Zur Haftung des Internethandelsplattformbetreibers für Angebote Dritter

Amtlicher Leitatz:

1. Die Haftung des Betreibers einer Internethandelsplattform für rechtsverletzende oder wettbewerbswidrige Angebote Dritter auf dieser Plattform richtet sich nach den Grundsätzen des Unterlassungsdelikts, wenn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens darin liegt, dass der Betreiber trotz vorangegangener Hinweise auf gleichartige rechtsverletzende Angebote keine hinreichenden Maßnahmen ergriffen hat, um Rechtsverletzungen künftig zu verhindern. Die Haftung des Betreibers hängt dann nach den hergebrachten Grundsätzen des Unterlassungsdelikts insbesondere davon ab, ob ihm als Garant wegen der Eröffnung einer Gefahrenquelle die Verhinderung weiterer rechtsverletzender Angebote möglich und zumutbar ist.

2. Werden auf einer Internethandelsplattform durch Private unter Verletzung von Marken oder unter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (hier: § 6 II Nr. 6 UWG) Waren gegen Entgelt angeboten, haftet der Betreiber der Internethandelsplattform als Täter durch Unterlassen, sofern er zuvor wiederholt auf gleichartige Rechtsverletzungen hingewiesen wurde und deshalb weitere derartige Rechtsverletzungen sicher vorhersehen konnte oder jedenfalls konkret für möglich hielt. Handelt dagegen der Anbieter in diesen Fällen im geschäftlichen Verkehr, haftet der Betreiber der Internethandelsplattform unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe durch Unterlassen. Auf die Grundsätze der Störerhaftung kommt es in diesen Fällen nicht an.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 24.07.2008

Az.: 3 U 216/06

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 24.8.2006 (315 O 980/05), wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

A.

Die Klägerin, Herstellerin von Kinderstühlen, nimmt die Beklagte als Betreiberin einer Internet-Handelsplattform auf Unterlassung aus Markenrecht und Wettbewerbsrecht in Anspruch.

Die Klägerin ist ein in Norwegen ansässiges Unternehmen, welches in Deutschland über eine Tochtergesellschaft seit Jahren den aus der Anlage zum Klageantrag zu I a) abgebildeten Kinderhochstuhl „Tripp Trapp“ vertreibt, dessen Design mehrfach ausgezeichnet wurde (Anlagen K 5, K 6), der in der Fachpresse als Klassiker beschrieben wird (Anlage K 7) und der bereits mehrfach als Testsieger der Stiftung Warentest prämiert wurde (Anlagen K 8; K 74).

Die Klägerin kann sich auf den Schutz von mehreren Marken berufen, nämlich auf die deutsche Wortmarke „TRIPP TRAPP“ mit Priorität vom 17.12.1996, die deutsche Wortmarke „STOKKE TRIPP TRAPP“ (Priorität 17.12.1996), die deutsche Wortmarke „STOKKE“

(Priorität 28.5.1999) und die EU-Wortmarke „TRIP TRAP“ (nachfolgend: Klagemarken). Die Marken sind für Möbel, die beiden erstgenannten Marken auch für Stühle eingetragen. Auf das Anlagenkonvolut K 9 wird Bezug genommen.

Die Beklagte ist in Bern (Schweiz) ansässig und unterhält eine Zweigniederlassung in Deutschland (Anlage K 12). Die Beklagte betreibt die Website www…..de (Anlage K 10/K 11). Auf dieser Internetseite bietet die Beklagte Internetnutzern eine Plattform, auf der Privatleute und gewerblich Handelnde Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten können. Die erwerbsinteressierten Nutzer können diese Waren oder Dienstleistungen entweder in einem Gebotsverfahren erwerben, bei dem der im Rahmen einer vorgegebenen Zeitspanne Höchstbietende mit dem Veräußerer handelseinig werden kann. Der Veräußerer kann stattdessen oder daneben seine Ware oder Dienstleistung auch im Modus „sofort Kaufen“ zu einem Festpreis anbieten.

Voraussetzung für das Anbieten und den Erwerb von Waren und Dienstleistungen auf der Internetplattform der Beklagten ist, dass die betreffende Person durch ein elektronisches Registrierungsverfahren als sogenanntes „e-Mitglied“ zur Teilnahme am Handel zugelassen wird. Bei dieser Registrierung muss der Interessierte Namen und Adresse sowie eine E-Mail-Adresse eingeben und unter anderem die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Nutzung der deutschsprachigen e-Websites“ (nachfolgend: AGB) der Beklagten akzeptieren. Dem Nutzer wird im Rahmen der Registrierung seiner Mitgliedschaft außerdem ein Nutzername zugewiesen, unter dem er dann auf dem Online-Marktplatz der Beklagten auftreten kann.

In den AGB der Beklagten (Anlage K 14) heißt es unter A. auszugsweise:

„§ 1 Marktplatz

Die e-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 gegen gesetzliche Vorschriften, diese AGB oder die e-Grundsätze verstößt.

e bewirbt die von seinen Mitgliedern angebotenen Artikel durch unterschiedliche Maßnahmen, insbesondere durch Einbindung auf anderen Websites und Werbung für Angebote durch Hinweise in E-Mails an seine Mitglieder.

e 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 e-Website geschlossenen Verträge erfolgt ausschließlich zwischen den Mitgliedern. …

§ 4 Sperrung, Widerruf und Kündigung

1. e kann folgende Maßnahmen ergreifen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Mitglied gesetzliche Vorschriften, Rechte Dritte, die e-AGB oder die e-Grundsätze verletzt, oder dass e ein sonstiges berechtigtes Interesse hat, insbesondere zum Schutz anderer Mitglieder vor betrügerischen Aktivitäten:

– Löschen von Angeboten oder sonstigen Inhalten, die bei e eingestellt worden sind
– Verwarnung von Mitgliedern
– Be-/Einschränkung der Nutzung des Marktplatzes
– Vorläufige Sperrung
– Endgültige Sperrung
…

§ 7 Verbotene Artikel

1. Es ist verboten, Artikel anzubieten, deren Angebot, Verkauf oder Erwerb gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten verstoßen. Insbesondere dürfen folgende Artikel weder beschrieben noch angeboten werden:

– Artikel, deren Bewerbung, Angebot oder Vertrieb Urheber- und Leistungsschutzrechte, gewerbliche Schutzrechte (z.B. Marken, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster) sowie sonstige Rechte … verletzen. Das e-VeRI Programm unterstützt die Inhaber von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten bei der Verteidigung ihrer Rechte gegen rechtsverletzende Angebote auf der e-Website. Teilnehmer des VeRI Programms sowie andere Inhaber von gewerblichen Schutzrechten und/oder Urheberrechten können e Angebote melden, die ihre Rechte verletzen und auf diesem Wege die Entfernung solcher Angebote erreichen. …

§ 8 Allgemeine Grundsätze

1. Das Mitglied ist verpflichtet, bei der Nutzung der e-Website sowie der Dienstleistungen von e die geltenden Gesetze zu befolgen.

2. Die von dem Mitglied eingestellten Inhalte dürfen nicht gegen geltendes Recht, diese AGB oder die e-Grundsätze verstoßen.

… “

Im Hinblick auf die Anfang 2008 geltende Fassung der AGB wird auf Anlage K 75 Bezug genommen.

In den „e-Grundsätzen“ (Anlagen B 8/K 69) heißt es unter der Überschrift „Missbrauch von Markennamen“ u.a.:

„ Grundsatz

Es ist verboten, beim Einstellen von Angeboten bei e artikelfremde Markennamen in der Artikelbezeichnung zu verwenden. Ebenfalls unzulässig ist es, durch die Nennung von artikelfremden Markennamen in der Artikelbeschreibung den guten Ruf einer Marke auszunutzen. Das schließt die Nennung unwesentlich abgewandelter Markennamen ein.

Die Entscheidung, ob Angebote mit diesem Grundsatz im Einklang stehen, liegt allein bei e. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz

kann eine oder mehrere der folgenden Konsequenzen nach sich ziehen:

– Löschung von aktiven Angeboten und Suchanzeigen
– Einschränkungen der Nutzung des e-Marktplatzes (z.B. Kaufen, Bieten oder Verkaufen ist nicht mehr möglich)
– Vorläufiger oder endgültiger Ausschluss vom e-Marktplatz
– Verlust des PowerSeller-Status

Erläuterungen zu diesem Grundsatz

In der Regel liegt ein Missbrauch von Markennamen vor, wenn in der Artikelbezeichnung oder der Artikelbeschreibung Wörter benutzt werden, die ein Angebot mit einer artikelfremden Marke in Bezug setzen (z.B. „wie“, „im …-Stil“, „…Design).

Beispiele missbräuchlicher Markennennungen:

– „Schweizer Uhr im Cartier-Design“
– „Hemd im Burberry-Stil“
– „Jeans wie von Levi Strauss“

Auch die Nennung unwesentlich abgewandelter Markennamen kann einen Missbrauch von Markennamen darstellen. “

Die Beklagte entfaltet verschiedene Aktivitäten mit dem Ziel, rechtsverletzende Angebote auf ihrer Handelsplattform zu verhindern. Neben den Regelungen in den AGB und den e-Grundsätzen, die durch aufklärende Informationen der Beklagten selbst oder der Rechteinhaber (Beispiele in der Anlage B 11) auf der e-Website und Newsletter ergänzt werden, arbeitet sie im Bereich der strafrechtlichen Kooperation und der Strafverfolgung mit den zuständigen Behörden zusammen. Die Beklagte unternimmt zudem Anstrengungen, den Marktplatz zu beobachten und unzulässige oder regelwidrige Angebote zu entfernen. Dazu werden Stichprobenkontrollen durch Mitarbeiter durchgeführt. Außerdem setzt die Beklagte bei Kontrollen Schlagwortfilter ein, mit denen die Angebote der Nutzer mit Hunderten von Suchbegriffen abgeglichen werden, die

typischerweise bei rechtsverletzenden Angeboten verwendet werden. Auch in Bezug auf die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Marken und Angebotsbeschreibungen setzt die Beklagte Wortfilter ein, die z.B. Begriffe wie „ähnlich“ oder „wie“ in Verbindung mit „stokke“, „trip trap“ oder „tripp trapp“ verwenden. Hinsichtlich weiterer eingesetzter Wortfilter wird auf den Vortrag der Beklagten auf Bl. 268 f. (Schriftsatz vom 23.11.2006, Seite 32 f.) sowie auf die Anlage BK 28 Bezug genommen.

Die Beklagte hat weiter spezielle Warnhinweise entwickelt, die erscheinen, während ein Verkäufer ein Angebot einstellt, das in bestimmten Kategorien erscheint oder bestimmte Wörter in der Angebotsbeschreibung verwendet. Diese Warnhinweise enthalten spezifizierte Mitteilungen unter Verweis auf die einschlägigen e-Regeln und ggf. weiterführende Hinweise der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde.

Die Beklagte unterhält außerdem das sog. VeRI Programm (VeRI = V erifizierte R echte- I nhaber), mit dem Rechteinhabern, die an diesem Programm teilnehmen, kostenlos die Möglichkeit geboten wird, über ein Softwaretool auf der Handelsplattform nach rechtsverletzenden Angeboten zu suchen und diese unmittelbar der Beklagten zu übermitteln („Meine Suche“ und „VeRI-Meldetool“, Anlagen B 12, B 19, B 13/BK 19). Die Beklagte überprüft dann durch ihre Mitarbeiter diese gemeldeten Angebote, löscht diese ggf. und entfaltet ggf. weitere Aktivitäten gegen den Anbieter. Hinsichtlich der aktuellen Ausgestaltung des VeRI-Tools wird auf die Präsentationsunterlagen Bezug genommen, die die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 19.6.2008 beigebracht hat. Die Klägerin ist seit Februar 2004 Mitglied im VeRI-Programm der Beklagten.

Im Einklang mit dem Datenschutzrecht gibt die Beklagte weiter Nutzerdaten an VeRI-Mitglieder und Ermittlungsbehörden heraus, wenn ein Angebot rechtswidrig ist. Damit werden Rechteinhaber in die Lage versetzt, direkt gegen Verletzer vorzugehen und

die Beachtung ihrer Rechte für die Zukunft zu sichern.

Die Beklagte hat ferner im Laufe des Rechtsstreits ein „Betrugs- und Mißbrauchserkennungs-Tool“ eingerichtet, mit dem sie in gewissem Umfang gesperrte Nutzer erkennen kann, die sich trotz der Sperrung neu registrieren wollen. Außerdem kann sie damit andere Muster erkennen, die auf potentiell rechtswidrige Aktivitäten hindeuten.

Die Beklagte erhebt für das Angebot von Artikeln auf ihrem Internet-Marktplatz von den jeweiligen Anbietern Gebühren gemäß einer Gebührenordnung. So hat ein Anbieter zum einen eine Angebotsgebühr zu entrichten, deren Höhe vom festgelegten Startpreis des Angebots abhängt und die unabhängig vom Verkaufserfolg zu entrichten ist. Darüber hinaus stellt die Beklagte den Anbietern eine der Höhe nach vom Verkaufspreis abhängige Verkaufsprovision in Rechnung, wenn der Artikel erfolgreich verkauft wird. Der Anbieter hat weiter sogenannte Gebühren für Zusatzoptionen zu entrichten, wenn er bestimmte Angebotsoptionen nutzen möchte, z.B. die Einstellung zusätzlicher Bilder des Verkaufsgegenstandes in das Angebot. Die Beklagte bietet Anbietern auch die Möglichkeit, einen sog. „e-Shop“ einzurichten, der in verschiedenen Versionen für eine monatliche Gebühr gewählt werden kann. Auf die Anlagen K 15 – K 18 wird hinsichtlich der Einzelheiten Bezug genommen (Stand 2005). Inzwischen verdienen mehr als 64.000 Mitglieder der Beklagten einen maßgeblichen Teil ihres Lebensunterhalts über die Internetplattform e.

e ist der weltweit größte Online-Marktplatz mit über 150 Mio. registrierten Nutzern. Weltweit sind täglich 2 Milliarden Angebote in über 50.000 verschiedenen Kategorien verfügbar, täglich werden zwischen 1 Mio. und 6,5 Mio. neue Angebote weltweit neu eingestellt.

Auf dem Internetmarktplatz www.e…..de werden seit Jahren unter Verwendung der Klagemarken Kinderhochstühle angeboten, die nicht von der Klägerin stammen, sondern von anderen

Herstellern. Eine Auswahl dieser Fremdfabrikate ist in der Anlage K 20 abgebildet, auf die hinsichtlich der Einzelheiten Bezug genommen wird. Diese Angebote werden mit der vorliegenden Klage als Markenverletzungen verfolgt. Ferner wurden in einer Vielzahl von Angeboten die Fremdfabrikate mit den Formulierungen „wie Stokke“, „wie Tripp Trapp“, „wie Trip Trap“, „ähnlich Stokke“, „ähnlich Tripp Trapp“ oder „ähnlich Trip Trap“ angeboten. Diese Angebote beanstandet die Klägerin vor allem als unlautere Bezugnahme gem. §§ 3, 6 II Nr. 6 UWG sowie als Behinderung (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG), Rufherabsetzung (§§ 3, 6 II Nr. 5 UWG) und als irreführend (§§ 3, 6 II Nr. 3 UWG).

Beginnend mit dem 13.2.2004 (K 71), sodann weiter am 25.3.2004 (K 45), 7.6.2004 (K 53), 20.10.2004 (K 47/K 55), 2.11.2004 (K 43), 8.12.2004 (K 37) beanstandete die Klägerin im Rahmen des VeRI-Programms bei der Beklagten jeweils eine Vielzahl von Angeboten von Kinderhochstühlen auf der Internetplattform der Beklagten als rechtsverletzend. Unter dem 3.5.2005 mahnte die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf ständig auf dem Marktplatz der Beklagten stattfindende markenverletzende und wettbewerbswidrige Angebote ab und legte eine Abbildung des Originalstuhls sowie Abbildungen von Fremdfabrikaten bei (K 27). Weitere Meldungen von rechtsverletzenden Angeboten erfolgten im Rahmen des VeRI-Programms am 7.6.2005 (K 41), 14.6.2005 (K 51), 31.8.2005 (K 39). Über ihre Rechtsanwälte meldete die Klägerin der Beklagten weitere Rechtsverletzungen mit Schreiben vom 15.9.2005 (K 26), 27.9.2005, 4.10.2005, 17.10.2005 und 21.10.2005 (K 26). Auch nach Erhebung der vorliegenden Klage erfolgten weitere Mitteilungen von rechtsverletzenden Angeboten im Rahmen des VeRI-Programms durch die Klägerin, nämlich am 9.5.2006, 12.6.2006, 21.7.2006, 29.6.2006, 5.7.2006, 14.7.2006 und 17.7.2006 (K 65). Weitere von der Klägerin als rechtsverletzend beanstandete Angebote sind aus den Anlagen K 76 und K 77 ersichtlich. Aus den vorstehend aufgeführten Anlagen ergeben sich hinsichtlich aller in den Klageanträgen umschriebenen Verletzungsfälle

tatsächliche Verletzungshandlungen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die genannten Anlagen sowie auf die Feststellungen im Tatbestand des Urteils des Landgerichts Bezug genommen. Die Parteien streiten darüber, ob sämtliche von der Klägerin als rechtsverletzend beanstandete Angebote auf der Handelsplattform der Beklagten von gewerblich handelnden Personen stammen oder ob auch reine Privatverkäufe beanstandet wurden.

