, dass die Beklagte die Bezeichnung "Cartier" im geschäftlichen Verkehr benutzt hat.
- 23 (1) Ein Zeichen wird im geschäftlichen Verkehr verwendet, wenn seine Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt. Dabei sind an dieses Merkmal im Interesse des Markenschutzes keine hohen Anforderungen zu stellen. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt bei Fallgestaltungen nahe, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt. Auch wenn ein Anbieter zum Kauf angebotene Produkte erst kurz zuvor erworben hat, spricht dies für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr (BGHZ 158, 236, 249 - Internet-Versteigerung I). Die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, deutet ebenfalls auf eine geschäftliche Tätigkeit hin (BGHZ 172, 119 Tz. 23 - Internet-Versteigerung II; BGH GRUR 2008, 702 Tz. 43 - Internet-Versteigerung III).
- 24 (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass das Angebot der in Rede stehenden Schmuckstücke im Rahmen einer planmäßigen, auf eine gewisse Dauer angelegten Verkaufstätigkeit der Beklagten erfolgt ist, aus der sich eine geschäftliche Tätigkeit ergibt. Es hat hierzu darauf abgestellt, dass die Beklagte innerhalb eines Monats in unmittelbarem Zusammenhang mit den bean-

standeten Verkaufsangeboten insgesamt 51 Gegenstände und zu einem Zeitpunkt im Juni 2004 erneut 40 Gegenstände über ihren eBay-Mitgliedsnamen zum Verkauf angeboten hat. Es ist weiter davon ausgegangen, dass keine Gesichtspunkte vorliegen, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Der Umstand, dass die Beklagte nach ihrer Darstellung auch Gegenstände Dritter angeboten hat, spreche nicht gegen, sondern eher für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Schließlich hat das Berufungsgericht ausgeführt, ein Handeln außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im privaten Bereich sei auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Beklagte habe Platz schaffen wollen, nachdem ihr Freund zu ihr gezogen sei. Für diese in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren erstmals geltend gemachte und von der Klägerin bestrittene Darstellung habe die Beklagte keinen Beweis angeboten. Diese Ausführungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

25 Aufgrund der Zahl und der Art der angebotenen Artikel sowie der Anzahl der getätigten Verkäufe ist im Streitfall von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr auszugehen. Die Anzahl von 91 im Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Februar 2004 und vom 24. Juni bis 1. Juli 2004 angebotenen Artikel deutet entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr hin. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Art der angebotenen Waren. Zu diesen hat das Berufungsgericht zwar keine Feststellungen getroffen. Diese kann der Senat jedoch aufgrund des unstreitigen Sachverhalts anhand der in der Aufstellung für den Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Februar 2004 angeführten Verkaufsofferten selbst treffen. Danach hat die Beklagte insgesamt 18 Schmuckstücke, acht Handtaschen, vier Sonnenbrillen und drei Paar Schuhe zum Verkauf angeboten. Die Konzentration der Artikel auf wenige Produktbereiche deutet ebenfalls auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr hin. Gleiches gilt für die Zahl der von Dritten erhaltenen Bewertungen. Eine Vielzahl von Käuferreaktionen nach früheren Auktionen des Anbieters legt ein Handeln

im geschäftlichen Verkehr nahe. Mehr als 25 derartiger "Feedbacks" lassen Rückschlüsse auf eine geschäftliche Tätigkeit zu (BGH GRUR 2008, 702 Tz. 46 - Internet-Versteigerung III). Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat die Beklagte im Zeitraum vom 4. November 2003 bis 11. August 2004 Bewertungen für insgesamt 74 Transaktionen erhalten, bei denen sie in 66 Fällen Verkäuferin war. Schließlich sprechen auch die Verkaufsaktivitäten für Dritte, auf die sich die Beklagte bei dem Verkauf verschiedener Artikel für Freunde berufen hat, nicht gegen, sondern für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Die Bündelung und Präsentation von Angeboten für Dritte und deren Abwicklung nach einem Verkauf entspricht typischerweise einer kommerziellen Tätigkeit. Die Gesamtschau dieser Umstände rechtfertigt den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, die Beklagte habe bei den Verkaufsangeboten über eBay bereits ab Mitte Januar 2004 im geschäftlichen Verkehr gehandelt.

26 Ohne Erfolg rügt die Revision der Beklagten in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Es habe den Vortrag, die Beklagte habe die Gegenstände über eBay angeboten, um Platz zu schaffen, nachdem ihr Freund bei ihr eingezogen sei, zu Unrecht mangels Beweisantritts der Beklagten nicht berücksichtigt.

