



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: I-20 U 204/02

Entscheidung vom 26. Februar 2004

In dem Rechtsstreit

...
gegen
...

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Richter auf die mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin zu 1) gegen das Urteil der 4a Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 29. Oktober 2002 wird zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten der Berufung tragen die Klägerin zu 1) 3/4, die Klägerin zu 2) 1/4. Das Gleiche gilt für die außergerichtlichen Kosten der Beklagten. Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die Klägerinnen selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerinnen können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leisten.

Die Revision wird zugelassen. Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zu dem in zweiter Instanz im wesentlichen unveränderten Sachverhalt wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Nachdem der Senat mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 auf Bedenken gegen die bis dahin angekündigten Klageanträge hingewiesen hatte, sind diese jedoch geändert worden. Die Klägerin zu 2) hat ihre Klage zurückgenommen und gleichzeitig die Klägerin zu 1) ermächtigt, im Wege der Prozessstandschaft im eigenen Namen gegen die Beklagten vorzugehen und die in diesem Zusammenhang entstandenen (angeblichen) Schadenersatzansprüche an die Klägerin zu 1) abgetreten (Ermächtigungs- und Abtretungserklärung vom 16. Oktober 2003). Die Klägerin zu 1) stellt nunmehr folgenden Berufungsantrag:

I. Die Beklagten werden verurteilt, es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, über eine Internet-Plattform wie www.ebay.de

1. im Geltungsbereich des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften die folgenden Gemeinschaftsmarken

ROLEX
ROLEX (mit Abbildung Krone)
Krone (Abbildung)
OYSTER
OYSTER PERPETUAL
DATEJUST
SUBMARINER
SEA-DWELLER
GMT-MASTER
YACHT-MASTER
DAYTONA
EXPLORER
COSMOGRAPH

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Angebot von Uhren einschließlich Zifferblätter 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 ("listingebay.de") und/oder im Angebot selbst unter Angabe des Artikels, der Anzahl der Gebote, ihres letzten Preises und der laufenden Aktionsdauer einstellen, und/oder - in den Auktionslisten die Zahl der jeweils angebotenen Artikel angeben, und/oder - die "eBay-Käufe" versichern, und/oder - den Anbieter 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

ROLEX
ROLEX (mit Abbildung Krone)
Krone (Abbildung)
OYSTER
OYSTER PERPETUAL

DATEJUST
SUBMARINER
SEA-DWELLER
GMT-MASTER
YACHT-MASTER
DAYTONA
EXPLORER
COSMOGRAPH

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Angebot von Uhren einschließlich Zifferblätter 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 ("listingebay.de) und/oder im Angebot selbst unter Angabe des Artikels, der Anzahl der Gebote, ihres letzten Preises und der laufenden Aktionsdauer 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 Bieter 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 Formulierung "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.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr und der Firma Manufacture des montres Rolex S.A., Biel, ab dem 10.09.2000 (Zugang der Abmahnung) bzw. hinsichtlich der Gemeinschaftsmarke "ROLEX" ab dem 22.05.2002, durch Verletzungshandlungen gemäß Ziffer I. entstanden ist oder zukünftig noch entstehen wird.

III. Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin über ihre geschäftlichen Aktivitäten gem. Ziffer I. ab dem 10.09.2000 (Zugang der Abmahnung) bzw. hinsichtlich der Gemeinschaftsmarke "ROLEX" ab dem 22.05.2002, Auskunft zu erteilen und zwar

1. über die Anzahl der Angebote, die bei den von ihnen auf der Website www.ebay.de veranstalteten Auktionen und/oder Verkäufen zum Verkauf gelangt sind,
2. über die dabei von den Anbietern erzielten Versteigerungserlöse und die davon auf die Beklagten entfallenen Verkaufsprovisionen sowie
3. über die Namen und Anschriften der an den Kaufverträgen beteiligten Verkäufer.

Die Beklagten stellen auch gegenüber diesem Antrag ihren angekündigten Antrag auf Zurückweisung der Berufung.

1. Soweit in der Tatsache, dass die Klägerin zu 1) jetzt auch aus Rechten der (früheren) Klägerin zu 2) klagt, eine Klageänderung bzw. -erweiterung zu sehen ist, haben die Beklagten darin eingewilligt (§§ 533 Nr. 1, 267 ZPO). Neuer Prozessstoff wird dadurch nicht eingeführt (§ 533 Nr. 2 ZPO). Auch gegen die Prozessstandschaft der Klägerin zu 1) ist unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Klage nichts zu erinnern. Die Ermächtigung der (früheren) Klägerin zu 2) liegt vor (Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung). Da die Klägerin zu 1) die Vertreiberin der Rolex-Uhren ist, hat sie auch das erforderliche rechtliche Interesse an der Geltendmachung im eigenen Namen (BGH NJW-RR 89, 690 - Kronenthaler). Gemäß Art. 97 Abs. 3 GMVO wendet das Gemeinschaftsmarkengericht seine eigenen Verfahrensvorschriften an.