Die Beklagte entfaltet werbliche Aktivitäten für ihren Internetmarktplatz. So schaltet sie beim Suchmaschinenbetreiber Google sogenannte Adword-Anzeigen, die bewirken, dass bei Eingabe etwa des Begriffs „Tripp Trapp“ in die Suchmaske der Suchmaschine neben der Trefferliste die als Link ausgebildete Anzeige

„ Trapp Tripp
Supergünstig: Trapp Tripp
Trapp Tripp hier kaufen
Kaufen.e.de/Trapp+Tripp“

erscheint. Klickte man am 22.1.2008 auf diese Anzeige, so wurde man unmittelbar auf die Website der Beklagten gelenkt, auf der an diesem Tag die aus der Anlage K 72 ersichtlichen Angebote eingestellt waren. So wurde dort mehrere nicht von der Klägerin stammende Stühle als „ Original Tripp Trapp von Strokke mit Bügel “, „ Tripp Trapp Hochstuhl triptrap trip trap … “, „ Tripp Trapp Hochstuhl “, „ TRIPP TRAPP Stuhl “, „ Hochstuhl Typ Tripp Trapp “, „ Tripp Trapp Kinderhochstuhl der mit wächst “ sowie „ Tripp Trapp Hochstuhl Massivholz “ angeboten. Die Beklagte bewarb ebenfalls anknüpfend an bestimmte vom Nutzer einzugebende sog. „Keywords“ Kinderhochstühle auch regelmäßig auf der Website www.froogle.google.de, dem Produktsuchdienst der Suchmaschine „Google“, wie aus der Anlage K 22 ersichtlich. Weitere Werbung für Angebote von Kinderhochstühlen auf ihrer Handelsplattform schaltete die Beklagte auf anderen Websites (Anlage K 23), ferner versandte sie Werbe-Emails (K 24).

Die Klägerin hat geltend gemacht:

Die Beklagte hafte für die auf ihrem Internet-Marktplatz stattfindenden Verletzungen der Klagemarken sowie die wettbewerbswidrigen Angebote als Täter, zumindest als Gehilfe bzw. als Störer. Ihr sei es möglich und auch zumutbar, zu verhindern, dass rechtsverletzende Angebote gar nicht erst auf den Internetmarktplatz eingestellt werden. Eine solche „proaktive“ Kontrolle sei im Hinblick auf den Klageantrag zu I b) durch den Einsatz von Schlagwortfiltern, im Hinblick auf den Klageantrag zu I a) zusätzlich durch eine Bilderkennungssoftware möglich. Jedenfalls sei die proaktive Verhinderung von Rechtsverletzungen durch eine Nachkontrolle durch Mitarbeiter möglich und zumutbar. Soweit es im Hinblick auf den Klagantrag zu I a) auf einen Bildabgleich ankomme, sei der Original-Stuhl unschwer von den Produkten anderer Anbieter gem. den Abbildungen in Anlage K 20 zu unterscheiden. Dies könne durch eine Bilderkennungssoftware, jedenfalls aber durch Mitarbeiter in zumutbarer Weise geleistet werden.

Für die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit proaktiver Verhinderungsaktivitäten der Beklagten sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte etwa 10 % der bei den Versteigerungen auf dem Internet-Marktplatz erzielten Erlöse abschöpfe und im Jahr 2005 in Deutschland einen Umsatz von US-$ 691 Mio. erzielt habe, was 15 % des weltweit durch e erzielten Umsatzes entspreche.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen unter Androhung von Ordnungsmitteln, es zu unterlassen,

Im Internet

für Internetbenutzer in Deutschland zugänglich

Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben,

in denen Kinder-Hochstühle angeboten werden,

bei denen es sich nicht um den in der Anlage zum Tenor dargestellten Original-„Tripp Trapp“-Stuhl von der Klägerin handelt

sofern

a) die Kinder-Hochstühle 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“.

(Abbildung im Original farbig)

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

und widerklagend,

die Klägerin zu verurteilen, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen,

Angebote von Verkäufern auf dem Online-Marktplatz www.e.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.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat geltend gemacht:

Aus der wiederholten Beanstandung von Verkaufsangeboten, welche keine Markenrechte der Klägerin verletzten, weil es sich um Privatverkäufe und damit nicht um einen Handeln im geschäftlichen Verkehr der Anbieter handelte, stehe der Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch auf Unterlassung wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach den Grundsätzen der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung zu, welcher mit der Widerklage geltend gemacht werde.

Die Klägerin habe nicht dargelegt und bewiesen, dass die von

ihr gegenüber der Beklagten als rechtsverletzend beanstandeten Angebote auf dem Internetmarktplatz e von Gewerbetreibenden stammten und keine Privatverkäufe darstellten. Die Eigenschaft eines gewerblichen Angebots sei weder aus der Anzahl der von einem Anbieter bislang durchgeführten Transaktionen noch aus dessen eventuellem Status als sog. „Power Seller“ zu entnehmen. Auch aus den konkret von der Klägerin beanstandeten Angebotsbeschreibungen ergebe sich nicht, dass die Angebote im geschäftlichen Verkehr erfolgt seien.

Die Beklagte veranstalte weder selbst Auktionen noch biete sie selbst Artikel an oder vertreibe diese. Sämtliche Angebotsbeschreibungen würden ohne ihr Zutun und ohne ihre Kenntnisnahme vollautomatisch in der Datenbank der Handelsplattform abgespeichert. Auch die Abwicklung der Verkäufe erfolge vollautomatisch mittels einer Software.

Bei der von der Beklagten betriebenen Internet-Handelsplattform handele es sich um ein rechtlich gebilligtes Geschäftsmodell. Aktivitäten, die über die von ihr ohnehin durchgeführten vielfältigen Aktionen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen durch Angebote von Mitgliedern auf der Handelsplattform hinausgehen würden, seien ihr weder möglich noch zumutbar, ohne das Geschäftsmodell insgesamt in Frage zu stellen. Der Einsatz von Schlagwortfiltern beinhalte die Gefahr, dass auch zulässige Angebote von Originalstühlen ausgefiltert würden. Es sei deshalb in jedem Fall ein Bildabgleich erforderlich. Es sei keine Bilderkennungssoftware verfügbar, die anhand der Abbildung des Originals des Stokke-Stuhls Fremdfabrikate erkennen könne. Auch sei eine eindeutige Unterscheidung von Originalstuhl und Fremdfabrikat anhand von Bildern in den konkreten Angeboten selbst geschulten Mitarbeitern nicht hinreichend eindeutig möglich. Ein manueller Vergleich jedes einzelnen Fotos mit den von der Klägerin vorgelegten Fotos überschreite die Grenze des Zumutbaren. Dies sei nur durch eine Vervielfachung des ohnehin erheblichen Personaleinsatzes möglich und werde den gesamten

Geschäftsbetrieb in Frage stellen.

Angesichts der Vielzahl der täglich neu auf den Internet-Marktplatz e eingestellten Angebote sowie der Vielzahl von Schutzrechten und möglichen Rechtsverletzungen sei es der Beklagten weder möglich noch zumutbar, sämtliche Angebote proaktiv auf mögliche Rechtsverletzungen zu überprüfen. Gleiches gelte konkret für die Vielzahl von Angeboten allein in den Kategorien „Möbel und Wohnen“ bzw. „Stühle“. Es sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte bei der grundsätzlichen Annahme einer solchen proaktiven manuellen Kontrolle in Zweifelsfällen nicht nur mit der Klägerin, sondern mit einer unbeschränkten Vielzahl von Herstellern bzw. Rechteinhabern Rücksprache halten müsste, um aufzuklären, ob eine Schutzrechtsverletzung vorliege oder nicht. Es bestünde für die Beklagte ein unkalkulierbares Risiko, zu Ordnungsgeld verurteilt zu werden, obwohl Marken- und sonstige Rechtsverletzungen mit den üblichen Filterverfahren nicht erkennbar seien. Sie setze sich weiter gegenüber den Mitgliedern, deren Angebote bei umfassenden proaktiven Kontrollmaßnahmen zu Unrecht gelöscht würden, einer Schadensersatzverpflichtung aus.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf das Urteil vom 24.8.2006 wird Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung , die sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet hat. Sie wiederholt und vertieft ihren Vortrag erster Instanz. Ergänzend macht sie geltend:

Der Verbotstenor sei zu weit. Er verbiete Veranstaltungen von Auktionen, die Präsentation von Verkaufsangeboten und die Bewerbung. All dies tue die Beklagte gar nicht. Der Tenor gebiete weiter eine lückenlose Kontrolle sämtlicher Angebote rund um die Uhr, was die Beklagte nicht mit zumutbarem Aufwand leisten könne.

Gemäß § 6 II Nr. 6 UWG sei nur eine offene Darstellung als Imitation verboten, während hier in erlaubter Weise auf die Art der angebotenen Stühle hingewiesen werde. Die angegriffenen Bezeichnungen „Tripp Trapp“ und „Trip Trap“ hätten sich als allgemein gebräuchliche Bezeichnung von Kinderhochstühlen eingebürgert. Es fehle auch an einem Wettbewerbsverhältnis der Parteien, denn die Beklagte biete keine Kinderhochstühle an, sondern dies täten allein die Mitglieder der Beklagten.

In einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.2008 behauptet die Beklagte weiter: Das manuelle Suchen nach Artikeln, welche möglicherweise die Kennzeichenrechte der Klägerin verletzten, könne durch die Beklagte nur mit denselben Mitteln vorgenommen werden, die auch der Klägerin auf der Website der Beklagten zur Verfügung stünde, nämlich mit der dort jedermann zugänglichen Suchmaske. Anders als eine Schlagwortsuche mit Hilfe der von der Beklagten als Anlage BK 28 vorgelegten Filter könne eine manuelle Artikelsuche deshalb nicht proaktiv, sondern nur zur Aussonderung auf e.de bereits veröffentlichter Verkaufsangebote erfolgen. Außerdem könne die Beklagte eine manuelle Kontrolle nicht auf neu eingestellte bzw. bereits kontrollierte Angebote beschränken, sondern müsse jeden Tag das gesamte Angebot kontrollieren, weil aufgrund der Angebotsmenge eine Vielzahl von Mitarbeitern im Schichtbetrieb eingesetzt werden müsse und der an einem bestimmten Tag mit einer solchen manuellen Kontrolle befasste Mitarbeiter keine Kenntnisse davon habe, welche Angebote zuvor bereits von einem anderen Mitarbeiter in Augenschein genommen worden seien. Die Schlagwortfilter der Beklagten erzielten keine hundertprozentige Trefferquote. Die durchschnittliche Trefferquote liege bei rund 37 %, die Trefferquote der für die Klägerin erstellten Filter liege bei etwa 54 %. Es bestehe also keine Gewissheit, dass besagte Schlagwortfilter tatsächlich alle (marken-) rechtsverletzende Verkaufsangebote aus dem täglich wechselnden Gesamtbestand an Verkaufsangeboten herausfiltern könnten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 24.08.2006 aufzuheben und die Klage mit den Hilfsanträge der Klägerin abzuweisen,

und widerklagend,

die Klägerin dazu zu verurteilen, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen,

die Beklagte wegen Angeboten von Verkäufern auf dem Online-Marktplatz www.e.de zu verwarnen, 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.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

Die Klägerin stellt darüber hinaus die folgenden Hilfsanträge :

1. Hilfsantrag

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht in jedem Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens Euro 250.000,00; Ordnungshaft zu vollziehen an dem Vorstand der Beklagten, höchstens zwei Jahre)

zu unterlassen,

im Internet

für Internetnutzer in Deutschland zugänglich

Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben,

in denen Kinder-Hochstühle angeboten werden,

bei denen es sich nicht um den in der Anlage zum Tenor dargestellten Original-„Tripp Trapp“-Stuhl von der Klägerin handelt,

sofern

a) die Kinder-Hochstühle 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“,

und sofern aufgrund von hinweisenden Merkmalen erkennbar ist, dass der Anbieter mit seinem Angebot im geschäftlichen Verkehr handelt.

Hierzu wiederum hilfsweise:

2. Hilfsantrag

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht in jedem Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens EUR 250.000,00; Ordnungshaft zu vollziehen an dem Vorstand der Beklagten, höchstens zwei Jahre)

zu unterlassen,

im Internet

für Internetnutzer in Deutschland zugänglich

Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben,

in denen im geschäftlichen Verkehr Kinder-Hochstühle 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 Kinder-Hochstühle 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 der 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“,

wobei ein Angebot im geschäftlichen Verkehr insbesondere dann vorliegt, wenn

1. der Anbieter seine Angebote u.a. auch zusammengefasst an einem Platz im Internet-Auktionshaus der Beklagten präsentiert („e-Shop“)

und/oder

2. der Anbieter als professioneller gewerblicher Verkäufer („Power-Seller“) auftritt

und/oder

3. der Anbieter im Internet-Auktionshaus der Beklagten eine „Mich-Seite“ unterhält, auf der er Interessenten über sich, seine Produkte und Dienstleistungen informieren und auf seine besonderen Angebote aufmerksam machen kann,

und/oder

4. der Anbieter die Möglichkeit der Zahlung des Kaufpreises über den e-Online-Zahlungsservice („PayPal“) offeriert

und/oder

5. der Anbieter offeriert, den Kinder-Hochstuhl sofort zu einem Festpreis zu kaufen („Sofort Kaufen“-Funktion)

und/oder

6. der Anbieter als „gewerblich“ bezeichnet ist

und/oder

7. das Angebot Allgemeine Geschäftsbedingungen des Anbieters enthält oder auf solche Bezug nimmt

und/oder

8. der Anbieter den Kinder-Hochstuhl zum Zweck des Weiterverkaufs gekauft hat

und/oder

9. der Anbieter den Kinder-Hochstuhl als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ offeriert

und/oder

10. der Anbieter mindestens zwei sonstige Produkte als „neu“

und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,
hierzu jeweils hilfsweise
10. a) mindestens drei,
10. b) mindestens vier,
10. c) mindestens fünf,
10. d) mindestens sechs,
10. e) mindestens sieben sonstige Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,
10. f) mindestens eine andere Anzahl von Produkten als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

11. der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
hierzu jeweils hilfsweise
11. a) über zehn Bewertungen,
11. b) über 15 Bewertungen,
11. c) über 20 Bewertungen,
11. d) über 25 Bewertungen,
11. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

12. der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
hierzu jeweils hilfsweise
12. a) über zehn Bewertungen,
12. b) über 15 Bewertungen,
12. c) über 20 Bewertungen,
12. d) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

13. der Anbieter mindestens fünf Produkte angeboten und/oder verkauft hat,
hierzu jeweils hilfsweise

13. a) zehn Produkte,
13. b) 15 Produkte,
13. c) eine andere Anzahl von Produkten angeboten und/oder verkauft hat, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

14. der Anbieter mindestens zwei Kinder-Hochstühle offeriert,
hierzu jeweils hilfsweise
14. a) mindestens drei Kinder-Hochstühle,
14. b) mindestens vier Kinder-Hochstühle,
14. c) mindestens fünf Kinder-Hochstühle,
14. d) mindestens eine andere Anzahl von Kinder-Hochstühlen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

15. der Anbieter mindestens zwei gleiche Kinder-Hochstühle offeriert,
hierzu jeweils hilfsweise
15. a) mindestens drei gleiche Kinder-Hochstühle,
15. b) mindestens vier gleiche Kinder-Hochstühle,
15. c) mindestens fünf gleiche Kinder-Hochstühle,
15. d) mindestens eine andere Anzahl gleicher Kinder-Hochstühle, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

16. der Anbieter mindestens zwei sonstige gleiche Produkte offeriert,
hierzu jeweils hilfsweise
16. a) mindestens drei gleiche Produkte,
16. b) mindestens vier gleiche Produkte,
16. c) mindestens fünf gleiche Produkte,
16. d) mindestens eine andere Anzahl von gleichen Produkten, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

17. der Anbieter mindestens zwei Kinder-Hochstühle offeriert und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
17. a) über zehn Bewertungen,
17. b) über 15 Bewertungen,
17. c) über 20 Bewertungen,
17. d) über 25 Bewertungen,
17. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

18. der Anbieter mindestens drei Kinder-Hochstühle offeriert und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
18. a) über zehn Bewertungen,
18. b) über 15 Bewertungen,
18. c) über 20 Bewertungen,
18. d) über 25 Bewertungen,
18. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

19. der Anbieter mindestens vier Kinder-Hochstühle offeriert und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
19. a) über zehn Bewertungen,
19. b) über 15 Bewertungen,
19. c) über 20 Bewertungen,
19. d) über 25 Bewertungen,
19. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