27 Allerdings ist die Klägerin im Grundsatz darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Beklagte im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat (vgl. BGH GRUR 2008, 702 Tz. 46 - Internet-Versteigerung III). Die Darlegungs- und Beweislast wird aber dadurch gemildert, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast trifft (hierzu BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Tz. 33 = WRP 2007, 303 - Regenwaldprojekt I; Urt. v. 10.4.2008 - I ZR 227/05, GRUR 2008, 1079 Tz. 19 = WRP 2008, 1517 - Namensklau im Internet; GRUR 2008, 702 Tz. 47 - Internet-Versteigerung III). Die Klägerin hat keine weiterge-

hende Kenntnis zu den näheren Umständen des Handelns der Beklagten und auch keine Möglichkeit, den Sachverhalt weiter aufzuklären, während die Beklagte ohne weiteres Aufklärung leisten kann.

28 Mit dem Vortrag zum Einzug ihres Freundes in ihre Wohnung ist die Beklagte dieser sekundären Darlegungslast nachgekommen. Darauf, ob die Beklagte auch den Namen ihres Freundes hätte angeben müssen, um die Klägerin in die Lage zu versetzen, ihrerseits Beweis anzutreten, kommt es im Streitfall nicht an. Denn der Vortrag zum Einzug des Freundes ist ungeeignet, die für ein Handeln der Beklagten im geschäftlichen Verkehr sprechenden Umstände zu entkräften. Aus diesem Einzug ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die Verkaufsangebote ab Mitte Januar 2004 einem privaten Handeln zuzurechnen sind. Es fehlt ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Einzug des Freundes in die Wohnung der Beklagten, der im Oktober 2002 erfolgt ist, und dem Beginn der Verkaufsaktion Mitte Januar 2004. Nach einem Zeitraum von mehr als einem Jahr spricht nichts dafür, Grund für die Verkaufsangebote sei es gewesen, im Hinblick auf den Einzug des Freundes Platz in der Wohnung der Beklagten zu schaffen.

29 c) Soweit sich die Klägerin mit dem Klageantrag zu 1 ferner gegen die Verwendung der Bezeichnungen "a la cartier", "passen wunderbar zu Cartier Schmuck" und "für alle die Cartier Schmuck mögen" im geschäftlichen Verkehr wendet, steht ihr ein Unterlassungsantrag wegen unlauterer vergleichender Werbung aus §§ 1, 2 Abs. 1 und 2 Nr. 4 UWG a.F., §§ 3, 6 Abs. 1 und 2 Nr. 4, § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG zu.

30 aa) Im Ergebnis kann offenbleiben, ob die Benutzung dieser Bezeichnungen eine markenmäßige Verwendung darstellt, also im Rahmen des Produktabsatzes auch zur Unterscheidung der Waren eines Unternehmens von

denjenigen anderer Unternehmen diene und aus diesem Grund auch ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 5 MarkenG in Betracht kommt. Der markenrechtliche Schutz hat gegenüber dem Recht der vergleichenden Werbung keinen grundsätzlichen Vorrang (vgl. EuGH, Urt. v. 12.6.2008 - C-533/06, Slg. 2008, I-4231 = GRUR 2008, 698 Tz. 45 - O2/Hutchison; BGH, Urt. v. 6.12.2007 - I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Tz. 15 = WRP 2008, 930 - Imitationswerbung).

31 bb) Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin beanstandeten Bezeichnungen "a la cartier", "passen wunderbar zu Cartier Schmuck" und "für alle die Cartier Schmuck mögen" in den Verkaufsofferten der Beklagten zutreffend als vergleichende Werbung i.S. von § 2 Abs. 1 UWG a.F., § 6 Abs. 1 UWG angesehen, durch die die Wertschätzung des von der Klägerin verwendeten Zeichens "Cartier" in unlauterer Weise ausgenutzt wird (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 UWG a.F., § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG). Die angegriffenen Wendungen signalisieren nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den angesprochenen Verkehrskreisen, die von der Beklagten angebotenen Schmuckstücke seien im Design vergleichbar mit Schmuckstücken, die unter der bekannten Marke "Cartier" vertrieben würden. Hiergegen erinnert die Revision der Beklagten nichts. Rechtsfehler sind auch nicht ersichtlich.

32 cc) Das Berufungsgericht hat angenommen, die in Rede stehenden Verkaufsangebote der Beklagten seien Wettbewerbshandlungen i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Die Beklagte sei Unternehmerin i.S. von § 2 Abs. 2 UWG i.V. mit § 14 BGB. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

33 Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit

setzt ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (BGHZ 167, 40 Tz. 14). Das Berufungsgericht hat diese Voraussetzungen rechtsfehlerfrei aufgrund der zahlreichen Verkaufsaktivitäten der Beklagten ab Mitte Januar 2004 auf der Internet-Plattform eBay bejaht. Insoweit gelten die Ausführungen zu einem Handeln im geschäftlichen Verkehr i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entsprechend (dazu II 1 b cc (2)).

34 d) Richtigzustellen ist lediglich die Ordnungsmittellandrohung, weil das Ordnungsmittel nicht - wie vom Berufungsgericht versehentlich ausgesprochen - an einem Geschäftsführer der Beklagten, sondern an der Beklagten selbst zu vollziehen ist.