2. Die neuen, nach den Hinweisen des Senats gestellten Klageanträge sind zwar jetzt bestimmt genug, insbesondere deshalb, weil sie nunmehr auf die konkreten Handlungen der Beklagten Bezug nehmen, in denen die Klägerin zu 1) (im folgenden: Klägerin) den Gesetzesverstoß erblickt (vgl. BGH NJW 03, 3406, 3408 - Paperboy). Die neuen Anträge ändern aber nichts daran, dass die Klage weiterhin nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin unbegründet bleibt. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass den geltend gemachten Ansprüchen jedenfalls die Vorschriften des Telediensteegesetzes (TDG) entgegenstehen. Dabei sind für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch die §§ 8 und 11 des Telediensteegesetzes in seiner neuen Fassung vom 14.12.2001 maßgebend, wenn sich auch, wie noch zu zeigen sein wird, gegenüber der früher in § 5 TDG a.F. geregelten "Verantwortlichkeit" im vorliegenden Fall daraus keine Änderungen ergeben. Das Klageziel ist zunächst dahin klarzustellen, dass die Klägerin nach Antrag und Vortrag einen Unterlassungsanspruch verfolgt, und nicht einen Beseitigungsanspruch. Es geht der Klägerin nicht um die Entfernung bestimmter Informationen aus der Speicherung der Beklagten (vgl. § 11 Nr. 2 TDG), auf die sie die Beklagten hingewiesen hat. Für solche Fälle haben die Beklagten das "Verifizierte Rechte Inhaber (VeRI) Programm" entwickelt (Anlage B 1), das es den Inhabern "geistigen Eigentums" ermöglicht, rechtsverletzende Artikel von den Seiten der Beklagten (nachträglich) entfernen zu lassen. Dazu führen die Beklagten aus, sie könnten "als größte Handelsplattform im Internet bei der Abwicklung von Verkäufen zwischen Einzelpersonen nicht überprüfen, ob Verkäufer berechtigt oder befähigt sind, ihre angebotenen Artikel zu verkaufen oder zu vertreiben" (Anlage B 1). Eine Teilnahme an diesem VeRI-Programm haben die Klägerinnen jedoch nachdrücklich abgelehnt, insbesondere mit dem Antwortschreiben vom 24.10.2000 (284 GA). Dort wird von einer "Zumutung" gesprochen sowie einem "Widerspruch zum geltenden Recht, dem das System vorbeugender Unterlassungsrechte eigen" gewesen sei. Auch im Berufungsvortrag ist von einem "vorbeugenden Unterlassungsanspruch" die Rede, der auch im Internet nicht "vollständig eliminiert" werden dürfe. Der Klägerin geht es also nicht um die nachträglich Entfernung bestimmter, konkreter Informationen bzw. rechtsverletzender Angebote. Vielmehr verlangt sie, dass die Beklagten solche Angebote nach den abstrakten Kriterien der Klageanträge vorher herausfiltern und gar nicht erst erscheinen lassen, und zwar auch in Fällen, in denen ein objektiver Eingriff noch nicht vorliegt, aber drohend bevorsteht (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 9, Rdnr. 1 zum Wesen des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs). mEinem solchen Klagebegehren steht von vorn herein § 8 Abs. 2 Satz 1 TDG entgegen, wonach Dienstanbieter im Sinne der §§ 9-11 nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG, wonach Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzes unberührt bleiben, besagt nicht das Gegenteil. Entsprechend dem bisherigen Rechtszustand gilt das nämlich nur, wenn der Dienstanbieter von solchen Informationen Kenntnis erlangt (Gesetzbeurteilung BT-Drucksache 14/6098, Seite 23).

3. Die Vorschriften des Tele-Diensteegesetzes sind vorliegend anwendbar.

a) Der Bundesgerichtshof hat in einer inzwischen veröffentlichten Entscheidung vom 23.09.2003 entschieden, dass die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit nach § 5 Abs. 2 TDG a.F. als anspruchsbegründende Merkmale für eine Haftung des fremde Inhalte Anbietenden Internetproviders nach § 823 BGB anzusehen

sind (NJW 03, 3764). Dabei hat sich der BGH die Ansicht zu eigen gemacht, dass § 5 TDG a.F. eine Art "Filterfunktion" in dem Sinne habe, dass die Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sein müssten, bevor die Prüfung der einschlägigen Vorschrift nach den Maßstäben des jeweiligen Rechtsgebiets erfolge. Diese Auffassung entspreche auch dem Sinn und Zweck der Regelung. Nach der amtlichen Begründung trage die Begrenzung der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters der Tatsache Rechnung, dass es ihm aufgrund der technisch bedingten Vervielfachung von Inhalten und der Unüberschaubarkeit der in ihnen gebundenen Risiken von Rechtsgutsverletzungen zunehmend unmöglich sei, alle fremden Inhalte zur Kenntnis zu nehmen und auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. § 5 Abs. 2 TDG a.F. solle dem Diensteanbieter dadurch, dass für die Verantwortlichkeit seine Kenntnis von dem fremden Inhalt verlangt wird, die erforderliche Rechtssicherheit verschaffen (a.a.O. 3765). Unter "Kenntnis" ist nach Auffassung des BGH die positive Kenntnis des einzelnen konkreten Inhalts zu verstehen, so dass ein "Kennen müssen" nicht genügt (a.a.O. 3764). An dieser Rechtslage haben die Vorschriften des neuen TDG, die u.a. die Art. 14 und 15 der Richtlinie 2000/31 EG über den elektronischen Geschäftsverkehr umsetzen, nichts geändert. Insbesondere vertritt die Gesetzesbegründung ebenfalls die Auffassung, dass die Verantwortlichkeitsregeln eine Art Filter seien, der vor der Prüfung der allgemeinen Verantwortlichkeitsnormen heranzuziehen sei (BT-Drucksache 14/6098, Seite 23). Jede Haftung wegen einer unerlaubten Handlung muss also diesen Filter passieren. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob wegen der unerlaubten Handlung Schadenersatz, Beseitigung oder Unterlassung verlangt wird. Zu den unerlaubten Handlungen gehören nach allgemeiner Ansicht auch Markenverletzungen und (allgemeine) Wettbewerbsverstöße. Der Senat sieht in den §§ 8-11 TDG insbesondere eine gesetzliche Regelung bzw. Eingrenzung der Störerhaftung. Soweit die Vorschriften anwendbar sind, regeln sie, inwieweit zumutbare Verhaltenspflichten, insbesondere Prüfungspflichten bestehen (vgl. BGH NJW-RR 03, 1685, 1686 f. - Ausschreibung von Vermessungsleistungen).