20. der Anbieter mindestens fünf Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
20. a) über zehn Bewertungen,
20. b) über 15 Bewertungen,
20. c) über 20 Bewertungen,
20. d) über 25 Bewertungen,
20. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

21. der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
21. a) über zehn Bewertungen,
21. b) über 15 Bewertungen,
21. c) über 20 Bewertungen,
21. d) über 25 Bewertungen,
21. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

22. der Anbieter mindestens drei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
22. a) über zehn Bewertungen,
22. b) über 15 Bewertungen,
22. c) über 20 Bewertungen,
22. d) über 25 Bewertungen,
22. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

23. der Anbieter mindestens vier Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
23. a) über zehn Bewertungen,
23. b) über 15 Bewertungen,
23. c) über 20 Bewertungen,
23. d) über 25 Bewertungen,
23. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

24. der Anbieter mindestens fünf Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
24. a) über zehn Bewertungen,
24. b) über 15 Bewertungen,
24. c) über 20 Bewertungen,
24. d) über 25 Bewertungen,
24. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

25. der Anbieter mindestens sechs Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
25. a) über zehn Bewertungen,
25. b) über 15 Bewertungen,
25. c) über 20 Bewertungen,

25. d) über 25 Bewertungen,
25. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

26. der Anbieter mindestens sieben Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
26. a) über zehn Bewertungen,
26. b) über 15 Bewertungen,
26. c) über 20 Bewertungen,
26. d) über 25 Bewertungen,
26. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

27. der Anbieter mindestens zwei gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
27. a) über zehn Bewertungen,
27. b) über 15 Bewertungen,
27. c) über 20 Bewertungen,
27. d) über 25 Bewertungen,
27. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

28. der Anbieter mindestens drei gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise

28. a) über zehn Bewertungen,
28. b) über 15 Bewertungen,
28. c) über 20 Bewertungen,
28. d) über 25 Bewertungen,
28. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

29. der Anbieter mindestens vier gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
29. a) über zehn Bewertungen,
29. b) über 15 Bewertungen,
29. c) über 20 Bewertungen,
29. d) über 25 Bewertungen,
29. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

30. der Anbieter mindestens fünf gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
30. a) über zehn Bewertungen,
30. b) über 15 Bewertungen,
30. c) über 20 Bewertungen,
30. d) über 25 Bewertungen,
30. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

31. der Anbieter mindestens zwei gleiche Produkte offeriert
und

der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
31. a) über zehn Bewertungen,
31. b) über 15 Bewertungen,
31. c) über 20 Bewertungen,
31. d) über 25 Bewertungen,
31. e) eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

32. der Anbieter mindestens drei gleiche Produkte offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
32. a) über zehn Bewertungen,
32. b) über 15 Bewertungen,
32. c) über 20 Bewertungen,
32. d) über 25 Bewertungen,
32. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

33. der Anbieter mindestens vier gleiche Produkte offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
33. a) über zehn Bewertungen,
33. b) über 15 Bewertungen,
33. c) über 20 Bewertungen,
33. d) über 25 Bewertungen,
33. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

34. der Anbieter mindestens fünf gleiche Produkte offeriert
und

der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen verfügt,
jeweils hilfsweise
34. a) über zehn Bewertungen,
34. b) über 15 Bewertungen,
34. c) über 20 Bewertungen,
34. d) über 25 Bewertungen,
34. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

35. der Anbieter mindestens zwei Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
35. a) über zehn Bewertungen,
35. b) über 15 Bewertungen,
35. c) über 20 Bewertungen,
35. d) über 25 Bewertungen,
35. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

36. der Anbieter mindestens drei Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
36. a) über zehn Bewertungen,
36. b) über 15 Bewertungen,
36. c) über 20 Bewertungen,
36. d) über 25 Bewertungen,
36. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

37. der Anbieter mindestens vier Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
37. a) über zehn Bewertungen,
37. b) über 15 Bewertungen,
37. c) über 20 Bewertungen,
37. d) über 25 Bewertungen,
37. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

38. der Anbieter mindestens fünf Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
38. a) über zehn Bewertungen,
38. b) über 15 Bewertungen,
38. c) über 20 Bewertungen,
38. d) über 25 Bewertungen,
38. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

39. der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
39. a) über zehn Bewertungen,
39. b) über 15 Bewertungen,
39. c) über 20 Bewertungen,
39. d) über 25 Bewertungen,

39. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

40. der Anbieter mindestens drei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
40. a) über zehn Bewertungen,
40. b) über 15 Bewertungen,
40. c) über 20 Bewertungen,
40. d) über 25 Bewertungen,
40. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

41. der Anbieter mindestens vier Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
41. a) über zehn Bewertungen,
41. b) über 15 Bewertungen,
41. c) über 20 Bewertungen,
41. d) über 25 Bewertungen,
41. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

42. der Anbieter mindestens fünf Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter

verfügt,
jeweils hilfsweise
42. a) über zehn Bewertungen,
42. b) über 15 Bewertungen,
42. c) über 20 Bewertungen,
42. d) über 25 Bewertungen,
42. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

43. der Anbieter mindestens sechs Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
43. a) über zehn Bewertungen,
43. b) über 15 Bewertungen,
43. c) über 20 Bewertungen,
43. d) über 25 Bewertungen,
43. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

44. der Anbieter mindestens sieben Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
44. a) über zehn Bewertungen,
44. b) über 15 Bewertungen,
44. c) über 20 Bewertungen,
44. d) über 25 Bewertungen,
44. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

45. der Anbieter mindestens zwei gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
45. a) über zehn Bewertungen,
45. b) über 15 Bewertungen,
45. c) über 20 Bewertungen,
45. d) über 25 Bewertungen,
45. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

46. der Anbieter mindestens drei gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
46. a) über zehn Bewertungen,
46. b) über 15 Bewertungen,
46. c) über 20 Bewertungen,
46. d) über 25 Bewertungen,
46. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

47. der Anbieter mindestens vier gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise

47. a) über zehn Bewertungen,
47. b) über 15 Bewertungen,
47. c) über 20 Bewertungen,
47. d) über 25 Bewertungen,
47. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

48. der Anbieter mindestens fünf gleiche Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
48. a) über zehn Bewertungen,
48. b) über 15 Bewertungen,
48. c) über 20 Bewertungen,
48. d) über 25 Bewertungen,
48. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

49. der Anbieter mindestens zwei gleiche Produkte offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
49. a) über zehn Bewertungen,
49. b) über 15 Bewertungen,
49. c) über 20 Bewertungen,
49. d) über 25 Bewertungen,
49. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

50. der Anbieter mindestens drei gleiche Produkte offeriert

und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
50. a) über zehn Bewertungen,
50. b) über 15 Bewertungen,
50. c) über 20 Bewertungen,
50. d) über 25 Bewertungen,
50. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

51. der Anbieter mindestens vier gleiche Produkte offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
51. a) über zehn Bewertungen,
51. b) über 15 Bewertungen,
51. c) über 20 Bewertungen,
51. d) über 25 Bewertungen,
51. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

52. der Anbieter mindestens fünf gleiche Produkte offeriert
und
der Anbieter über mindestens fünf Bewertungen als Anbieter verfügt,
jeweils hilfsweise
52. a) über zehn Bewertungen,
52. b) über 15 Bewertungen,
52. c) über 20 Bewertungen,
52. d) über 25 Bewertungen,
52. e) über eine andere Anzahl von Bewertungen als Anbieter, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

53. der Anbieter mindestens zwei Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,
jeweils hilfsweise
53. a) drei Produkte,
53. b) vier Produkte,
53. c) fünf Produkte,
53. d) sechs Produkte,
53. e) sieben Produkte,
53. f) mindestens eine andere Anzahl von Produkten als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

54. der Anbieter mindestens drei Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,
jeweils hilfsweise
54. a) drei Produkte,
54. b) vier Produkte,
54. c) fünf Produkte,
54. d) sechs Produkte,
54. e) sieben Produkte,
54. f) mindestens eine andere Anzahl von Produkten als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

55. der Anbieter mindestens vier Kinder-Hochstühle offeriert,
und
der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,

jeweils hilfsweise
55. a) drei Produkte,
55. b) vier Produkte,
55. c) fünf Produkte,
55. d) sechs Produkte,
55. e) sieben Produkte,
55. f) mindestens eine andere Anzahl von Produkten als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

56. der Anbieter mindestens fünf Kinder-Hochstühle offeriert
und
der Anbieter mindestens zwei Produkte als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet,
jeweils hilfsweise
56. a) drei Produkte,
56. b) vier Produkte,
56. c) fünf Produkte,
56. d) sechs Produkte,
56. e) sieben Produkte,
56. f) mindestens eine andere Anzahl von Produkten als „neu“ und/oder „originalverpackt“ und/oder „OVP“ anbietet, die vom Gericht angemessen zu bestimmen ist,

und/oder

57. eine der sonstigen denkbaren, durch das Gericht einzeln zu prüfenden Kombinationen der vorstehenden Merkmale 1 bis 16 d vorliegt (diese Kombinationen jeweils bestehend aus zwei bis 16 der vorstehenden Merkmale, ggf. mit den zu den einzelnen Merkmalen hilfsweise geltend gemachten Zahlenwerten).

Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil und wiederholt und vertieft ihr Vorbringen erster Instanz. Ergänzend macht sie geltend:

Mit der Wendung „im Internet“ im Klageantrag seien die

Aktivitäten der Beklagten „auf dem und/oder für den Marktplatz e“ gemeint.

Mit dem die Stühle beschreibenden Teil des Antrags seien keine nicht erkennbaren Ident-Plagiate gemeint.

Die Hilfsanträge würden vor dem Hintergrund der Entscheidung „Internetversteigerung III“ des Bundesgerichtshofs gestellt.

Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche rechtfertigten sich auch aus den §§ 12, 823, 1004 BGB, welche kein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraussetzten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung, die Protokolle der Berufungsverhandlungen vom 21.2.2008 und vom 19.6.2008 sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

I.

Gegenstand der Berufung ist zum einen der Unterlassungsantrag gemäß I a) . Die gegen die Verurteilung durch das Landgericht angeführten Berufungsangriffe der Beklagten greifen nicht durch.

1. Gegenstand des Antrags zu I. a) ist die Unterlassung, im Internet für Internetbenutzer in Deutschland zugänglich Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben, in denen Kinder-Hochstühle angeboten werden, bei denen es sich nicht um den in der Anlage zum Tenor dargestellten Original-„Tripp Trapp“-Stuhl von der Klägerin handelt, sofern die Kinder-Hochstühle in den Auktionen und/oder den Verkaufsangeboten unter einer der

Klagemarken der Klägerin angeboten werden.

Die Klägerin hat für ihr Begehren mit Recht die Form einer Unterlassungsklage gewählt, obwohl sie von der Beklagten im Kern ein aktives Tun verlangt, nämlich die „proaktive“, also die vor der für jedermann zugänglichen Einstellung von Angeboten auf den Internetmarktplatz e.de erfolgende Überprüfung von neu eingestellten Angeboten und deren Löschung bzw. Sperrung im Falle der Feststellung einer Rechtsverletzung. Die Erfüllung der von der Klägerin begehrten Handlungspflicht kann im Ergebnis auch mit einer Unterlassungsklage und nachfolgender Vollstreckung nach § 890 ZPO erreicht werden (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 1 Rn. 8).

Gegenstand des Antrags sind nicht Ident-Plagiate, die als solche nicht erkennbar sind. Dies hat die Klägerin in der Berufungsverhandlung vom 21.2.2008 klargestellt. Ebenso hat die Klägerin dort klargestellt, dass mit der Wendung „im Internet“ die Aktivitäten der Beklagten „auf dem und/oder für den Markplatz e“ gemeint sind. Damit ist der Antrag, der zudem durch die einbezogene Abbildung des Originalstuhls und die Klagebegründung weiter konkretisiert wird, hinreichend bestimmt.

Die erforderliche Begehungsgefahr für eine Verletzung aller im Antrag aufgeführten Klagemarken ist unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gegeben, eine Verletzung ist u.a. in der Anlage K 19 nachgewiesen.

2. Der Unterlassungsantrag zu I a) rechtfertigt sich aus § 14 II Nr. 1 MarkenG.

a) Voraussetzung einer Markenverletzung i.S. von § 14 II Nr. 1 MarkenG ist zunächst, dass ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren benutzt wird, die mit denjenigen identisch ist, für die sie Schutz genießt. Diese Voraussetzung liegt hier unstreitig vor. Auf dem Internetmarktplatz der Beklagten

wurden Kinderhochstühle anderer Hersteller, mithin Möbel, unter Verwendung der Klagemarken zum Verkauf angeboten. Dies geschah auch kennzeichenmäßig, denn die angegriffenen Bezeichnungen dienten im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, Rn. 60 – Internet-Versteigerung III). Allerdings macht die Beklagte erstmals im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.04.2008 geltend, die Anbieter würden die Bezeichnung „Trip Trap“ in unterschiedlichen Schreibweisen erkennbar dazu verwenden, um potentiellen Käufern eine Vorstellung davon zu vermitteln, welche Formgebung der von ihnen angebotene Kinderhochstuhl aufweise (Bl. 568 d.A.). In einem weiteren nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.6.2008 behauptet die Beklagte weiter, dass sich die Bezeichnung „Tripp Trapp“ als allgemein gebräuchliche Bezeichnung für Kinderhochstühle eingebürgert habe (Bl. 606 d.A.). Dieser Vortrag ist zum einen als verspätet zurückzuweisen (§§ 530, 531 II ZPO). Im Übrigen ist das Vorbringen, für das zudem kein Beweis angetreten wurde, ohne jede Substanz und damit unbeachtlich. Die Behauptung der Beklagten deckt sich, wie in der mündlichen Berufungsverhandlung am 19.6.2008 erörtert, auch nicht mit dem Erfahrungswissen des Senats, dessen Mitglieder dem hier angesprochenen allgemeinen Verkehr angehören. Dass im Übrigen auch die Benutzung einer Marke für eine Produktfälschung unabhängig davon, ob die Fälschung offen ausgewiesen ist oder verschleiert wird, eine markenmäßige Verwendung darstellt, hat der Bundesgerichtshof jüngst in der Entscheidung „Internet-Versteigerung III“ (Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, Rn. 60) ausdrücklich festgestellt.

Nicht weiter ausgeführt werden muss, dass der ebenfalls im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.6.2008 erstmals und damit verspätet erhobene Einwand, es fehle schon an einer Markenverletzung, weil die beworbenen Stühle „nicht mit den Kennzeichen der Klägerin versehen“ seien, nicht rechtserheblich ist (vgl. § 14 III Nr. 2 MarkenG).

b) Die Beklagte haftet abhängig davon, ob die Anbieter der beanstandeten Angebote im geschäftlichen Verkehr handeln oder nicht, als Täter oder aber als Gehilfe, und zwar nach den Grundsätzen der Täterschaft bzw. Teilnahme durch Unterlassen. Auf die Grundsätze der sog. „Störerhaftung“ kommt es nicht an. Im Einzelnen:

Kern des Rechtsstreits ist, ob die Beklagte für die markenverletzenden Angebote auf ihrem Internetmarktplatz e auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Da die Angebote von e-Mitgliedern auf den Internetmarktplatz der Beklagten eingestellt werden, stellt sich damit die Frage der Haftung bei einer Mehrheit von Personen, die jeweils für den tatbestandlichen Erfolg (mit)ursächlich geworden sind. Es stellt sich mithin die Frage nach Täterschaft oder Teilnahme bzw. der „Störerhaftung“. Zuvor ist allerdings festzustellen, welches Verhalten der Beklagten als rechtsverletzend beanstandet wird, genauer: Ist der Beklagten das aktive Betreiben eines Internetmarktplatzes vorzuwerfen oder vielmehr, dass sie nicht verhindert, dass rechtsverletzende Angebote durch ihre Mitglieder auf dem Onlinemarktplatz eingestellt und allen e-Mitgliedern zugänglich gemacht werden. Anders gewendet: Wird ihr ein Tun oder ein Unterlassen vorgeworfen. Für Tun und Unterlassen existieren grundlegend unterschiedliche Haftungsregeln (vgl. nur Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl. 2008, § 823 Rn. 2; Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 15 f.; Schönke/Schröder-Stree, StGB, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 158). So kommt eine Unterlassungshaftung nur bei Vorliegen einer Garantenstellung, etwa infolge der Eröffnung einer Gefahrenquelle, in Betracht. Zudem begrenzen die Kriterien der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsverhinderung eine Verantwortlichkeit eines Unterlassenden. Die Frage, ob einem Verletzer ein aktives Tun oder vielmehr ein Unterlassen vorgeworfen wird, kann damit keinesfalls offenbleiben (Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 16; Schönke/Schröder-Stree, StGB, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 158). Die Frage nach Tun oder

Unterlassen ist ferner der Prüfung von Täterschaft oder Teilnahme vorrangig, denn eine Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen folgt anderen Regeln als eine Täterschaft/Teilnahme durch aktives Tun.

c) Vorliegend ist der Beklagen ein Unterlassen vorzuwerfen.

aa) Für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, der sich die herrschende Auffassung sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht angeschlossen hat, nicht nur auf die tatsächliche Seite an, sondern auf eine wertende Schwerpunktbetrachtung. Maßgebend ist danach, wo bei einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt (BGH NStZ 2003, 657; Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 13 Rn. 5; Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 16, jeweils m.w.N.).

bb) Als Anknüpfungspunkt einer Haftung der Beklagten für rechtsverletzende Angebote auf ihrem Internetmarktplatz e kommt zum einen aktives Tun in Betracht, nämlich das Entwickeln und Pflegen der dem Onlinemarktplatz zugrundeliegenden Software, das Zurverfügungstellen von Speicherplatz für Marktplatzdaten, die Schaffung und Erhaltung der Attraktivität des Marktplatzes durch Werbung für den Marktplatz an sich bzw. für einzelne Angebote, die Betreuung der Mitglieder durch Hilfstools bzw. Mitarbeiter usw. Denn ohne dieses aktive Tun der Beklagten könnte es nicht zu Angeboten und damit auch nicht zu Rechtsverletzungen auf ihrem Markplatz kommen.