35 2. Revision der Klägerin

36 a) Der Klägerin steht der mit dem Klageantrag zu 1 verfolgte Unterlassungsanspruch dagegen nicht zu, soweit sie ein Verbot von Handlungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs gegenüber der Öffentlichkeit in elektronischen Medien erstrebt. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein entsprechendes Verbot weder aus markenrechtlichen noch aus wettbewerbsrechtlichen Vorschriften hergeleitet werden kann und ein ergänzender Markenschutz nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften im Streitfall nicht in Betracht kommt.

37 aa) Eine Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften gegenüber einem Handeln im privaten Rechtsverkehr ist zwar nicht von vornherein im Hinblick auf die speziellen Bestimmungen des Markengesetzes ausgeschlossen (vgl. BGHZ 149, 191, 197 - shell.de). Der Schutz von Marken nach der allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB muss je-

doch auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, weil der Schutz von Marken im Markengesetz spezialgesetzlich ausgestaltet und auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zugeschnitten ist. Dies gilt auch für den Schutz bekannter Marken, der im Markengesetz eine umfassende Regelung erfahren hat, mit der der vor Geltung des Markengesetzes entwickelte Schutz aus § 823 BGB und § 1 UWG a.F. fixiert und ausgebaut werden sollte (vgl. BGHZ 138, 349, 351 - MAC Dog; Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/6581, S. 72). Allgemeine zivilrechtliche Bestimmungen können daher ergänzend nur herangezogen werden, wenn der Schutz nach dem Markengesetz versagt. Davon kann nicht schon dann ausgegangen werden, wenn eine bekannte oder berühmte Marke außerhalb des geschäftlichen Verkehrs und damit im privaten Rechtsverkehr auf einer Internet-Plattform Verwendung findet. Dementsprechend hat der Senat eine Haftung des Betreibers einer Internet-Plattform, auf der Waren zur Versteigerung angeboten wurden, davon abhängig gemacht, dass die Anbieter im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben (vgl. BGHZ 158, 236, 249 - Internet-Versteigerung I; 172, 119 Tz. 23 - Internet-Versteigerung II; BGH GRUR 2008, 702 Tz. 42 ff. - Internet-Versteigerung III). Im Streitfall besteht kein Anlass, den Schutz bekannter Marken gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG außerhalb des Handelns im geschäftlichen Verkehr aufgrund des allgemeinen Deliktatbestands des § 823 Abs. 1 BGB auszuweiten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin gegen eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung oder Unterscheidungskraft ihrer bekannten und auch berühmten Marke nicht ausreichend durch markenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen geschützt ist.

- 38 bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die Voraussetzungen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung gemäß § 826 BGB verneint. Es hat angenommen, dass angesichts eines privaten Verkaufs das Unwerturteil einer sittenwidrigen Schädigung des Markeninhabers nur bei einem schwerwiegen-

den Angriff auf die Marke gerechtfertigt sei, der angesichts der nur Bezug nehmenden Verwendung der Bezeichnung "Cartier" nicht gegeben sei. Das lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

39 Die Haftung nach § 826 BGB setzt ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers voraus. Das Vorgehen muss gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen, was eine besondere Verwerflichkeit erfordert (vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2004 - II ZR 217/03, NJW 2004, 2668, 2670). Dies hat das Berufungsgericht für die Verwendung der Bezeichnung "Cartier" im Privatrechtsverkehr in der hier in Rede stehenden Art und Weise zutreffend verneint. Hiergegen wendet sich die Revision der Klägerin auch nicht.

40 b) Die gegen die Abweisung des Klageantrags zu 2 gerichtete Revision der Klägerin ist ebenfalls unbegründet. Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung des Suchworts "Cartier", die in keinem Zusammenhang mit der benutzten Ware steht, unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu (§ 14 Abs. 2 und 5 MarkenG, §§ 3, 6 Abs. 1 und 2 Nr. 4, § 8 Abs. 1 UWG, § 823 Abs. 1, §§ 826, 1004 BGB).

41 Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es für die mit dem Klageantrag zu 2 angegriffene Verwendung des Begriffs "Cartier" ohne Zusammenhang mit der Ware, etwa als isolierter Begriff "Cartier" oder als Angabe "nicht von Cartier", an der für den Unterlassungsanspruch erforderlichen Begehungsgefahr fehlt (§ 14 Abs. 5 MarkenG, § 8 Abs. 1 UWG, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Benutzung der im Klageantrag zu 1 aufgeführten Wendungen in den Internet-Auftritten ist im Zusammenhang mit den konkret beworbenen Waren erfolgt. Diese Verletzungshandlungen begründen keine Wiederholungsgefahr für eine isolierte Verwendung der Bezeichnung "Cartier" unabhängig von Waren oder Dienstleistungen. Auch Anhaltspunkte für eine erstmalig mit dem

Klageantrag zu 2 bezeichnete Verwendung zeigt die Revision der Klägerin nicht auf.

42

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 08.12.2004 - 2/6 O 348/04 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 17.11.2005 - 6 U 17/05 -