b) Durch die nachträgliche Einführung ihrer Gemeinschaftsmarken konnten die Klägerinnen die Anwendung des Teledienstegesetzes nicht verhindern, wie schon das angefochtene Urteil zutreffend ausgeführt hat. Zwischen den Regelungen der Störerhaftung im Teledienstegesetz und der Europäischen Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke besteht ebenso wenig ein Konkurrenzverhältnis wie zur Markenrechtsrichtlinie, weil auch die Gemeinschaftsmarkenverordnung keine Vorschriften über die Störerhaftung enthält (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., vor §§ 14-19, Rdnr. 35 gegen OLG Köln - 6 U 12/01 - Anl. B 32). Die Tatsache, dass die Gemeinschaftsmarkenverordnung auch keine Vorschriften über die (verbotene) Markenbenutzung, die Täterschaft und die Teilnahme macht, ist von den Parteien umfänglich diskutiert worden. In Fragen, die nicht durch die Gemeinschaftsmarkenverordnung erfasst werden, wenden aber die Gemeinschaftsmarkengerichte gemäß Art. 98 Abs. 2 GMVO nationales Recht an, - also auf alles, was nicht den Unterlassungsanspruch betrifft - vorrangig natürlich das auf europäischer Rechtsvereinheitlichung beruhende nationale Recht wie das auf der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr beruhende Teledienstegesetz n.F. Dabei ist schon hier darauf hinzuweisen, dass in § 125 b) Nr. 2 MarkenG dem Inhaber einer eingetragenen Gemeinschaftsmarke zwar zusätzlich zu den Ansprüchen nach den Art. 9-11 GMVO Ansprüche auf Schadenersatz und Auskunftserteilung eingeräumt werden, ein bloßer Störer nach deutschem Recht aber nur auf Unterlassung und Beseitigung haftet (BGH NJW-RR 02, 832 - Meißner Dekor).

c) Von dem mangelnden Konkurrenzverhältnis abgesehen ist aber auch das Bemühen der Klägerin verfehlt, die Gemeinschaftsmarkenverordnung als gegenüber dem Teledienstegesetz höherrangiges Recht hinzustellen. Unmittelbar auf der "Europäischen" Gemeinschaftsmarkenverordnung beruht nur der durch ihren Art. 9 gewährte Unterlassungsanspruch (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O. § 125 b), Rdnr. 5). Auf diesen ist, wie bereits ausgeführt, wegen seiner Zukunftswirkung das Teledienstegesetz in neuer Fassung anzuwenden, die auf einer Umsetzung der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr beruht. Es handelt sich also in gleicher Weise um Europäisches Recht wie bei der Gemeinschaftsmarkenverordnung. Die Berufung befürchtet eine Verletzung des Grundsatzes der "Einheitlichkeit der Gemeinschaftsmarke", weil das Landgericht der Geltendmachung der Rechte aus der Gemeinschaftsmarke zu Unrecht einen Filter vorgeschaltet habe, der den Markeninhaber unter den im TDG geregelten Voraussetzungen seiner Rechte "beraube". Das Gegenteil ist richtig. Die Einheit der Gemeinschaftsmarke wird eher gefördert, weil durch die Umsetzung von Art. 14 und 15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr der Geltendmachung von Rechten aus der Gemeinschaftsmarke gemeinschaftsweit der gleiche Filter vorgeschaltet wird. Die

Annahme eines Rangverhältnisses zwischen Gemeinschaftsrecht aufgrund einer Verordnung und Gemeinschaftsrecht aufgrund einer Richtlinie (vgl. Art. 249 Abs. 2 und 3 EGV) wäre auch sonst verfehlt. Dagegen spricht schon, dass Verordnung und Richtlinie in Teilbereichen als austauschbar behandelt und die Unterschiede auch dadurch eingeebnet werden, dass die "perfekionierte" inhaltlich verordnungähnliche Richtlinie als zulässig angesehen wird (vgl. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl., § 6, Rdnr. 548, 551). Auch die Ergebnisse der von der Klägerin vertretenen Meinung erscheinen ungereimt. Danach würde sich zwar der auf der Gemeinschaftsmarkenverordnung beruhende Unterlassungsanspruch gegen die Vorschriften des Teledienstegesetzes durchsetzen, ein Unterlassungsanspruch aufgrund eines Urheberrechts dagegen nicht, weil das Urheberrecht nur durch Richtlinien vereinheitlicht wurde (vgl. Loewenheim/Vogel, Handbuch des Urheberrechts, § 2, Rdnr. 28).