Die Haftung der Beklagten kann auf der anderen Seite aber auch darauf gestützt werden, dass sie keine ihr möglichen und zumutbaren „proaktiven“ Maßnahmen ergriffen hat, die es verhindern, dass markenverletzende Angebote von e-Mitgliedern auf dem Internetmarktplatz e.de erscheinen.

cc) Bei einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit hier in einem Unterlassen.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, trotz der zahlreichen Hinweise auf Markenverletzungen und trotz der dadurch ausgelösten Prüfungspflicht keine hinreichenden Maßnahmen ergriffen zu haben, Verletzungen zu verhindern. Dies ist der Vorwurf eines Verstoßes gegen Handlungspflichten, mithin ein Unterlassungsvorwurf. Dagegen ist das aktive Erstellen und Betreiben einer Internethandelsplattform bei der gebotenen normativen Betrachtung der Beklagten nicht vorzuwerfen, es handelt sich dabei um ein ggf. volkswirtschaftlich sogar erwünschtes, jedenfalls aber grundsätzlich von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell (vgl. BGH GRUR 2007, 890 ff. Rn. 39 – jugendgefährdende Medien bei e).

Auch der Bundesgerichtshof geht bei seiner Rechtsprechung zur Haftung der Betreiber von Internetmarktplätzen der Sache nach von einem Unterlassungsvorwurf aus, indem er die Verantwortlichkeit durch einen Verstoß gegen Handlungspflichten herleitet, also an ein pflichtwidriges Unterlassen anknüpft. Gegenstand der Prüfung in den einschlägigen Entscheidungen ist jeweils die Frage, ob der Betreiber einer Internethandelsplattform gehalten ist, Vorsorge zu treffen, damit keine weiteren rechtsverletzenden Angebote ins Internet gestellt werden (GRUR 2004, 860, 862, 864 – Internetversteigerung I; GRUR 2007, 708, 712 Rn. 45 – Internet-Versteigerung II; Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, Rn. 51 ff. – Internet-Versteigerung III). In der Entscheidung „jugendgefährdende Medien bei e“ stellt der Bundesgerichtshof nunmehr ausdrücklich auf die Verletzung von Handlungspflichten sowie Prüfungs- und Überwachungspflichten ab (GRUR 2007, 890 ff. Rn. 42 ff.) und prüft der Sache nach ausgehend von einer Garantenstellung der Beklagten aufgrund Eröffnung einer Gefahrenquelle (a.a.O. Rn. 36) die Voraussetzungen einer Täterschaft durch Unterlassen, nämlich die Möglichkeit und

Zumutbarkeit einer Erfolgsverhinderung (a.a.O. Rn. 36, ff., 45 ff.). Gleiches gilt im Kern für die Entscheidungen Internetversteigerungen I – III, wenn dort maßgebend auf das Kriterium der Verletzung einer zumutbaren Prüfungspflicht abgestellt wird. Soweit der Bundesgerichtshof allerdings in der Entscheidung „ueber18.de“ ausführt, ein Internet-Auktionshaus, das den rein technischen Vorgang der Freischaltung eines Auktionsangebot nicht kontrolliert und „ deshalb nicht als Täter oder Teilnehmer einer durch das Angebot bewirkten Markenverletzung haftet“ (GRUR 2008, 534, 536), vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Denn dieser Rechtssatz hätte zur Konsequenz, dass die hergebrachte und allgemein anerkannte Deliktskategorie des pflichtwidrigen Unterlassens durch einen Garanten auf Internet-Auktionshäuser nicht anwendbar wäre. Dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof insoweit aber offenbar nicht festgelegt ist, zeigt die Entscheidung „jugendgefährdende Medien bei e“, wo der Sache nach eine täterschaftliche Unterlassungshaftung der Beklagten aufgrund einer Garantenstellung wegen Eröffnung einer Gefahrenquelle und durch Verletzung von Handlungspflichten, mithin ein pflichtwidriges Unterlassen, geprüft und bejaht wird (siehe oben).

d) Die grundlegende Voraussetzung einer Unterlassungshaftung, nämlich eine Garantenstellung , liegt hier vor. Eine solche Garantenstellung kann sich u.a. aus dem Gesichtspunkt eines vorangegangenen gefährlichen Tuns (Ingerenz) sowie aus der Eröffnung einer Gefahrenquelle ergeben (Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Aufl. 2008, Vorb v § 249 Rn. 84; Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 15 f.).

Die Beklagte ist ein „Überwachergarant“. Sie hat durch das Betreiben einer Internetplattform, auf der Dritte unstreitig in erheblichem Umfang rechtswidrig markenverletzende Artikel vertreiben, eine Gefahrenquelle eröffnet. Der Sache nach wird ergänzend auf die Entscheidung „jugendgefährdende Medien bei e“ des Bundesgerichtshofs Bezug genommen (GRUR 2007, 890 ff.

Rn. 36).

e) Der Unterlassende muss weiter die Möglichkeit zur Verhinderung des tatbestandlichen Erfolges haben (Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 13 Rn. 42; vgl. dazu, dass die allgemeinen Grundsätze zu § 13 StGB im Grundsatz auch im Deliktsrecht Anwendung finden, Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 16; vgl. zum Erfordernis der Möglichkeit der Erfolgsverhinderung vgl. auch BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung I; BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 47 – Internet-Versteigerung II; BGH GRUR 2007, 890, 895 Rnrn. 36, 45 – jugendgefährdende Medien bei e). Auch dies ist hier gegeben.

aa) Zum einen ist es der Beklagten tatsächlich möglich, die beanstandeten Rechtsverletzungen proaktiv zu verhindern.

(1) Unstreitig ist, dass die Beklagte, ebenso wie die Klägerin selbst im Rahmen des VeRI-Programms bzw. jeder potentielle Käufer auf dem Internetmarktplatz e.de mittels der dortigen Suchfunktion, solche Angebote, die die Klagemarken enthalten, mittels Eingabe der entsprechenden Begriffe wie „Tripp Trapp“, „Stokke“ etc. finden kann. Die Beklagte hat nicht substantiiert vorgetragen, dass mittels einer entsprechenden Suchsoftware nicht auch eine proaktive Aussonderung von Angeboten, die die Klagemarken enthalten, möglich ist. Zwar hat die Beklagte in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.2008 und damit ohnehin verspätet erstmals behauptet, auch ihr stünde nur die jedermann zugängliche Suchmaske zur Verfügung, welche nur auf bereits veröffentlichte Artikel zugreife, aber keine proaktive manuelle Artikelsuche ermögliche. Dieser von der Klägerin bestrittene Vortrag ist unbeachtlich. Es mag sein, dass die Beklagten aktuell nur eine softwaregestützte Suche von bereits in den Marktplatz eingestellten Artikeln praktiziert. Dass es allerdings unmöglich oder jedenfalls unzumutbar ist, diese Software auf eine proaktive Suche zu erweitern oder einen entsprechend proaktiv wirksame Software zu entwickeln, hat die Beklagte

nicht behauptet. Dies ist auch deshalb fernliegend, weil die Beklagte selbst in der Präsentation ihrer Schutzvorkehrungen in der zweiten mündlichen Berufungsverhandlungen dargestellt hat, dass bestimmte Angaben softwaregesteuert mittels Filter bereits bei der Eingabe der Angebotsdaten durch den Anbieter beanstandet und gesperrt werden. Auf die Seiten 4 und 5 der Präsentationsunterlagen wird ergänzend Bezug genommen, auf denen „komplexe Filter“ sowie ein „proaktives Filtern anhand von Suchbegriffen“ ausdrücklich als Maßnahmen der „Früherkennung“ benannt sind (Bl. 621 f. d.A.). Die Beklagte hat zudem vorgetragen, sie setze spezielle Warnhinweise ein, die erscheinen, während ein Verkäufer ein Angebot einstellt, das in bestimmten Kategorien erscheint oder bestimmte Wörter in der Angebotsbeschreibung verwendet.

Das Vorbringen der Beklagten zur angeblich geringen Trefferquote der tatsächlich eingesetzten Schlagwortsoftware von etwa 54 % (sonst 37 %) ist ebenfalls unerheblich. Auch dieses von der Klägerin bestrittene Vorbringen erfolgte in nicht nachgelassenen Schriftsätzen nach Ablauf der vom Senat gesetzten Äußerungsfrist und ist verspätet. Zudem hat die Beklagte nicht behauptet, dass die Entwicklung und der Einsatz wirksamerer Software unmöglich bzw. jedenfalls unzumutbar sind. Schließlich ist der Einwand der Beklagten auch deshalb unerheblich, weil eine unzureichende Trefferquote letztlich nur den manuellen Aufwand der Nachkontrolle erhöht. Dass eine manuelle Nachkontrolle aber unmöglich oder unzumutbar ist, hat die Beklagte, wie noch ausgeführt werden wird, wiederum nicht substantiiert dargelegt.

(2) Diese tatsächliche softwaregestützte Möglichkeit einer Aussonderung von Angeboten, die die Klagemarken enthalten, ist allein jedoch mit Blick auf den Klageantrag noch nicht ausreichend. Denn nach dem Unterlassungsantrag, der auf die Abbildung des Originalstuhls der Klägerin Bezug nimmt, sowie nach dem Klagevorbringen kommt es im vorliegenden Fall entscheidend darauf an, ob unter den Klagemarken Stühle

fremder Hersteller angeboten werden, und zwar solche, die eine vom Original abweichende Form haben. Denn die Klägerin hat ausdrücklich klargestellt, dass das Angebot von identischen Plagiaten nicht unter das beantragte Verbot fällt. Damit ist eine Verhinderung der Verletzung der Klagemarken durch die Angebotsbeschreibungen nur durch einen Abgleich des in der jeweiligen Angebotsbeschreibung enthaltenen Fotos mit dem antragsgegenständlichen Foto des Originalstuhls möglich. Denn die Produkte anderer Hersteller haben ausweislich der Abbildungen in den beanstandeten Angeboten sowie ausweislich der Abbildungen in der Anlage K 20 eine abweichende Gestaltung, z.B. eine zusätzliche hintere Querstrebe oder ein auffällig anders gestaltetes Lehnenelement mit einer griffartigen Aussparung.

Insoweit kann der zwischen den Parteien geführte Streit darum, ob ein solcher Fotoabgleich durch den Einsatz von Bilderkennungssoftware automatisiert werden kann oder ob hierfür der Einsatz von – ggf. im Hinblick auf das Erscheinungsbild von Originalstuhl und Fremdprodukten speziell geschulten – Mitarbeitern erforderlich ist, dahinstehen. Denn jedenfalls der Einsatz solcher – ggf. geschulten – Mitarbeiter würde ein hinreichend sicheres Erkennen von markenverletzenden Angeboten ermöglichen (womit zur weiteren Voraussetzung der Zumutbarkeit eines solchen Einsatzes noch nichts gesagt ist, vgl. dazu unter f). Dies kann der Senat aus eigener Anschauung beurteilen, denn seine Mitglieder konnten durch einen Vergleich der in den beanstandeten Angeboten enthaltenen Abbildungen sowie den Abbildungen der regelmäßig in den Verletzungsfällen angebotenen Fremdprodukte gem. Anlage K 20 mit der Abbildung des Originalstuhls im Klageantrag unschwer und jeweils auf Anhieb Original und Fremdprodukt unterscheiden. Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz geltend gemacht hat, aufgrund der schlechten Fotoqualität bzw. des ungünstigen Blickwinkels einiger Fotos in Angebotsbeschreibungen sei es nicht in jedem Falle möglich, durch einen Bildabgleich Fremdprodukte hinreichend sicher zu

erkennen, ist dies unerheblich. Die generelle Frage der Unterlassungshaftung ist nicht deshalb zu verneinen, weil es denkbar ist, dass in Einzelfällen die Einhaltung der Unterlassungspflicht nicht möglich ist. Denn in diesen Fälle würde es bereits deshalb nicht zu einer Haftung des Verletzers kommen, weil eine Vollstreckung nach § 890 ZPO Verschulden vorausgesetzt (vgl. BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung, BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 47 – Internet-Versteigerung II).

bb) Der Beklagten ist die proaktive Verhinderung der Einstellung markenverletzender Angebote auch rechtlich möglich. Denn sie hat sich gegenüber ihren anbietenden Mitgliedern eine Sperrung rechtsverletzender, insbesondere markenverletzender Angebote in ihren AGB und den e-Grundsätzen vorbehalten.

f) Der Beklagten ist weiter die Erfolgsabwendung auch zumutbar .

aa) Die Handlung, die den Erfolg verhindert hätte, muss von dem Garanten rechtlich zu fordern, d.h. ihm zuzumuten sein. Für die Beurteilung kommt es auf die Lage und die Fähigkeiten des Garanten einerseits, auf Nähe und Schwere der Gefahr und die Bedeutung des Rechtsgutes andererseits an (vgl. zu den allgemeinen Grundsätzen Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 13 Rn. 44; dazu, dass die Grundsätze zu § 13 StGB auch im zivilrechtlichen Deliktsrecht Anwendung finden, vgl. wiederum Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 16; zum Erfordernis der Zumutbarkeit der Verhinderung von Rechtsverletzungen speziell auf Internet-Handelsplattformen vgl. wiederum BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung I; BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 47 – Internet-Versteigerung II; BGH GRUR 2007, 890, 895 Rnrn. 36, 38, 45 – jugendgefährdende Medien bei e).

Nicht zumutbar ist nach allgemein anerkannten Grundsätzen eine Handlung, mit der der Garant eigene, billigenswerte Interessen

in erheblichem Umfang gefährden würde. Dabei ist zwischen dem drohenden Erfolg, der Wahrscheinlichkeit der Rettung durch pflichtgemäßes Handeln und dem Gewicht der gefährdeten Interessen des Garanten abzuwägen; eine gravierende Selbstgefährdung oder Selbstschädigung ist bei geringen Rettungschancen i.d.R. nicht zuzumuten (vgl. zum Ganzen: Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 13 Rn. 44 m.w.N.).

bb) Wir bereits dargelegt, reicht im Hinblick auf den geltend gemachten Unterlassungsantrag zu I a) der Einsatz von Schlagwortfiltern nicht aus, es ist vielmehr ein Bildabgleich notwendig. Ob ein allein softwaregesteuerter Bildabgleich technisch derzeit bereits möglich ist, ist zwischen den Parteien streitig. Auf diesen Streit kommt es jedoch wie gesagt nicht an. Denn es wird noch dargelegt werden, dass jedenfalls ein durch Mitarbeiter vorgenommener „manueller“ Bildabgleich der Beklagten zumutbar ist.

Zu Unrecht meint die Beklagte, dass ihr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein technische Werkzeuge zur Erfolgsverhinderung zumutbar sind, während manuelle Verhinderungsaktivitäten per se als unzumutbar ausscheiden. Denn der Bundesgerichtshof hält – entgegen der Auffassung der Beklagten – eine ggf. erforderlich werdende manuelle Nachkontrolle, wie sie die Beklagte als notwendig, allerdings auch als unzumutbar erachtet, durchaus nicht für unzumutbar (BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 52 – Internet-Versteigerung II; ebenso die Entscheidung Internet-Versteigerung III, Rz. 53 a.E). Allerdings geht der Bundesgerichtshof – ohne nähere Begründung – davon aus, dass die Auffassung die Grenze der Zumutbarkeit jedenfalls dann erreicht ist, wenn keine Merkmale vorhanden sind, die sich zur Eingabe in ein Suchsystem eignen (BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn 47 – Internet-Versteigerung II). So liegt der Fall hier aber gerade nicht. Unstreitig ist, dass die Beklagte, ebenso wie die Klägerin selbst im Rahmen des VeRI-Programms bzw. jeder potentielle Käufer auf dem Internetmarktplatz e.de, solche

Angebote, die die Klagemarken enthalten, mittels Eingabe der entsprechenden Begriffe wie „Tripp Trapp“, „Stokke“ etc. finden können. Auch die Beklagte selbst trägt diverse Suchbegriffe vor, die sie schon jetzt in einen präventiven Filter eingestellt haben will. Mithin geht es nicht um die manuelle Kontrolle einer unbegrenzten Vielzahl von Angeboten weltweit, sondern um die manuelle Nachkontrolle einer bereits durch Softwarefilter begrenzten Menge von Angeboten, nämlich hier konkret der auf der Plattform der Beklagten eingestellten Angebote von Kinderhochstühlen, die unter Verwendung der Klagemarken bezeichnet werden. Dass es auch bei einer manuellen Nachkontrolle Einzelfälle geben mag, in denen eine Rechtsverletzung nicht erkannt werden kann, steht wie bereits dargelegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Annahme einer Haftung nicht entgegen, sondern mag im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens eine Rolle spielen (BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 47 – Internet-Versteigerung II, vgl. auch Urt. v. 30.4.08, Internet-Versteigerung III, Rz. 53 a.E.).

Im Übrigen kann es für die Frage der Zumutbarkeit der Verhinderung von Rechtsverletzungen auf Internethandelsplattformen schwerlich pauschal darauf ankommen, ob die Aussonderung rechtsverletzender Angebote allein mit Softwaretools oder sonstigen technischen Filtern möglich ist oder ob – jedenfalls im Hinblick auf die Überprüfung von durch Softwaretools vorausgewählte Angebotsmengen – eine Nachkontrolle durch Mitarbeiter erforderlich wird. Die Zumutbarkeit der Erfolgsverhinderung bzw. der Annahme von Prüfungspflichten ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalles und entzieht sich jeder pauschalen Beurteilung. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass die Beklagte jedenfalls das Angebot von Kinderpornografie, Kriegswaffen, jugendgefährdenden Medien oder gesundheitsgefährdenden gefälschten Arzneimitteln selbstverständlich auch dann proaktiv durch den Einsatz von Mitarbeitern verhindern muss, wenn insoweit eine wirksame

Filterung durch Software allein nicht ausreicht.

cc) Die Beklagte muss vielmehr zumutbare Filterverfahren einsetzen und eventuell anschließend manuell die dadurch ermittelten Treffer kontrollieren (BGH GRUR 2007, 708, 712 Rn. 52 – Internet-Versteigerung II; ebenso Internet-Versteigerung III, Rz. 53 a.E). Dass dies für die Beklagte einen unzumutbaren, ihr Geschäftsmodell grundsätzlich in Frage stellenden Aufwand bedeuten würde, hat sie trotz des Hinweises des Senats in der 1. Berufungsverhandlung am 21.2.2008 nicht substantiiert vorgetragen.

(1) Für eine Zumutbarkeit spricht zum einen der Umstand, dass die Beklagte unstreitig durch ihre Provisionsregelung an jedem rechtsverletzenden Angebot, jedenfalls an solchen, die unbeanstandet bleiben, mitverdient. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Provisionsinteresse des Betreibers eines Internetmarktplatzes ein maßgebliches Zumutbarkeitskriterium ist (vgl. nur BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internetversteigerung I). Die Beklagte hat den durch die Anlage K 78 belegten Vortrag der Klägerin, wonach sie 10 % der in den Versteigerungen erzielten Erlöse abschöpfe, zwar als verspätet gerügt, aber nicht bestritten. Ebenso ist unbestritten geblieben, dass die Beklagte bereits im Jahr 2005 in Deutschland einen Umsatz von US-$ 691 Mio. erzielt hat, was 15 % des weltweit durch e erzielten Umsatzes entspricht.

(2) Für eine Zumutbarkeit spricht weiter, dass auf Seiten der Klägerin erhebliche Interessen verletzt sind. Es geht hier nicht um die vereinzelt gebliebene Verletzung einer Marke. Die Klägerin hat vielmehr eine große Menge an rechtsverletzenden Angeboten nachgewiesen, die über mehrere Jahre aufgetreten sind und trotz eine Fülle von Mitteilungen der Klägerin im Rahmen des VeRI-Programms nicht wirksam abgestellt wurden. Betroffen sind zudem mehrere Marken der Klägerin.

(3) Die Beklagte hat weiter nicht substantiiert vorgetragen,

dass durch eine manuelle Nachkontrolle einer mittels Softwarefilter vorausgewählten Gesamtheit von Angeboten, welche die Klagemarken enthalten, derartig schwerwiegend ihre Interessen beeinträchtigt werden, dass diese Nachkontrolle für sie trotz der Beeinträchtigungen der Interessen der Klägerin nicht zumutbar erscheint.

Maßgebend für eine Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin ist, in welchem Umfang und zu welchen Kosten sie Mitarbeiterstunden für eine manuelle Nachkontrolle einsetzen muss, und zwar zusätzlich zu dem ohnehin von ihren Mitarbeitern – etwa im Rahmen des VeRI-Programms – zu betreibenden Aufwand. Weiter kann für die Frage der Zumutbarkeit auch von Interesse sein, wie sich dieser Kosteneinsatz zu den Umsätzen verhält, die die Beklagte mit den unter den Marken der Klägerin angebotenen Kinderhochstühlen generiert.

Der Senat hat insoweit in der ersten mündlichen Berufungsverhandlung vom 21.2.2008 folgenden Hinweis erteilt:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass es zur Frage der Zumutbarkeit einer Präventivkontrolle der Angebote durch die Beklagte noch erheblichen weiteren Vortrags bedarf.
Bislang wird weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt,
– wie viele neue Angebote pro Tag unter den streitgegenständlichen Marken eingestellt werden, noch
– wie viele davon durch Filtersoftware ausgesondert werden bzw. diese Software passieren können, noch
– wie viele Mannstunden benötigt werden, um diese Zahl manuell nachzukontrollieren.
Ferner fehlt noch konkreter Vortrag dazu,
– wie hoch der finanzielle Aufwand für eine solche Nachkontrolle ist und
– wie sich dieser finanzielle Aufwand zu dem Erlös verhält , der mit den streitgegenständlichen Angeboten erzielt wird.

Der Senat hat weiter – insoweit ist die Protokollierung

versehentlich unterblieben – die Beklagte darauf hingewiesen, dass es für die Frage der Zumutbarkeit einer manuellen Nachkontrolle durch Mitarbeiter auch darauf ankommen dürfte, dass die Beklagten unstreitig – etwa für die Betreuung des VeRI-Programms – ohnehin einen im Hinblick auf Rechtsverletzungen ggf. sogar geschulten und erfahrenen Mitarbeiterstamm vorhält, dessen Arbeitsanfall im Bereich der reaktiven Kontrolle von Angeboten im Rahmen des VeRI-Programms durch eine bereits proaktiv durchgeführten Kontrolle von durch Software vorgefilterte Angebotsmengen geringer werden dürfte.

Der Vortrag der Beklagten in dem zum Vortrag i.S. dieser Hinweise nachgelassenen Schriftsatz vom 28.3.2008 (dort Bl. 517-523) ist ungenügend. Soweit die Beklagte in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 22.4.2008 (Bl. 555 ff.) und 16.6.2008 (Bl. 604 ff.) weiter vorgetragen hat, ist das Vorbringen verspätet, genügt ebenfalls nicht den Substantiierungsanforderungen und ist im Übrigen unerheblich. Im Einzelnen:

(1) Die Klägerin hat trotz des Hinweises des Senats keinerlei Sachvortrag zu den für eine manuelle Nachkontrolle erforderlichen Mannstunden und dem finanziellen Aufwand einer Nachkontrolle, zu den durch die Verkäufe von unter den streitgegenständlichen Marken angebotenen Stühlen erzielten Erlösen und zu dem Verhältnis von Mannstunden zu Erlösen beigebracht. Aus der von der Beklagten eingereichten Anlage BK 29 ergeben sich solche zur Prüfung der Zumutbarkeit einer manuellen Nachkontrolle erforderlichen Angaben nicht.

Soweit sie dies damit erklärt hat, dass die Erlöse und neu eingestellten Artikel schwankend seien und sie Mannstunden nicht produktbezogen erfasse, kann dies eine Darlegungs- und Beweisfälligkeit nicht hinreichend entschuldigen. Schwankungen bei Zahlenwerten können mit der Bildung von Durchschnittswerten handhabbar gemacht werden. Im Übrigen hat die Beklagte, zuletzt anlässlich ihrer Power-Point-Demonstration in der zweiten mündlichen Berufungsverhandlung

selbst vorgetragen, dass sie in Erfüllung der gerichtlich ausgesprochenen Unterlassungsverpflichtung im Hinblick auf die streitgegenständlichen Marken und Produktbezeichnungen eine manuelle Nachkontrolle vornehme bzw. zeitweise vorgenommen habe. Dies ergibt sich auch aus der Anlage BK 29. Es ist nicht ersichtlich, warum sie dann die dazu erforderlichen Mannstunden und deren Kosten nicht vorzutragen vermag.

Ebenso ist nicht ersichtlich, dass es der Beklagten unmöglich oder unzumutbar ist, für einen begrenzten repräsentativen und dadurch hochrechenbaren Zeitraum, etwa für drei Monate, alle mit den streitgegenständlichen Bezeichnungen versehenen Angebote zu erfassen und die dadurch erzielten Erlöse zu ermitteln. Eine solche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit hat die Beklagte auch nicht nachvollziehbar behauptet.

Dagegen hat die Klägerin substantiiert vorgetragen und durch die Vorlage der Anlagen K 80-K 82 belegt, dass ihr durch das VeRI-Programm der Beklagten selbst zwischen 1-19 neue Angebote pro Tag gemeldet würden, die die Suchbegriffe „Tripp Trapp“, „Trip Trap“ und „Stokke“ enthalten würden. Es hätte damit eines konkreten und ebenfalls substantiierten Sachvortrag der Beklagten sowie eines entsprechenden Beweisantritt bedurft, der die Annahme einer deutlich höheren, für eine Unzumutbarkeit sprechenden Zahl nahelegen würde. Der Vortrag der Beklagten und die Angaben insbesondere in der Anlage BK 29 erfüllen diese Substantiierungsanforderungen nicht. Sie scheinen im Gegenteil ebenfalls für eine Zumutbarkeit der manuellen Nachkontrolle zu sprechen, denn die Anzahl der täglich zu kontrollierenden neuen Angebote „Stokke“/“TrippTrapp“ liegen auch dort meist deutlich unter 100.

Unsubstantiiert und widersprüchlich ist die im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.08 gemachte Behauptung der Beklagten, es müssten immer alle gerade aktiven Angebote von Hochstühlen manuell überprüft werden, die Prüfung könne sich also nicht nur auf die jeweils an einem Tag „neu“

eingestellten Stühle beschränken (vgl. Bl. 560 f.). Es liegt auf der Hand, dass sich organisieren ließe, dass jedes Angebot nur einmal, nämlich anlässlich seiner Einstellung auf der Internetplattform e kontrolliert wird. Dies hat auch die Klägerin so ausdrücklich vorgetragen und durch die Anlage K 82 belegt. Diesen Vortrag hat die Beklagte nicht nur nicht substantiiert bestritten, sie hat sogar das Gegenteil, nämlich die Möglichkeit, sich durch eine Software-Vorfilterung nur neu eingestellte Angebote anzeigen zu lassen, durch ihre Power-Point-Demonstration in der mündlichen Verhandlung vom 19.6.2008 und die dabei gegebenen Erläuterungen bestätigt. Auch die Anlage BK 29 zeigt „Neue Listings pro Tag“.

Zu Unrecht versucht die Beklagte im zweiten nicht nachgelassenen Schriftsatz ihren fehlenden Sachvortrag damit zu rechtfertigen, sie habe gar nichts zum Aufwand der manuellen proaktiven Kontrolle vortragen müssen, da sich die Hinweise des Senats nur auf die manuelle Nachkontrolle der von einem Schlagwortfilter ausgesonderten Angebote bezogen hätten. Dies ist unzutreffend, denn der Hinweis des Senats bezog sich ausdrücklich auch auf Angebote, die „diese Software passieren können“.

(2) Auch das übrige Vorbringen der Beklagten ist im Hinblick auf die Frage der Unzumutbarkeit einer manuellen Nachkontrolle unerheblich.

Der Hinweis der Beklagten auf ein angebliches Missverhältnis zwischen der Anzahl der Artikel, die unter der Klagemarke angeboten werden, zu den tatsächlich als rechtsverletzend festgestellten Angeboten (vgl. Bl. 517 f., 519, 612) ist bereits im Ansatz kein taugliches Argument, weil die Klägerin keinen einzigen Fall von Rechtsverletzungen hinnehmen muss, den die Beklagte mit zumutbaren Mitteln verhindern kann.

Der Vortrag der Beklagten zu den umfassenden Möglichkeiten, die die Klägerin mittels des VeRI-Programms habe, die Rechtsverletzungen abzustellen, sind nicht nur unerheblich, da

sie unstreitig nicht den hier allein maßgebenden Fall der präventiven Verhinderung von rechtsverletzenden Angeboten betreffen. Das Vorbringen fällt außerdem auch auf die Beklagte zurück. Denn der Beklagten stehen selbstverständlich all diese ausgefeilten Möglichkeiten der Recherche auch selbst zur Verfügung. Wenn die Beklagte also geltend macht, aufgrund der VeRI-Tools sei eine Verhinderung von Rechtsverletzungen für die Klägerin komfortabel und wirksam, dann spricht dies im Ausgangspunkt nicht gegen, sondern für eine Zumutbarkeit der Erfolgsverhinderung durch die Beklagte selbst.

Soweit die Beklagte im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.04.2008 erstmals als sachliches Unzumutbarkeitskriterium einer manuellen Kontrolle den Gesichtspunkt einer unzumutbaren Verzögerung der Einstellung neuer Verkaufsangebote in den Online-Marktplatz geltend macht (Bl. 558), ist dies nicht nur unsubstantiiert, sondern auch verspätet.

Zu Unrecht sieht die Beklagte schließlich die Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin. Diese Last ist aufgrund allgemeiner Grundsätze (die Unzumutbarkeit ist ein Entlastungsmoment) als auch nach der Lehre von der sekundären Beweislast (die Klägerin hat hier genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Zumutbarkeit geliefert, die Einzelheiten liegen allein in der Sphäre der Beklagten) bei der Beklagten. Sie selbst macht geltend, nicht mehr vortragen zu können. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wie dann die Klägerin zu den in der Sphäre der Beklagten liegenden Umständen mehr vortragen könnte als die Beklagte selbst. Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass – sofern die Zumutbarkeit von der grundsätzlich darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin bestritten wurde – die Beklagte substantiiert vortragen muss (Anlage BK 33 zum Verfahren I ZR 227/05).

(3) Gegen eine Unzumutbarkeit einer proaktiven manuellen Nachkontrolle bereits durch Softwarefilter ermittelten Angebotsteilmenge spricht ferner, dass die Beklagte unstreitig

einen Mitarbeiterstamm vorhält, der für die Betreuung des VeRI-Programms tätig ist und dort gemeldete Angebote manuell überprüft und ggf. löscht. Dies hat die Beklagte im Rahmen der Power-Point-Präsentation in der zweiten Berufungsverhandlung vom 19.6.2008 noch einmal bestätigt. Es liegt auf der Hand, dass der Arbeitsanfall bei einem im Hinblick auf Rechtsverletzungen ggf. sogar geschulten und erfahrenen Mitarbeiterstamm im Bereich der reaktiven Kontrolle von Angeboten im Rahmen des VeRI-Programms durch eine bereits proaktiv durchgeführten Kontrolle von durch Software vorgefilterte Angebotsmengen geringer werden dürfte.

Soweit die Beklagte in der ersten mündlichen Berufungsverhandlung insoweit geltend gemacht hat, diese Mitarbeiter würden gar nicht prüfen, ob einen Markenverletzung vorliege, sondern würden praktisch „blind“ jedes gemeldete Angebot löschen, ist dies nicht plausibel. Zum einen hat die Beklagte wiederholt geltend gemacht, sie würde sich gegenüber den Anbietern schadensersatzpflichtig machen, wenn sie ohne hinreichende Überprüfung Angebote lösche. Es liegt deshalb nahe, dass dieses Ersatzrisiko vermieden wird, indem die Mitarbeiter des VeRI-Programms jedenfalls eine grobe Überprüfung der gemeldeten Fälle vornehmen. Außerdem ist mit der Behauptung einer ungeprüften Löschung schwerlich in Einklang zu bringen, dass die Teilnehmer am VeRI-Programm die von ihnen behaupteten Rechte zunächst benennen (vgl. Anlage B 12) und bei jeder Meldung auch spezifizieren müssen (vgl. z.B. in der Anlage BK 30).