Angesichts der Tatsache, dass die Neufassung des Teledienstegesetzes, mit der die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde, aus dem Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) vom 14.12.2001 stammt, erscheint die Annahme unzulässig, der deutsche und der europäische Gesetzgeber hätten Ansprüche aus der Gemeinschaftsmarkenverordnung unberührt lassen wollen oder übersehen. Die umgesetzten Haftungsprivilegierungen der Art. 12-15 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr erfassen querschnittartig alle Rechtsgebiete - auch das Strafrecht und das Urheberrecht (Spindler, NJW 02, 921, 922). Ferner ergibt der Erwägungsgrund 18 der Richtlinie, dass man sich auch über deren Anwendung auf den weiten Bereich der "Dienste der Informationsgesellschaft" völlig im Klaren war.

4. Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch, der "vorbeugend" auf eine von den Beklagten vorzunehmende Vorkontrolle auf Hinweise auf eine Produktfälschung oder auf Preisangaben von unter 800 EUR für neue Rolex-Uhren gerichtet ist (vgl. oben 2.), kann nach § 11 TDG keinen Erfolg haben. Nach dieser Vorschrift sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben (Nr. 1) oder unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben (Nr. 2). Dabei ist die Regelung der Nr. 2 deshalb nötig, weil der Diensteanbieter sonst im Wege des Umkehrschlusses aus der Nr. 1 bei Kenntniserlangung der Haftungsprivilegierung verlustig gehen würde. Nach den Gesetzesmaterialien soll er jedoch vor Entfallen der Verantwortlichkeitsbeschränkung die Möglichkeit haben, den Zugang zu der Information zu sperren (BT-Drucksache 14/6098, Seite 25).

Zentraler Begriff ist in beiden Fällen derjenige der Kenntnis, die dem Diensteanbieter auch durch Dritte verschafft werden kann (BT-Drucksache 14/6098, Seite 23). Diese Kenntnis ist, wie nach § 5 TDG, im Sinne positiver Kenntnis des einzelnen konkreten Inhalts zu verstehen (BGH NJW 03, 3764). Daraus ergibt sich aber, dass ein "normaler" Unterlassungsanspruch, wie ihn die Klägerin geltend macht, hier von vorn herein ausgeschlossen ist. Durch einen entsprechenden Unterlassungstitel würde nämlich der Diensteanbieter faktisch gezwungen, für die Zukunft ein Überwachungs- bzw. Kontrollverfahren einzuführen. Oben 2. wurde bereits auf § 8 Abs. 2 Satz 1 TDG hingewiesen, wonach die Diensteanbieter dazu gerade nicht verpflichtet sein sollen (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr). Das Erfordernis der positiven Kenntnis führt damit zum Verbot "proaktiver" Überwachungspflichten (vgl. Spindler/Volkman, WRP 03, 1, 3 f.). Unter den Voraussetzungen des § 11 TDG kann die Klägerin damit beim Unterlassungsanspruch nicht wie sonst im Wege der Verallgemeinerung der konkreten Verletzungshandlungen vorgehen, wie sie das bei der Begründung ihrer Schlussanträge ausdrücklich ausgeführt hat. Der Diensteanbieter haftet im Falle des § 11 TDG nicht schon deshalb, weil er die angegriffene Information speichert, sondern erst, wenn ihm die Kenntnis von der konkreten Information verschafft worden ist, und er gleichwohl nichts tut, um sie zu entfernen. Deshalb sollen Abmahnkosten in solchen Fällen erst nach der zweiten Abmahnung verlangt werden können (vgl. Spindler, NJW 02, 921, 925). Der Unterlassungsanspruch ist mit einem entsprechenden Beseitigungsanspruch weitgehend identisch, weil eine Erfüllung des Unterlassungsanspruchs nicht ohne Beseitigungshandlung möglich ist (vgl. Teplitzky a.a.O., Kap. 22, Rdnr. 5 mit Fußnote 12). Um bei dem gestellten Klageantrag zu bleiben: Die Unterlassung der von einem Angebot einer neuen Rolex-Uhr zum Preis von unter 800 EUR ausgehenden Störung erfordert die Beseitigung dieses Angebots. Deshalb wird angenommen, dass in diesen Fällen eine enge Tenorierung des Unterlassungsurteils notwendig sei, etwa indem der Inhalt und seine Adresse auf dem Rechner genau benannt werden (Spindler a.a.O.). Einen solchen

Antrag hat die Klägerin aber nicht gestellt, und sie will ihn auch nicht stellen, wie ihr gesamter Vortrag ergibt. Vielmehr will sie "vorbeugend" gegen die Beklagten vorgehen. Ein derartiges Unterlassungsbegehren ist bei Eingreifen der Haftungsprivilegierung des § 11 TDG von vornherein unbegründet.