(4) Im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.08 (Bl. 559) macht die Beklagte geltend, der Bundesgerichtshof habe im Verfahren I ZR 227/05 in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, dass es für die Bewertung der Zumutbarkeit von Präventivmaßnahmen nicht nur auf den konkreten Einzelfall, sondern auch auf die Implikationen für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle ankomme, die nach dem gleichen Maßstab zu behandeln wären, es mithin auf eine Gesamtschau ankomme,

wie sich bestimmte Anforderungen an die Marktplatzbetreiber insgesamt auswirken würden.

Dieses Vorbringen ist unerheblich. Zum einen stellt die Beklagte damit zunächst klar, dass es jedenfalls auch auf eine Einzelfallbetrachtung ankommt. Insoweit fehlt es jedoch wie dargelegt bereits an hinreichend konkretem Vortrag der Beklagten zur Frage der Zumutbarkeit. Ein solcher konkreter Vortrag zur Einzelfallbetrachtung ist auch für die angeblich erforderliche Gesamtbetrachtung nötig, denn die Gesamtbetrachtung kann sachlogisch nur auf die konkreten Umstände des Einzelfalles aufbauen, indem diese nach ebenfalls konkret vorzutragenden Umständen im Wege der Gesamtschau hochgerechnet werden. Auch solche für eine Gesamtschau erforderlichen konkreten Umstände hat die Beklagte aber nicht vorgetragen. Es fehlt jeder Vortrag dazu, in welchem Umfang sie nicht nur theoretisch, sondern tatsächlich von Markeninhabern auf Unterlassung bzw. auf eine proaktive Verhinderung der Einstellung von rechtsverletzenden Angeboten in Anspruch genommen wird. Der Vortrag der Beklagten zur Anzahl der weltweit auf der Internetplattform e eingestellten Artikel sowie der Anzahl der eingetragenen Marken und sonstigen Schutzrechte ist solange unerheblich, wie nicht die Beklagte greifbare Anhaltspunkte dafür vorträgt, dass realistisch davon ausgegangen werden muss, dass sämtliche Schutzrechtsinhaber hinsichtlich sämtlicher Schutzrechte proaktive Aktivitäten verlangen würden. Soweit die Beklagte auf die große Anzahl der Angebotskategorien auf den Internetmarkplatz e hinweist, ist dies schon deshalb unerheblich, weil schon die Nutzer des Markplatzes selbstverständlich nicht über alle Kategorien nach Artikeln suchen, sondern durch die Eingabe von Suchbegriffen in die Suchmaske des Marktplatzes eine Auswahl treffen. Dass der Beklagten selbst zumindest dieselben Suchmöglichkeiten zustehen wie ihren Mitgliedern, bedarf keiner näheren Ausführung. Der von der Beklagten eingewandte Gesichtspunkt einer für die Zumutbarkeitsprüfung notwendigen

Gesamtbetrachtung geht also schon auf der tatsächlichen Ebene ins Leere. Eine Zumutbarkeitsprüfung kann vielmehr immer nur im konkreten Einzelfall erfolgen, also bezogen auf ein konkretes verletztes Schutzrecht, hier bestimmte Marken, oder ein konkretes Verhaltensunrecht, hier (im Hinblick auf den Antrag zu I b) ein Verstoß gegen § 6 II Nr. 6 UWG durch Formulierungen „ähnlich Stokke“ oder „wie Stokke“ etc. Jedenfalls ohne konkrete – von der Beklagten vorzutragende – Umstände, wie viele Schutzrechtsverletzungen bzw. Wettbewerbsverstöße täglich vorkommen bzw. beanstandet werden, und ohne den dazu in Verhältnis zu setzenden Umstände wie Umsatz, Kosten für Filtersoftware und Mitarbeitermannstunden, die für eine manuelle Nachkontrolle erforderlich sind, ist eine solche „abstrakten Zumutbarkeitsprüfung“ nicht zu leisten.

Die These von der Notwendigkeit einer „abstrakten Zumutbarkeitsprüfung“ erscheint auch im rechtlichen Ausgangspunkt zweifelhaft, denn sie läuft darauf hinaus, dass die Prüfungs- und Schutzpflichten umso geringer ausfallen, je größer die Zahl der Angebote und damit der potentiellen Rechtsverletzungen ist. Dabei wird zum einen vergessen, dass die Beklagte bei zunehmendem Geschäftsumfang entsprechend mehr Umsatz generiert, also auch mehr in die Verhinderung von Rechtsverletzungen investieren kann, ohne dass das Geschäftsmodell insgesamt unrentabel wird.

Der Senat bezweifelt weiter, ob es tatsächlich ein die Zumutbarkeit generell begrenzender Gesichtspunkt sein kann, ob das Geschäftsmodell der Beklagten durch die Forderung von proaktiver Kontrolle in konkreten Einzelfällen in Frage gestellt würde. Es scheint vielmehr eine petitio principii zu sein, wenn als ein Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sei, dass der Beklagten „keine Anforderungen auferlegt werden (dürfen), die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren“ (BGH GRUR 2007, 890,

Jugendgefährdende Medien, Rz. 39). Denn es liegt auf der Hand, dass im Prinzip in Verfahren wie dem vorliegenden gerade geprüft wird, ob das Geschäftsmodell der Beklagten von der Rechtsordnung gebilligt wird. Angenommen, es würden auf dem Internetmarkplatz der Beklagten derart viele rechtsverletzende Angebote eingestellt, dass insgesamt der Aufwand der proaktiven Kontrolle höher wäre als der mögliche Erlös. Dann kann man schwerlich von einem grundsätzlich rechtlich gebilligten Geschäftsmodell, sondern eher von einer grundsätzlich rechtlich missbilligten Eröffnung einer Gefahrenquelle für die Rechte Dritter sprechen. M.a.W: Ein Geschäftsmodell kann nur dann von der Rechtsordnung gebilligt sein, wenn der Betreiber alles ihm im Einzelfall Mögliche und Zumutbare tut, um Rechtsverletzungen Dritter zu verhindern.

g) Die Beklagte, die unstreitig selbst gewerblich tätig ist und im geschäftlichen Verkehr i.S. des § 14 II MarkenG handelt, haftet für die beanstandeten Rechtsverletzungen als Täter, jedenfalls als Gehilfe .

Diese Frage hängt davon ab, ob die Anbieter der rechtsverletzenden Kaufangebote ebenfalls im geschäftlichen Verkehr handeln und auch sonst alle Voraussetzungen einer täterschaftlich begangenen Markenverletzung erfüllen. Ist dies der Fall, dann versperrt diese Täterschaft des „Tatnächsten“ nach den allgemeinen Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere den Grundsätzen des „Täters hinter dem Täter“, die Annahme der Täterschaft auch der Beklagten. Handelt der Anbieter dagegen im privaten Verkehr, weist also allein die Beklagte das qualifizierende Merkmal des „Handelns im geschäftlichen Verkehr“ auf, haftet sie selbst als Täterin. Im Einzelnen:

aa) Auszugehen ist auch im Zivilrecht von der strafrechtlichen Täterschaft-/Teilnahmedogmatik (vgl. BGH NJW 2005, 3137, 3139; NJW 1998, 377, 381 f. m.w.N.; Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl. 2008, § 830 Rnrn. 3, 4; Staudinger/Eberl-Borges § 830 Rnrn. 11, 28, 38). Wenn die Beklagte auf die Kommentierung von

Wagner (MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 830 BGB, Rn. 6)verweist, wonach die strafrechtlichen Grundsätze nicht „unbesehen“ auf das zivilrechtliche Deliktsrecht übertragen werden dürfen, sondern es naheliege, die maßgeblichen Kategorien „restriktiver“ auszulegen als im Strafrecht üblich, vermag der Senat dieser offenbar singulär gebliebenen Literaturmeinung nicht zu folgen. Soweit dort eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1953 zitiert wird, verhält sich diese nur dazu, dass tatsächliche Feststellungen eines Strafgerichts nicht die Feststellungen eines Zivilgerichts präjudizieren. Dies ist selbstverständlich und hat mit der Anwendung von dogmatischen Rechtsgrundsätzen nichts zu tun. Insoweit vertritt der Bundesgerichtshof vielmehr in ständiger Rechtsprechung die Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze auch im Zivilrecht (BGH NJW 2005, 3137, 3139; NJW 1998, 377, 381 f. m.w.N.). Das das Zivilrecht eher restriktiver auszulegen sei, ist ebenfalls jedenfalls bislang nicht Stand der Rechtsprechung. Dieser Ansatz erscheint auch deshalb unzutreffend, weil das Strafrecht dem Schuldprinzip und den Prinzipien der strengen Gesetzesbindung unterworfen ist und deshalb ganz klare Feststellungen und Abstufungen bei der Frage der Täterschaft und Teilnahme verlangt, während das Zivilrecht sämtliche Teilnahmeformen einebnet und alle – ob Täter oder Teilnehmer – als gleich verantwortlich haften lässt, vgl. § 830 BGB (vgl. dazu auch BGH NJW 1998, 377, 381 f. sowie Staudinger/Eberl-Borges § 830 Rnrn. 27).

bb) Nach den hergebrachten und mithin auch im Zivilrecht geltenden Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme reicht es für eine täterschaftliche Haftung aus, wenn der tatbestandliche Erfolg kausal verursacht wird und – ggf. – vom Tatbestand vorausgesetzte täterqualifizierende Merkmale (hier z.B.: Handeln im geschäftlichen Verkehr) verwirklicht werden. Die Frage einer Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme stellt sich immer erst dann, wenn mehrere Menschen den Erfolg verursacht haben. Verursachen zwei Menschen völlig unabhängig voneinander den tatbestandlichen Erfolg, haften sie beide als

Nebentäter. Verursachen mehrere Menschen den Erfolg aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses in gemeinschaftlichem Zusammenwirken, liegt Mittäterschaft vor (§ 25 II StGB, § 830 I BGB). Leistet ein Mensch seinen Kausalbeitrag dergestalt, dass er den Tatentschluss eines anderen hervorruft, der dann sämtliche Merkmale des Tatbestandes in eigener Person verwirklicht, ist der Tatnächste, der sog. Vordermann, Täter und der Hintermann Anstifter (§ 26 StGB). Leistet der Hintermann dagegen einen Ursachenbeitrag dadurch, dass er den Vordermann mit Rat oder Tat Hilfe leistet und so die Tatausführung fördert, ist der Hintermann Gehilfe (§ 27 StGB). Verwirklicht der Vordermann sämtliche Merkmale des Tatbestandes in eigener Person, ist er immer Täter (§ 25 I, 1. Alt. StGB). Ein Hintermann, der ebenfalls einen Kausalbeitrag leistet und ebenfalls täterqualifizierende Merkmale in eigener Person verwirklicht (z.B. die Amtsträgereigenschaft oder eben ein Handeln im geschäftlichen Verkehr), kann – wenn keine Mittäterschaft vorliegt – dann nicht ebenfalls als Täter qualifiziert werden, denn die Tatherrschaft ist – jenseits der Mittäterschaft gem. § 25 II StGB – unteilbar, einen „Täter hinter dem Täter“ gibt es grundsätzlich nicht (vgl. dazu Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 25 Rn. 7). Fehlt bei dem Tatnächsten aber ein täterschaftsqualifizierendes Tatbestandsmerkmal – wie z.B. das „Handeln im geschäftlichen Verkehr“, dann kann der Hintermann als Täter handeln, denn der Vordermann ist eben nicht seinerseits Täter und kann deshalb den Hintermann nicht von der Täterqualifikation ausschließen. Der Hintermann ist dann (mittelbarer) Täter (§ 25 I 2. Alt StGB), er hat „normative Tatherrschaft“, weil er das vom Tatbestand vorausgesetzte täterqualifizierende Merkmal in eigener Person verwirklicht, während dies beim Vordermann nicht der Fall ist.

Nach diesen Grundsätzen gilt hier Folgendes:

bb) Handelt das Mitglied der Beklagten, welches markenverletzend Kinderhochstühle anbietet, selbst im

geschäftlichen Verkehr, ist es selbst Täter einer Markenverletzung, die Beklagte haftet dann unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe (1. Sachverhaltsalternative) .

(1) Die erforderliche Haupttat liegt vor, denn der im geschäftlichen Verkehr handelnde Anbieter, der einen nicht von der Klägerin hergestellten Kinderhochstuhl unter den Klagemarken anbietet, verstößt gegen § 14 II Nr. 1, III Nr. 2 MarkenG. Auch der erforderliche Vorsatz wird regelmäßig gegeben sein, denn die gewerblich handelnden Anbieter werden sämtliche Umstände auch kennen. Sollte dies in Ausnahmefällen nicht gegeben sein, würde der Anbieter also undolos handeln, würde dies an der Haftung der Beklagten nichts ändern. Denn dann käme wiederum eine täterschaftliche Verantwortlichkeit der Beklagten in Betracht. Der Anbieter wäre ein sog. „undolos handelnder Vordermann“, die Beklagte wäre mittelbarer Täter i.S. des § 25 I 2. Alt. StGB in Betracht. Auf die weiteren Ausführungen wird Bezug genommen.

Es bedarf deshalb keiner weiteren Vertiefung, dass für eine zivilrechtliche Teilnehmerhaftung jedenfalls dann, wenn – wie hier – Unterlassung für die Zukunft begehrt wird, ohnehin nur die vorsätzliche Mitwirkung an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Zuwiderhandlung durch einen Anderen erforderlich ist (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.6). Der in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 22.4.2008 bzw. 16.6.2008 erstmals beigebrachte und damit ohnehin verspätete neue Vortrag der Beklagten, der einen solchen Verletzungsvorsatz der Anbieter in Frage stellt (vgl. Bl. 567 f., 613) ist damit unerheblich.

(2) Eine Haftung der Beklagten als Täter kommt für den Fall, dass der Anbieter seinerseits im geschäftlichen Verkehr und mit Tätervorsatz handelt, nicht in Betracht.

Die Beklagte handelt zwar unstreitig selbst im geschäftlichen Verkehr, weist also die für § 14 MarkenG notwendige

Täterqualifikation auf. Auch hat sie „Tatherrschaft“, denn ohne die Zurverfügungstellung von Software und Speicherplatz, ohne die Betreuung der Anbieter durch ihre Mitarbeiter, ohne Bewerbung des Marktplatzes usw., also ohne alle Handlungen, welche in ihrer Gesamtheit das Betreiben des Internetmarktplatzes „e.de“ ausmachen, wären keine markenverletzenden Angebote der e-Mitglieder möglich. Weiter ist es der Beklagten als Garant rechtlich und tatsächlich möglich, proaktiv rechtsverletzende Angebote der Mitglieder zu löschen oder Mitglieder zu sperren, sie hat also auch „Unterlassungstatherrschaft“.

Eine Täterschaft der Beklagten in Form der Mittäterschaft scheidet mangels gemeinschaftlichen Tatentschlusses aus. Ebenso scheidet eine Nebentäterschaft aus, denn an dem dafür erforderlichen selbständig kausalen Tatbeitrag (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl. 2008, § 830 Rn. 1) fehlt es hier.

Die mithin allein denkbare mittelbare Täterschaft der Beklagten i.S. des § 25 I StGB scheidet aber ebenfalls aus. Denn es gilt der Grundsatz, dass ein Hintermann i.d.R. nicht mittelbarer Täter ist, wenn der unmittelbar Handelnde volldeliktisch, insbesondere irrtumsfrei und uneingeschränkt schuldfähig handelt und das Tatgeschehen beherrscht (Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 25 Rn. 7 m.w.N.). Einen „Täter hinter dem Täter“ kann es vielmehr nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, z.B. im Falle eines Handelns innerhalb staatlicher Machtapparate, geben (vgl. wiederum Fischer a.a.O. m.w.N.). Eine solche Ausnahmesituation liegt hier aber nicht vor.

Soweit vertreten wird, dass eine Teilnahme durch Unterlassen nicht möglich ist, sondern der Unterlassende immer als Täter haftet, folgt der Senat dem mit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, die auch bei Teilnahme durch Unterlassen die herkömmlichen Teilnahmeformen für möglich hält, nicht. Ebenfalls unerheblich ist die Auffassung, wonach ein Beschützergarant immer als Täter haftet, denn die Beklagte

ist Überwachergarant infolge der Eröffnung einer Gefahrenquelle. Eine weitere Vertiefung dieser Gesichtspunkte erscheint dem Senat entbehrlich.

Es bleibt also festzuhalten, dass die Beklagte zwar den Tatbestand einer täterschaftlich begangenen Markenverletzung erfüllt, allerdings die Täterqualifikation des Anbieters als Tatnächsten sie von einer täterschaftlichen Haftung ausschließt, so dass lediglich eine Gehilfenhaftung der Beklagten in Betracht kommt.

(3) Ausreichend, aber auch notwendig für eine Haftung als Teilnehmer ist weiter eine vorsätzliche Mitwirkung an der Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Zuwiderhandlung durch einen anderen (Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.6 m.w.N.).