5. Die Beklagten können sich aber auf diese Haftungsprivilegierung berufen. Die Klägerin hat nämlich nicht dargelegt, dass deren Voraussetzungen nicht gegeben sind. Bei diesen Voraussetzungen der Verantwortlichkeit nach § 11 TDG handelt es sich um anspruchsbegründende Merkmale für eine Haftung fremde Inhalte anbietender Internetprovider mit der Folge, dass die Darlegungs- und Beweislast den Anspruchsteller trifft. Dies ist zwar zu § 5 Abs. 2 TDG a.F. entschieden worden (BGH NJW 03, 3764), gilt aber in gleicher Weise für § 11 TDG, weil mit den §§ 8-11 TDG n.F. eine Rechtsänderung nicht beabsichtigt war (vgl. BT-Drucksache 14/6098, Seite 22). Auch nach dem neuen Recht besteht kein Bedürfnis, die Position des Anspruchstellers durch eine Beweislastumkehr oder Beweiserleichterung zu Lasten des Diensteanbieters zu stärken, weil der Anspruchsteller jederzeit dem Anbieter "Kenntnis geben" und dies entsprechend den allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften beweisen kann (vgl. BGH a.a.O. 3765).

Die Beklagten haben immer wieder umfangreich dargelegt, dass die Informationen der Nutzer auf ihren Internetseiten für sie fremde Inhalte darstellten, von denen sie ohne Information der Klägerinnen keine Kenntnis hätten (vgl. insbesondere den Vortrag zu den Anlage B 2-B 20 in erster Instanz und BB 1-BB 13 in zweiter Instanz). Diese Darlegungen haben die Klägerinnen nicht widerlegt, sondern ihnen immer nur widersprochen, ohne sie wirklich zur Kenntnis zu nehmen. Bezeichnend hierfür ist, wenn noch in der Replik auf die Berufungserwiderung rechtlich etwas daraus hergeleitet werden soll, dass die Beklagten sich selbst als "Auktionshaus" bezeichnen oder auch nur von Dritten so genannt werden. Dieser begriffsjuristische Ansatz ist ganz offensichtlich verfehlt. Es kommt nicht darauf an, wie etwas genannt wird, sondern nur darauf, dass eine Internet-Auktion sachlich etwas ganz anderes ist als eine Auktion im Sinne von § 156 BGB. Demgemäß ist schon der Kommentarliteratur zum Markenrecht zu entnehmen, dass Online-Auktions-unternehmen nach den §§ 8-11 TDG keine generelle Prüfungspflicht haben, weil es sich bei den Angeboten der Verkäufer um für sie fremde Informationen handelt (Ingerl/Rohnke, a.a.O., vor § 14-19, Rdnr. 43). Die Bezeichnung "Auktion" oder "Versteigerung" für Verkäufe gegen Höchstgebot im Internet, die keine Versteigerungen im Sinne von § 34 b) GewO sind, ist in der Rechtsprechung nicht als irreführend bezeichnet worden, weil es inzwischen eine Vielzahl unterschiedlicher auktionsähnlicher Verkaufsveranstaltungen gebe, die als "Online"- oder "Internet-Auktionen" bezeichnet würden (OLG Frankfurt NJW 01, 1434; KG NJW 01, 3272). Der Durchschnittsverbraucher hat als Nichtjurist keine feststehende Vorstellung von "Auktion". Die Vorstellungen des durchschnittlichen Internet-Nutzers sind angesichts der überragenden Bekanntheit der Beklagten eher durch das geprägt, was sich auf ihren Internet-Seiten abspielt.

In der Sache geht es darum, ob die von den Nutzern eingegebenen Informationen für die Beklagten fremde oder eigene Informationen sind. Die §§ 8-11 TDG haben diese Unterscheidung beibehalten, und die Gesetzesbegründung spricht auch noch von Informationen Dritter, die der Diensteanbieter sich zu eigen macht (BT-Drucksache 14/6098, Seite 23). Ob es diese Kategorie im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr überhaupt noch gibt (verneinend Spindler NJW 02, 921, 923), kann hier im Ergebnis dahinstehen. Jedenfalls beurteilt sich die Abgrenzung von fremden und eigenen Inhalten ebenso wie von solchen, die als eigene übernommen werden, unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles aus der Sicht eines objektiv verständigen Nutzers (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O., vor § 14-19, Rdnr. 39; Hoeren/Sieber/ Spindler, Handbuch Multimediarecht, Kap. 29, Rdnr. 95). Es gilt also auch hier das europäische Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, den eine gewisse "Informationsbeschaffungslast" trifft (vgl. Teplitzky a.a.O., Kap. 21, Rdnr. 18). Für einen solchen Nutzer ist es in keiner Weise zweifelhaft, dass die von den übrigen Nutzern der Handelsplattform der Beklagten eingegebenen Informationen allein Informationen dieser Nutzer sind, die sich die Beklagten auch nicht zu eigen machen.

Das ergibt sich schon aus der unbestritten überragenden Bekanntheit der Beklagten bzw. ihrer Handelsplattform bei den Internet-Nutzern. Teilweise hängt das damit zusammen, dass es in Zeitschriften bzw. im Zeitschriftenhandel unstreitig eine Vielzahl von unabhängigen "eBay-Führern" gibt, die den Interessenten in die Funktionsweise des virtuellen Handelsplatzes der Beklagten einführen. Die Beklagten

haben einige davon vorgelegt (Anlage BB 10). Diese Veröffentlichungen lassen keinen Zweifel daran aufkommen, dass eBay-Nutzer untereinander handeln, und eBay selbst weder als Käufer, Verkäufer noch Auktionator auftritt. So heißt es etwa in der Broschüre "Die wunderbare Welt des "eBay Internet" unter der Überschrift: "Was ist eBay?"

"Wie ein Marktplatzbetreiber bietet eBay die Plattform an, auf der sich Verkäufer und Käufer begegnen und miteinander handeln können - wobei jeder Mensch sowohl als Käufer wie auch als Verkäufer auftreten darf ... - Und wie verdient eBay dann Geld? Durch die Verkäufer. Wer seine Waren hier mit Fotos und Beschreibung feil bietet, muss an eBay eine niedrige Gebühr zahlen. Und für jeden erfolgreichen Verkauf hält es - wie jedes Auktionshaus der Welt - noch einmal die Hand auf ... -"

Es ist bezeichnend, wenn in der Replik auf die Berufungserwiderung hieraus nur die Passagen zitiert werden, in denen das Wort "Auktionshaus" vorkommt, obwohl die Broschüre gleichzeitig klar macht, dass "Auktion" nichts anderes bedeutet, als den Abschluss von Kaufverträgen zwischen den Nutzern, die Käufer oder Verkäufer sein können. Auch die Broschüre "eBay & Co" verwendet zwar zur Beschreibung der Kaufgeschäfte Begriffe wie "Auktion", "Gebote" und "der Hammer ist gefallen", macht aber gleichzeitig immer wieder klar, dass der Käufer es grundsätzlich mit dem Verkäufer zu tun hat, und nicht mit den Beklagten. So hängt z.B. die Methode der Kaufabwicklung "vom jeweiligen Verkäufer ab" (Seite 25). Schließlich werden in besonderen Kapiteln auch Ratschläge gegeben: "Selbst Verkäufer werden!" und "Shop bei eBay eröffnen". Auch solche "Shops", etwa der Quelle AG, sind entgegen der Ansicht der Klägerin erkennbar keine Angebote der Beklagten, auch wenn dort zu Festpreisen - und nicht für das höchste Gebot - angeboten wird. Auch die Veröffentlichung des Wirtschaftsmagazins "Capital" vom 11.06.2003 gibt getrennte Ratschläge für "Käufer" und "Verkäufer" (Seite 74 und 80), woraus sich allein schon ergibt, dass es sich dabei um die jeweiligen Nutzer handelt, und nicht etwa um die Beklagten.

Der Nutzer bzw. Verkäufer muss zwar, wie die oben zitierte Broschüre auch ausführt, für die Nutzung des "Internet-Marktplatzes eBay" an die Beklagten gewisse Entgelte zahlen. Das ändert aber nichts daran, dass die Beklagten an den Kaufabschlüssen bzw. "Auktionen" nicht beteiligt sind. Die Angebote sind solche der Verkäufer. Wie die Beklagten immer wieder ausgeführt haben, bieten sie dem Nutzer erkennbar einen Markt- oder Messeplatz, auf dem der Nutzer (fast) alles kaufen und verkaufen kann (die oben genannten Broschüren sprechen auch von "Trödelmarkt").

Die meisten Besucher der Internet-Seiten der Beklagten werden wohl durch solche Veröffentlichungen darauf aufmerksam werden, weil damit den Interessenten gezielt eine etwaige Scheu genommen werden soll: "eBay ist ganz einfach!" Diese Nutzer wissen schon, wie der "Marktplatz für alles" funktioniert und kennen auch die Rolle, die die Beklagten dabei übernehmen. Aber auch derjenige Nutzer, der die Internet-Seiten der Beklagten "unvorbereitet" aufruft, kann immer wieder erkennen, dass die Angebote bzw. "Inhalte" solche der Verkäufer sind und "eBay" dafür nur seine Seiten gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Dazu soll hier nur auf einige wesentliche Einzelheiten aus dem Internet-Auftritt der Beklagten eingegangen werden; im übrigen wird auf die umfangreichen Darstellungen der Beklagten und insbesondere die dazugehörigen Anlagen verwiesen (vor allem Anlagen B 2 ff. und BB 1 ff.).

Die Startseite (Anlage BB 1) enthält die von den Beklagten zur Einordnung zur Verfügung gestellten Warenkategorien ("Auto und Motorrad", "Baby-Spielzeug", usw.). Die Kopfleiste zeigt die Rubriken "Neu bei eBay?", "Anmelden", "So kaufen Sie", "So verkaufen Sie". Am Schluss werden verschiedene Links gezeigt wie z.B. "Kaufen", "Verkaufen", "Suchen", "Hilfe". Es folgt der schon im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebene Copyright-Vermerk und u.a. die Hinweise: "Ausgewiesene Marken gehören ihrem jeweiligen Eigentümern. Mit der Benutzer dieser Website erkennen Sie die eBay-AGB und die Datenschutzerklärung an."