(aa) Eine kausale Beihilfehandlung durch Unterlassen liegt, wie bereits festgestellt, vor: Würde die Beklagte Mitarbeiter einsetzen, die die Filterergebnisse mittels eines Bildabgleichs nachkontrollieren und dadurch als rechtsverletzend erkannte Angebote vor Einstellung in den allgemein zugänglichen Bereich des Internetmarktplatzes sperren würden, würde es – auch nach dem Vortrag der Beklagten – nicht zu den beanstandeten Markenverletzungen kommen.

(bb) Auch ein Beihilfevorsatz ist gegeben.

Eine Gehilfenstellung setzt zumindest einen bedingten Vorsatz voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (BGH GRUR 2004, 860, 863 f. – Internet-Versteigerung m.w.N.).

Vorliegend handelt die Beklagte mit dolus directus 2. Grades. Diese Vorsatzform ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter weiß oder als sicher voraussieht, dass er den Tatbestand verwirklicht, wobei unerheblich ist, ob ihm die als sicher vorausgesehene Tatbestandsverwirklichung auch erwünscht ist oder ob er sogar darauf hofft, der Erfolg werde ausbleiben

(Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 15 Rn. 7 m.w.N.).

Hier ist die Beklagte über Jahre – teilweise im Abstand von wenigen Wochen – im Rahmen des VeRI-Programms jeweils auf eine Vielzahl von streitgegenständlichen Verstößen hingewiesen worden, die Klägerin hat diese Verstöße auch abgemahnt. Die Hinweise und die Abmahnung waren auch hinreichend substantiiert. Sie enthielten jeweils die Beschreibung der konkret beanstandeten Angebote und den Beanstandungsgrund (Markenverletzungen bzw. – im Hinblick auf den Antrag zu I b) relevant: unlautere Bezugnahmen auf die Klagemarken). Die Beklagte weiß also, dass auf ihrem Internetmarkplatz bereits seit Jahren ständig und vielfach Kinderhochstühle in markenverletzender Weise angeboten werden. Da die Beklagte weiter weiß, dass die von ihr ergriffenen Vorkehrungen entweder nur reaktiv wirken (VeRI-Programm) bzw. durch den Einsatz eines Schlagwortfilters ohne manuelle Nachkontrolle mittels Bildabgleich nicht alle rechtsverletzenden Angebote herausgefiltert werden, muss sie vor dem Hintergrund der langjährigen und umfangreichen Beanstandungen durch die Klägerin sicher davon ausgehen, dass es auch in Zukunft ohne eine manuelle Nachkontrolle durch einen Bildabgleich zu weiteren Markenverletzungen kommen wird. Dies ist für den in die Zukunft wirkenden Unterlassungsanspruch hinreichend. Dabei ist unerheblich, dass die Beklagte aufgrund des Vollstreckungsdrucks des vorliegenden Verfahrens zeitweise und ggf. noch gegenwärtig eine solche manuelle Nachkontrolle vornehmen mag. Denn sie hält eine solche Kontrolle durch Mitarbeiter gerade für nicht zumutbar und hat diese für die Zukunft deshalb nicht rechtsverbindlich zugesagt. Die Beklagte hat auch nicht geltend gemacht, dass sie weitere markenverletzende Angebote in der Zukunft für ausgeschlossen, fernliegen oder auch nur für überraschend hält.

Nicht weiter ausgeführt werden muss, dass die Beklagte bei dieser Sachlage jedenfalls mit Eventualvorsatz handelt, denn aufgrund der dargestellten Umstände hält sie das Einstellen

weiterer derartiger markenverletzender Angebote auf ihrem Marktplatz zumindest konkret für möglich.

Der Annahme eines Beihilfevorsatzes steht nicht entgegen, dass die Verkaufsangebote auf der Internet-Handelsplattform e.de von den jeweiligen Anbietern mittels Software erstellt werden und die Beklagte diese Angebote vor Veröffentlichung bei regelmäßigem Verlauf des Einstellvorgangs nicht zur Kenntnis nimmt. Ebenso ist unerheblich, dass die Beklagte nicht weiß, wann und durch wen konkret weitere markenverletzende Angebote drohen. Für den Beihilfevorsatz reicht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nämlich aus, dass der Gehilfe die wesentlichen Merkmale (Unrechts- und Angriffsrichtung) der Haupttat erkennt; von deren Einzelheiten braucht er aber keine bestimmte Vorstellung zu haben (BGH NStZ 1997, 272, 273; Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 27 Rn. 22 m.w.N.). Einzelheiten der Tat („wann, wo, wem gegenüber und unter welchen Umständen“) muss der Gehilfe ebenso wenig kennen wie die Person des Haupttäters (vgl. BGH NStZ 2002, 145, 146; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 27. Aufl. 2006, § 27 Rn. 19 m.w.N.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2000, § 20 Rn. 242 = S. 838 m.w.N.). Jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, wo konkrete Verletzungsfälle in großer Zahl über Jahre regelmäßig beanstandet werden und auch das Unterlassungsbegehren auf konkret umschriebene Verletzungsfälle begrenzt wird, ist der Beihilfevorsatz hinreichend konkretisiert. Dies gilt jedenfalls, weil sogar ein bedingter Vorsatz ausreichend ist und hierfür ein sog. „sachgedankliches Mitbewusstsein“ genügt (Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 15 Rn. 4). Angesichts der ausgeführten Umstände, insbesondere der wiederholten Meldung von einschlägigen Rechtsverletzungen in der Vergangenheit, weiß die Beklagte um die wesentlichen Merkmale und die Unrechts- und Angriffsrichtung der Haupttat. Weiteres Wissen dahingehend, wann genau durch wen welches Fremdfabrikat in markenverletzender Weise unter Nutzung der Marktplatzsoftware auf den Internetmarktplatz eingestellt werden wird, ist für

einen Beihilfevorsatz nach den dargestellten Grundsätzen nicht erforderlich.

Dafür, dass der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in den Entscheidungen Internet-Versteigerung I und II einen von der dargestellten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen abweichenden engeren Begriff des Beihilfevorsatzes vertreten hat, ist nichts Zwingendes ersichtlich. Jedenfalls hat dies der I. Zivilsenat nicht kenntlich gemacht. Es liegt auch fern, speziell für das Marken- und Wettbewerbsrecht einen eigenständigen, engeren Begriff des Beihilfevorsatzes zu fordern und damit ohne Not die jahrzehntelang praktizierten und bewährten Grundsätze zu verlassen. Der erkennende Senat geht vielmehr davon aus, dass die Gründe, die den 1. Zivilsenat in den Entscheidungen Internet-Versteigerung I und II zur Verneinung eines Teilnehmervorsatzes veranlasst haben, in den Besonderheiten des jeweils zu entscheidenden Einzelfalles lagen. Hierfür spricht auch, dass der 1. Zivilsenat in der Entscheidung „jugendgefährdende Medien bei e“ (GRUR 2007, 890 ff., vgl. insbesondere Rn. 42 f.) sogar eine täterschaftliche (Unterlassungs-) Haftung der Beklagten gem. § 3 UWG annimmt und an eine Haftung lediglich als Gehilfe kaum höhere Anforderungen im subjektiven Bereich gestellt werden können.

Jedenfalls im vorliegenden Fall, der durch jahrelange, wiederholte und umfangreiche Beanstandungen einer Fülle von gleichartigen Rechtsverletzungen geprägt ist, kann an der Annahme eines – direkten – Beihilfevorsatzes der Beklagten nach alledem kein Zweifel bestehen.

Ob, wofür durchaus gute Gründe sprechen, im Übrigen ohnehin Köhler (in Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.16 a.E.) zu folgen ist, wonach es dem (Beihilfe-) Vorsatz gleichsteht, wenn der Handelnde sich bewusst einer Kenntnisnahme verschließt, bedarf hier nach alledem keiner Entscheidung.

(4) In dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.2008 macht die Beklagte weiter zu Unrecht geltend, eine Beihilfehaftung komme deshalb nicht in Betracht, weil hier die Grundsätze einer berufstypisch-neutralen Handlung anzuwenden seien.

In der Tat entspricht es der mittlerweile wohl herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass sowohl bei äußerlich neutralen Alltagshandlungen als auch bei berufstypischem Verhalten die bloße Verursachung der Haupttat mit dolus eventualis unter Umständen nicht als strafbare Beihilfe anzusehen ist. Es müssen dann besondere Voraussetzungen vorliegen, um eine Beihilfestrafbarkeit zu begründen. Um neutrale Handlungen aus der Teilnahmestrafbarkeit auszugrenzen, werden dabei zwei grundsätzlich verschiedene Lösungswege vorgeschlagen: Entweder es werden gesteigerte Anforderungen an den Vorsatz gestellt, die der Teilnehmer bezüglich der Haupttat aufweisen muss (subjektiver Ansatz, so jedenfalls im Ausgangspunkt u.a. der BGH, vgl. NStZ 2000, 34, r.Sp. unter 2.), oder aber es werden gesteigerte Anforderungen an die Qualität des Verursachungsbeitrages gestellt, wobei die Regeln über die objektive Zurechnung eines Erfolges herangezogen werden (objektiver Ansatz). Schließlich wird auch ein gemischter Ansatz vertreten (vgl. dazu den Überblick von Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 27 Rn. 16 ff. m.w.N.).

Zum einen kommt die Anwendung dieser Grundsätze bereits deswegen nicht in Betracht, weil die Beklagte nicht lediglich mit Eventualvorsatz handelt, sondern sicher weiß, dass in der Vergangenheit über Jahre regelmäßig und in großer Zahl Anbieter markenverletzende Angebote von Kinderhochstühlen über ihren Marktplatz anbieten, und dass dies deshalb ohne eine proaktive manuelle Kontrolle der durch Schlagwortfilter vorausgewählten Angebote mittels eines Bildabgleichs auch in Zukunft so sein wird. Bei einem solchen Wissen scheidet jedoch die Anwendung der Grundsätze der neutralen Beihilfehandlung

aus (vgl. BGH NStZ 2000, 34).

Es ist weiter bereits im Ansatz zweifelhaft, ob die genannten Grundsätze überhaupt auf Unterlassungsdelikte – um ein solches geht es hier – anwendbar sind. Denn ein Unterlassen, also ein „Nicht-Tun“, ist äußerlich für sich genommen immer „neutral“. Rechtlich relevant wird es erst, wenn man die tatsächliche Situation „dazu denkt“, welche die Garantenstellung (also das Näheverhältnis zum geschützten Rechtsgut bzw. das vorangegangene gefährliche Tun), die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsverhinderung, die Garantenpflicht, den Vorsatz etc. begründen. Wenn etwa eine Frau mittleren Alters im Garten Zeitung liest, ist dies sicherlich ein äußerlich „neutrales“ Verhalten. Erst das Mitdenken der weiteren Umstände, nämlich dass es sich um eine Mutter (also einer Garantin) handelt, deren kleiner Sohn im Haus eingeschlossen ist und der bereits seit Tagen nichts mehr zu Trinken bekommen hat, lässt die eigentliche rechtliche Dimension des „Unterlassens“ erkennen, nämlich u.a. eine (gefährliche) Körperverletzung durch Unterlassen. Gleiches verdeutlicht der berühmte Schulfall des „untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts“, bei dem sich die Mutter im Garten nicht von einem Schrei ihrer Tochter aus dem Haus („Hilfe, er bringt mich um!“) bei der Zeitungslektüre stören lässt, wobei der Schrei tatsächlich nur Teil eines Rollenspiels ist, das die Tochter mit Freunden im Haus gerade durchführt. Hier hängt die Strafbarkeit der Mutter allein davon ab, was sich in ihrem Kopf abspielt: Stellt Sie sich vor, ihre Tochter wird tatsächlich gerade umgebracht, begeht sie einen (untauglichen) Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts (§§ 212, 22, 23, 13 StGB), durchschaut sie die Situation, ist sie straflos. Dies alles bei einem äußerlich „neutralen“ Verhalten, nämlich dem Zeitunglesen im Garten. Es sind also die Gesamtumstände (dort: Garantenstellung der Mutter, Schrei der Tochter, Spielsituation; hier: Garantenstellung der Beklagten, Vielzahl von Beanstandungen einschlägiger Rechtsverletzungen in der Vergangenheit und Wissen um die Untauglichkeit der bisherigen

Maßnahmen zur Verhinderung von entsprechenden Rechtsverletzungen in der Zukunft) mit zu berücksichtigen. Dem entspricht es, dass der Bundesgerichtshof ausdrücklich verneint, dass eine generelle Straflosigkeit von „neutralen“, „berufstypischen“ oder „professionell adäquaten“ Handlungen in Betracht kommt. Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral. Fast jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden (NJW 2000, 3010, 3011 m.w.N.).

Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies: Es kommt nicht auf die „neutrale“, “berufstypische“ Handlung des Betreibens einer Internethandelsplattform an. Dieses Tun ist in der Tat deliktisch nicht relevant. Nach den normativen Grundsätzen des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ist vielmehr das hier maßgebende deliktische Verhalten das Unterlassen des proaktiven Einsatzes von Schlagwortfiltern nebst manueller Nachkontrolle, obwohl die Beklagte viele Male auf einschlägige Rechtsverletzungen hingewiesen wurde und deshalb auch für die Zukunft von weiteren Rechtsverletzungen sicher ausgehen muss und – dies hat sie nicht in Abrede gestellt – auch tatsächlich ausgeht.

Auch der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs scheint in den Internetversteigerungsfällen die Lehre vom neutralen Verhalten nicht für anwendbar zu halten. Denn sonst hätte er in den Fällen, in denen er einen Beihilfevorsatz verneint und deshalb „nur“ Störerhaftung als anwendbar angesehen hat, eine Haftung „erst Recht“ bereits wegen des „neutralen berufstypischen Verhaltens“ der Beklagten ablehnen müssen. Dasselbe gilt im Prinzip für die Entscheidung „jungendgefährdende Medien bei e“.

Im Übrigen ist zweifelhaft, ob diese restriktiven strafrechtlichen Grundsätze auf die bereits von Gesetzes wegen viel weiteren zivilrechtlichen Grundsätze des § 830 BGB (s.o.) anwendbar sind. Jedenfalls aber dürften sie für den hier interessierenden Unterlassungsanspruch unerheblich sein, der

bekanntlich verschuldensunabhängig ist.

(5) Es bleibt damit für die erste geprüfte Sachverhaltsalternative festzuhalten: Handelt das Mitglied der Beklagten, welches markenverletzend Kinderhochstühle anbietet, selbst im geschäftlichen Verkehr, haftet die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe.

cc) Nimmt man im Rahmen einer 2. Sachverhaltsalternative auf der Grundlage des Vorbringens der Beklagten dagegen an, dass die Anbieter nicht im geschäftlichen Verkehr handeln, sondern die Kinderhochstühle im Wege des Privatverkaufs veräußert haben, oder unterstellt man wiederum ausgehend vom Vortrag der Beklagten, dass die Anbieter selbst unvorsätzlich handeln und es auf diesen fehlenden Vorsatz auch rechtlich ankommt, dann ist die Beklagte als Täter verantwortlich.

Aus dem Vorstehenden folgt nämlich, dass die Beklagte als Täterin durch Unterlassen haftet, wenn dem Anbieter die besondere Täterqualifikation „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ fehlt (vgl. zum Sonderdeliktscharakter des UWG wegen des entsprechenden Merkmals der Wettbewerbshandlung Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.16; für das Markenrecht vgl. Köhler, GRUR 2008, 1, 6). Denn dann sperrt der Anbieter als „Tatnächster“ die Beklagte nicht mehr nach den Grundsätzen des „Täters hinter dem Täter“ von der Täterhaftung aus. Im Übrigen sind alle Voraussetzungen einer täterschaftlich begangenen Markenverletzung erfüllt: Die Beklagte verursacht als Überwachergarant durch Unterlassen adäquat kausal die Markenverletzungen der Anbieter, indem sie die Markenverletzungen nicht verhindert, obwohl ihr die Verhinderung möglich und zumutbar ist. Sie hat (normative und tatsächliche) Tatherrschaft, u.a. weist sie die Täterqualifikation eines Handelns im geschäftlichen Verkehr auf. Sollte – wie die Beklagte meint – ein Vorsatz der Anbieter fehlen (undoloses Werkzeug) und dies zudem rechtlich erheblich sein, dann würde sich die mittelbare Täterschaft

zusätzlich daraus ergeben, dass die Beklagte Tatherrschaft „kraft überlegenen Wissens“ aufweist. Die Beklagte hat schließlich auch selbst Verletzungsvorsatz in Form des dolus directus 2. Grades, weil sie aufgrund der Vielzahl von in der Vergangenheit aufgetretenen und ihr gemeldeten Verstöße und der Kenntnis von der nicht hinreichenden Wirksamkeit der ansonsten durchgeführten Maßnahmen wie dem alleinigen Einsatz von Filtersoftware, der Aufklärung der Mitglieder etc. sicher weiß, dass es ohne eine proaktive manuelle Nachkontrolle von Angeboten zu weiteren einschlägigen Markenverletzungen kommen wird.