Wer "neu bei eBay" ist und die entsprechende Taste drückt, wird auf der entsprechenden Seite (Anlage BB 3) wie folgt begrüßt:

"Wir freuen uns, Sie auf unserem Marktplatz begrüßen zu dürfen."

Sie können bei eBay kaufen oder selbst verkaufen.

eBay ist die größte Handelsgesellschaft der Welt - Tag für Tag kaufen und verkaufen auf unserem Marktplatz Millionen von Menschen Millionen von Artikeln.

...

als Verkäufer stellen Sie Ihre Angebote schnell und einfach bei eBay ein. Nun steht Ihnen buchstäblich das Tor zur Welt offen. Denn bei eBay handeln Sie nicht regional begrenzt, sondern in ganz Deutschland, in Europa oder sogar weltweit.

"So verkaufen Sie!" (Hervorhebungen im Originaltext)

Auch diese Seite enthält wieder am Schluss den Hinweis auf die AGB und die Datenschutzerklärung sowie darauf, dass ausgewiesene Marken den jeweiligen Eigentümern gehören. Wählt der Nutzer dann die Seite "erfolgreich verkaufen bei eBay" (Anlage BB 4), dann erfährt er dort:

"Ganz gleich, ob Sie noch nie bei eBay verkauft haben oder Ihre Verkäufe noch erfolgreicher gestalten möchten. Vielleicht möchten Sie sich auch selbständig machen oder eBay als Vertriebskanal für Ihre Unternehmen nutzen. Hier finden Sie wertvolle Informationen, Tipps und Tricks sowie sämtliche Links zu den verkaufsrelevanten Bereichen bei eBay".

All dies macht klar, dass hier andere Nutzer "bei eBay" etwas verkaufen, und nicht etwa die Beklagten Verkäufer oder "Versteigerer" sind. Unter der Überschrift "Verkaufen ganz einfach!" (Anlage BB 5) wird der interessierte Verkäufer weiter belehrt:

"Als Marktplatzbetreiber bietet eBay die Plattform, auf der Verkäufer und Käufer miteinander handeln können. Unsere Mitglieder verkaufen die Artikel, die sie bei eBay anbieten, selbst. Daher kann eBay keine Haftung für die korrekte Abwicklung übernehmen und auch keine Garantie dafür geben, dass alle angebotenen Artikel korrekt beschrieben sind oder tatsächlich existieren.

Wie jeder Verbraucher sollten Sie sich deshalb durch einfache Verhaltensweisen vor Betrugsfällen schützen. Hier sind einige Grundregeln: ..."

Aber auch der Käufer, der sich sogleich auf die Angebote "stürzt", ohne sich vorher zu informieren, wird gewissermaßen mit der Nase darauf gestoßen, dass es sich hier um für die Beklagten fremde Angebote handelt. Jeder Angebotsbeschreibung enthält "Angaben zum Verkäufer" und den Hinweis "Der Verkäufer übernimmt die volle Verantwortung für das Einstellen dieses Artikels". Der Käufer kann sich auch jederzeit mit dem Verkäufer in Verbindung setzen und wird dazu auf den Internet-Seiten auch aufgefordert.

Wer sich danach bei den Beklagten "anmelden" will, muss zunächst die Nutzungsbedingungen akzeptieren (Anlage BB 8). Diese werden ihm anschließend mit elektronischer Post zugeschickt (Anlage BB 9). Darin heißt es:

"Dies sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay (im folgenden: "AGB"). Sie regeln das Vertragsverhältnis zwischen eBay und den natürlichen und juristischen Personen, die Teledienste von eBay nutzen (im folgenden: "Mitglied"). Die AGB betreffen die Nutzung der Websites eBay ... -"

§ 1 der AGB lautet unter der Überschrift "Marktplatz":

"Die eBay-Website ist ein Marktplatz, auf dem von den Mitgliedern Waren und Leistungen aller Art (nachfolgend "Artikel") angeboten, vertrieben und erworben werden können, sofern deren Angebot, Vertrieb oder Erwerb nicht gegengesetzlich Vorschriften, diese AGB oder eBay-Grundsätze verstößt ..."

eBay bietet selbst keine Artikel an und wird selbst nicht Vertragspartner der ausschließlich zwischen den Mitgliedern dieses Marktplatzes geschlossenen Verträge. Auch die Erfüllung dieser über die eBay-Website geschlossenen Verträge erfolgt ausschließlich zwischen den Mitgliedern."

Damit wird noch einmal juristisch ausgedrückt, was sich für den durchschnittlich verständigen Internetnutzer

allenthalben aus den Internetseiten selbst ergibt. Die Beklagten halten auf ihren Internetseiten Angebote Dritter vor, die für sie fremde Inhalte sind, und bei denen sich das Eigeninteresse darauf beschränkt, dass die Anbieter für die Nutzung der Seiten die vorgesehenen Entgelte zu zahlen haben (vgl. § 5 der AGB). Dass dies entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht einmal ein Indiz für die Annahme eigener Informationen im Sinne des § 11 TDG ist, bedarf keiner näheren Darlegung. Es gehört zum Wesen des Wettbewerbs, dass mit einer neuen Geschäftsidee, die offensichtlich "eingeschlagen" ist, auch entsprechende Gewinne gemacht werden.

6. Von diesen für sie fremden Informationen haben die Beklagten keine Kenntnis im Sinne des § 11 Satz 1 Nr. 1 TDG. Sie haben weder Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Handlung noch von der Rechtswidrigkeit der Information (vgl. dazu Spindler NJW 02, 921, 924 mit Fußnote 39), noch haben sie Kenntnis von Umständen, aus denen die rechtswidrige Handlung oder rechtswidrige Information offensichtlich wird. Das leuchtet unmittelbar ein, wenn Kenntnis mit dem BGH (NJW 03, 3764) auf die positive Kenntnis des einzelnen konkreten Inhalts bezogen wird. Eine solche Kenntnis erscheint im Hinblick auf das Einstellen von täglich 90.000 neuen Angeboten von vorn herein ausgeschlossen. Zu einem anderen Ergebnis kommen die Klägerinnen nur mit Hilfe verschiedener Kenntnisfiktionen, die im Ergebnis die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Haftungsprivilegierung unterlaufen. Im Erwägungsgrund 42 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr heißt es eindeutig:

"Die in dieser Richtlinie hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen decken nur Fälle ab, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck vorübergehend gespeichert werden, die Übermittlung effizienter zu gestalten. Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt".

So liegt es hier. Wie die Beklagten immer wieder vorgetragen haben, beschränkt sich ihre Tätigkeit darauf, gegen entsprechendes Nutzungsentgelt der Verkäufer ein raffiniertes Datenverarbeitungsprogramm zur Verfügung zu stellen, das jedem Nutzer den Abschluss von Kaufverträgen über das Internet ermöglicht und erleichtert. So ist z.B. die Figur des sog. "Bietagenten" eine reine Softwarefunktion, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. In dieser ausschließlichen Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung liegen Sinn und Zweck der ganzen Veranstaltung. Ähnlich wie es von vornherein zu keiner Mitwirkung der Beklagten beim Abschluss der Kaufverträge kommen soll, ist auch eine vorherige Kenntnisnahme der Angebote durch Personal der Beklagten von vornherein nicht vorgesehen. Nach § 5 Abs. 2 TDG a.F. setzte die Haftung des Diensteanbieters für fremde Inhalte neben der Kenntnis weiter voraus, dass es ihm technisch möglich und zumutbar war, deren Nutzung zu verhindern. Das soll auch nach § 11 TDG weiter gelten (BT-Drucksache 14/6098, Seite 23). Diese Unzumutbarkeit ergibt sich letztlich schon daraus, dass das automatisierte System der Beklagten, wie bereits ausgeführt, gerade keine menschlichen Kontrollen vorsieht. Dies braucht jedoch nicht weiter vertieft zu werden, weil es schon an der erforderlichen Kenntnis der Beklagten fehlt. Es versteht sich, dass weder Käufer noch Verkäufer den Beklagten unterstehen (§ 11 S. 2 TDG).

Auch auf § 11 Satz 1 Nr. 2 TDG braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Wie bereits mehrfach ausgeführt (oben 2. und 4.) geben sich die Klägerinnen mit den dort vorgesehenen nachträglichen Kontrollen nicht zufrieden und lehnen insbesondere eine Beteiligung an dem Verifizierte Rechte Inhaber Programm (VeRI) der Beklagten (Anlage B 1) ausdrücklich ab. Der Europäischen Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und den darauf beruhenden Vorschriften des Teledienstegesetzes liegt indes die Wertung zugrunde, dass präventive Kontrollen - und deren Kosten - nicht zu Lasten der Beklagten als Diensteanbieter, sondern zu Lasten der Klägerinnen als Hersteller bzw. Vertreiber von Markenartikeln gehen sollen. Hierzu ist dem Senat aus anderen Prozessen dienstlich bekannt, dass Hersteller und Vertreiber von Luxusartikeln den Markt innerhalb und außerhalb des Internet auf Markenverletzungen genau beobachten. Tun die Klägerinnen dies auch hier, dann können sie den Beklagten jederzeit im Sinne des § 11 Satz 1 Nr. 2 TDG die erforderliche Kenntnis verschaffen, von der Möglichkeit gegen den Verkäufer als Markenverletzer vorzugehen einmal ganz abgesehen.

Ob die Beklagten in solchen Fällen auch nur als Störer für eine Markenverletzung haften (vgl. dazu OLG Köln - 6 U 12/01 -, Anlage B 32), kann ebenfalls offen bleiben, weil eine etwaige Haftung jedenfalls den "Filter" des

§ 11 TDG nicht passieren würde.

7. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Sache offensichtlich von grundsätzlicher Bedeutung ist. In der mündlichen Verhandlung wurde im anderen Zusammenhang erörtert, dass die Beklagten sich noch einer Vielzahl von Klagen anderer Markenartikelhersteller ausgesetzt sehen könnten. Abgesehen davon, dass das Urteil des BGH vom 23.09.2003 (NJW 03, 3764) noch zu § 5 Abs. 2 TDG a.F. ergangen ist, sind damit noch nicht alle Rechtsprobleme des Falles revisionsrechtlich geklärt.

Berufungsstreitwert. 1 Mio. Euro.

(Unterschriften)