4. Es ist nach alledem für die Haftung der Beklagten im Ergebnis mithin ohne Bedeutung, ob der Anbieter im geschäftlichen oder im privaten Verkehr handelt bzw. ob die Anbieter vorsätzlich oder unvorsätzlich handeln. Denn dies hätte nur Auswirkungen auf die Form der Haftung als Täter oder als Gehilfe.

Auf das Institut der „Störerhaftung“ kommt es nicht an. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob dieses Institut überhaupt noch eine rechtliche Relevanz hat oder ob nicht vielmehr eine Reihe von bislang als Fälle der Störerhaftung diskutierten Sachverhalten jedenfalls zum Teil in Wahrheit Fälle einer Beihilfe durch Unterlassen sind und sich deshalb mit den allgemeinen Grundsätzen von Täterschaft und Teilnahme lösen lassen. Denn aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, dass der Gesichtspunkt der „Verletzung einer zumutbaren Prüfungspflicht“ der Sache nach der Kern einer solchen Unterlassungshaftung als Gehilfe ist.

Auch sämtliche weiteren Streitpunkte der Parteien, etwa zur indiziellen Bedeutung eines Power-Seller-Status, der Anzahl von Bewertungen oder abweichender Angaben in der Angebotsbeschreibung wie z.B. „Privatverkauf“ sowie insgesamt die Frage, wer von den abgemahnten Anbietern im geschäftlichen Verkehr handelte und wer nicht, können also auf sich beruhen. Auch auf die Hilfsanträge der Klägerin muss nicht eingegangen

werden.

5. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist nach ständiger Rechtsprechung auch durch Regelungen des TDG bzw. des TMG nicht ausgeschlossen (vgl. nur BGH, Urt. v. 30.4.2008, I ZR 73/05, Rn. 38 – Internet-Versteigerung III m.w.N.)

II.

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Widerklage jedenfalls unbegründet ist. Denn selbst wenn die Abmahnung K 27/K 33 einzelne Privatanbieter umfasste, war die Abmahnung in einem solchen Fall jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil dann die Beklagte als Täterin für die beanstandeten Rechtsverletzungen verantwortlich war.

Im Übrigen schließt sich der Senat den Erwägungen des Landgerichts an, wonach jedenfalls die Abwägung der widerstreitenden Interessen einem Anspruch der Beklagten entgegensteht. Die Beklagte kann nicht auf der einen Seite Rechteinhaber im Rahmen des VeRI-Programms auffordern, Rechtsverletzungen unabhängig von der Frage zu melden, ob der Anbieter im geschäftlichen Verkehr handelt, auf der anderen Seite ein VeRI-Mitglied, das dies dann tut, mit einer Unterlassungsklage überziehen, die die Abmahnung von Privatverkäufen zum Gegenstand hat. Auf die zutreffenden Erwägungen des Landgerichts wird Bezug genommen.

Der Widerklageantrag benennt als konkrete Verletzungshandlungen zudem die Verwendung von „wie“ bzw. „ähnlich“ den Klagemarken, obwohl dieser Vorwurf gar nicht Gegenstand der Abmahnung K 27 war. Es ist also schon die Begehungsgefahr problematisch. Selbst wenn man – wegen der Beanstandung derartiger Verstöße gegen das UWG im Rahmen des VeRI-Programms (was allerdings zulässig ist, siehe oben) eine Erstbegehungsgefahr annehmen wolle, ist dies deswegen unerheblich, weil das von der Beklagten zur Begründung der Widerklage bemühte Institut der „unberechtigten

Schutzrechtsverwarnung“ ohnehin nicht auf Verstöße gegen § 6 II UWG Anwendung findet, sondern nur auf die Geltendmachung der Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten sowie ggf. gem. § 4 Nr. 9 UWG geschützter Leistungspositionen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 4 Rn. 10.169). Der auf die Beanstandung der Meldungen von Angeboten mit „wie“ bzw. „ähnlich“ abzielende Teil des Widerklageantrags ist also auch aus diesem Grunde unbegründet.

III.

Gegenstand der Berufung ist außerdem der Unterlassungsantrag gemäß I b) . Die gegen die Verurteilung durch das Landgericht angeführten Berufungsangriffe der Beklagten greifen auch insoweit nicht durch.

1. Gegenstand des Antrags zu I. b) ist die Unterlassung, im Internet für Internetbenutzer in Deutschland zugängliche Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren und/oder zu bewerben, in denen Kinder-Hochstühle angeboten werden, bei denen es sich nicht um den in der Anlage zum Tenor dargestellten Original-„Tripp Trapp“-Stuhl von der Klägerin handelt, sofern 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

Gegenstand des Antrags sind wiederum, wie die Klägerin klargestellt hat, nicht Ident-Plagiate, die als solche nicht erkennbar sind. Ebenso hat die Klägerin klargestellt, dass mit der Wendung „im Internet“ die Aktivitäten der Beklagten „auf dem und/oder für den Markplatz e“ gemeint sind. Damit ist der Antrag, der zudem durch die einbezogene Abbildung des Originalstuhls und die Klagebegründung weiter konkretisiert wird, hinreichend bestimmt.

Die erforderliche Begehungsgefahr für eine Verletzung aller im Antrag aufgeführten Klagemarken ist unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gegeben, eine Verletzung ist unstreitig für alle antragsgegenständlichen Alternativen durch die von der Klägerin eingereichten Anlagen nachgewiesen. Auch im Hinblick auf die Antragsalternative „ähnlich Trip Trap“ hat die Klägerin einen Verletzungsfall nach Hinweis des Senats in der ersten mündlichen Berufungsverhandlung vom 21.2.2008 durch Einreichung der Anlagen K 76, K 77 belegt. Dies rügt die Beklagte zwar als verspätet, bestreitet diesen Fall aber nicht substantiiert, so dass für eine Zurückweisung wegen Verspätung ohnehin kein Raum ist. Im Übrigen ist eine Begehungsgefahr auch für diese Antragsalternative jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der drohenden Erstbegehung zu bejahen.

2. Der Antrag zu I b) rechtfertigt sich aus §§ 3, 6 II Nr. 6 UWG.

Danach handelt unlauter i.S. des § 3 UWG, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.

a) Das Angebot von Kinderhochstühlen, die nicht von der Klägerin hergestellt wurden, auf dem Internetmarkplatz der

Beklagten unter den antragsgegenständlichen Formulierungen „wie“ oder „ähnlich“ Stokke, Tripp Trapp oder Trip Trap stellt eine solche unlautere Werbung dar.

aa) Zu Recht hat das Landgericht in einer solchen Formulierung eine vergleichende Werbung gesehen. Dies wird auch durch die Berufung nicht in Frage gestellt.

bb) Die in den angegriffenen Angeboten in Bezug genommenen Stühle sind durch die Formulierungen „wie“ sowie „ähnlich“ auch als Imitation oder Nachahmung des Originalprodukts „Tripp Trapp“, „Trip Trap“ bzw. „Stokke“ dargestellt worden.

Da der Tatbestand allerdings eine anlehnende Werbung nicht verbieten will, ist eine enge Auslegung geboten. Eine bloße Gleichwertigkeitsbehauptung ohne Nachahmungsberühmung ist nicht tatbestandsmäßig. Erforderlich ist vielmehr eine „offene“ Darstellung als Imitation oder Nachahmung (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 6 Rn. 82; Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 Rn. 271 ff.). Allerdings ist keine Beschränkung der Vorschrift des § 6 II Nr. 6 UWG auf eine „offene“ Imitationswerbung in dem Sinne erforderlich, dass nur Werbeaussagen erfasst werden, bei denen explizit die Bezeichnungen „Imitation“ oder „Nachahmung“ verwendet werden. 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, wobei für die Beurteilung auf die mutmaßliche Wahrnehmung des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist (BGH GRUR 2008, 628, 631 – Imitationswerbung).

Entsprechend liegt der Fall hier: Die streitgegenständlichen Bezugnahmen erwecken den Eindruck, dass die angebotenen Stühle den Originalen nachempfunden sind. Die Wendungen „ähnlich“

oder „wie“ suggerieren eine Nachahmung, es wird nicht konkret auf bestimmte Eigenschaften des Originals Bezug genommen und eine Gleichwertigkeit behauptet, sondern es wird pauschal eine Nachahmung suggeriert. Dies kann der Senat aus eigener Anschauung entscheiden, denn seine Mitglieder gehören zum angesprochenen Verkehrskreis.

Zu Unrecht meint die Beklagte, die Tatbestandserfüllung setze ein ausdrückliches Bezeichnen als „Nachahmung“ bzw. „Imitation“ voraus. Diese Frage hat der Bundesgerichtshof – wie ausgeführt – jüngst ausdrücklich verneint (a.a.O. GRUR 2008, 628, 631 – Imitationswerbung). Der von der Vorschrift missbilligte Prestigetransfer kann sich vielmehr schon dann ergeben, wenn nicht die Begriffe „Imitation“ oder „Nachahmung“ verwendet werden, sondern wenn sich diese Aussage implizit aus der Darstellung ergibt (Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 Rn. 278 m.w.N.). So liegt es auch hier. Von einem „ausdrücklichen“ Bezeichnen spricht auch nicht die Gesetzesbegründung, auf die sich die Antragsgegnerinnen stützen wollen. Selbstverständlich ist auch ein konkludentes Bezeichnen möglich, hiervon gehen zu Recht die zitierten Autoren aus.

Die wegen des weitgehenden Wortlauts der Vorschrift gebotene und einhellig geforderte teleologische Reduktion des § 6 II Nr. 6 UWG betrifft im Ausgangspunkt die Werbung für Generika und für Bauteile oder Ersatzteile, denn insoweit erfordern die Gesichtspunkte der Markttransparenz und der sachgerechten Verbraucherinformation eine restriktive Auslegung (vgl. Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 UWG Rnrn. 268, 269, 270, 274 f.; Heidelberger Kommentar zum WettbewerbsR-Plaß, § 6 Rn. 132; Harte-Henning-Sack, UWG, § 6 Rn. 160). Dabei geht es im Wesentlichen um Fälle, in denen die Baugleichheit oder die identische Zusammensetzung bei technischen oder chemischen bzw. pharmazeutischen Produkten herausgestellt wird (vgl. Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 UWG Rn. 272). Anders verhält es sich dagegen, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Werbende sich darauf beruft, dass ein mit der Funktionalität

nicht unmittelbar zusammenhängendes Design nach der Vorlage eines fremden Produkts erstellt wurde. Die Nachahmung ästhetischer oder geschmacklicher Aspekte von Produkten gehört nämlich zu den eigentlich vom Gesetzgeber „gemeinten“ Fällen des Prestigetransfers (Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 UWG Rn. 273).

cc) Zu Unrecht macht die Berufung weiter geltend, die Anwendbarkeit des § 6 II Nr. 6 UWG sei durch das MarkenG gesperrt. Der Senat nimmt insoweit zunächst auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „Imitationswerbung“ Bezug (BGH GRUR 2008, 628, 629 f.).

Ergänzend bleibt auszuführen: Die Vorschriften des Markengesetztes sind schon deshalb nicht vorrangig, weil ein Kennzeichenschutz tatbestandliche Voraussetzung des § 6 II Nr. 6 MarkenG ist („geschützten Kennzeichen“) und der Anwendungsbereich dieser Vorschrift dadurch bestimmt wird, dass eine offene Nachahmung vorliegt, was wiederum nur möglich ist, wenn sie nicht durch ein bestehendes Schutzrecht verhindert werden kann (Fezer-Koos, Lauterkeitsrecht, § 6 UWG Rn. 262). Es geht mithin gerade um Fälle, bei denen das MarkenG keinen Verbotstatbestand bereit hält, etwa weil es an einer markenmäßigen Verwendung fehlt bzw. eine beschreibende Verwendung i.S. des § 23 MarkenG vorliegt. Genau diese Schutzlücke soll § 6 II Nr. 6 UWG schließen. Der BGH nennt in der Entscheidung „Imitationswerbung“ ferner den Fall, dass eine Markennennung gar nicht ausdrücklich erfolgt, sondern nur ein Vergleich durch mittelbare Bezugnahme vorliegt (a.a.O. Rn. 16).

b) Die Beklagte haftet für diese Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht als Täter bzw. Gehilfe.

aa) Auch das Wettbewerbsrecht ist ebenso wie das Markenrecht Sonderdeliktsrecht, denn nicht jedermann, sondern nur derjenige, der eine Wettbewerbshandlung vornimmt, ist Normadressat und kann damit Täter sein (vgl.

Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.16). Mithin kommt es für die Frage, nach welcher Kategorie die Beklagte haftet, auch hier wieder darauf an, ob der Anbieter im geschäftlichen oder im privaten Verkehr handelt.

bb) Soweit die Beklagte in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 22.4.2008 und16.6.2006 im Hinblick auf die Anbieter offenbar einen Verletzervorsatz in Abrede stellen will, indem ein rein angebotsbeschreibender Gebrauch der Klagemarken behauptet wird, ist dies auch im Hinblick auf den Tatbestand des § 6 II Nr. 6 UWG unerheblich. Zum einen reicht bekanntlich für den Vorsatz in Bezug auf normative Tatbestandsmerkmale die Kenntnis der Sachverhaltsumstände aus, wobei eine Parallelwertung in der Laiensphäre hinzukommen muss. Es liegt auf der Hand, dass die Bewerbung eines nicht von der Klägerin hergestellten Stuhls als „wie Stokke“ oder „ähnlich Stokke“ genau deshalb erfolgt, um den von § 6 II Nr. 6 UWG gerade untersagten Imagetransfer vorzunehmen. Dies weiß der Anbieter jedenfalls laienhaft auch. Deswegen formuliert er ja so. Außerdem verbietet die Beklagte in ihren Bedingungen die an Marken angelehnte Werbung sogar ausdrücklich und führt jedem Anbieter ein entsprechendes Verbot sogar ausdrücklich vor Augen. Letztlich kommt es aus den ebenfalls bereits ausgeführten Gründen auf den Vorsatz der Anbieter bei dem hier geltend gemachten Unterlassungsantrag aber ohnehin nicht an.

cc) Eine eigene Wettbewerbshandlung i.S. des § 2 I Nr. 1 UWG ist für eine Beihilfehaftung zwar nicht erforderlich (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 Rn. 2.6). Sie ist hier allerdings unter dem Gesichtspunkt der Förderung fremden Wettbewerbs (vgl. § 2 I Nr. 1 UWG: „zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens“) gegeben. Die Beklagte stellt ihren Mitgliedern aus eigenem Provisionsinteresse die Internethandelsplattform zur Verfügung, sie verdient eine Verkaufsprovision nur dann, wenn über ihre Plattform Geschäfte getätigt werden. Die

Beklagte bietet zudem u.a. gewerblichen Anbietern von Konkurrenzprodukten eine Auktionsplattform im Internet und greift damit unmittelbar in die Absatzchancen der Klägerin ein. Aus dem Vorstehenden, insbesondere aus dem Provisionsinteresse ergibt sich zugleich, dass die Beklagte auch ein eigenes Absatzinteresse hat und damit auch den eigenen Wettbewerb fördert.

c) Dadurch, dass die Beklagte als Garant infolge der Eröffnung einer Gefahrenquelle die proaktiven Nachkontrolle der Filterergebnisse durch Mitarbeiter mittels eines Bildabgleichs unterlässt, liegt eine kausale Verletzungshandlung durch Unterlassen vor.

d) Die Beklagte handelt auch mit Täter- bzw. Gehilfenvorsatz. Die Erfolgsverhinderung durch eine proaktive manuelle Nachkontrolle ist der Beklagten ferner möglich und zumutbar. Auf die vorstehenden Darlegungen zum Antrag zu I a) wird Bezug genommen.

Ergänzend bleibt nur auszuführen, dass sich im Hinblick auf den Antrag zu I b) das Zumutbarkeitsproblem weit weniger gravierend stellt. Denn nach der Darstellung der Beklagten anlässlich der Präsentation in der zweiten Berufungsverhandlung dürfte bereits die Filtersoftware die antragsgegenständlichen Schlagworte „wie“ und „ähnlich“ in der „und-Kombination“ mit den antragsgegenständlichen Marken vollständig erfassen. Da die Fälle, in denen Mitglieder ihren Original Tripp-Trapp-Kinderhochstuhl mit Wendungen „wie Tripp Trapp“ bzw. „ähnlich Tripp Trapp“ usw. anbieten, nicht wirklich relevant werden dürften, wäre ein manueller Bildabgleich regelmäßig gar nicht mehr erforderlich.

Letztlich kann aber auch diese Frage auf sich beruhen. Denn selbst ein solcher dem Filtereinsatz nachgeschalteter Bildabgleich durch Mitarbeiter wäre der Beklagten aus den oben genannten Gründen zumutbar. Die Beklagte hat auch insoweit keinerlei Umstände substantiiert vorgetragen, die den Schluss

darauf zuließen, dass ihr der Einsatz von Mitarbeitern zur Vermeidung der mit dem Antrag zu I b) beanstandeten Verletzungen des Wettbewerbsrechts nicht zuzumuten sei.

IV.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

Eine Zulassung der Revision ist veranlasst (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung und die Entscheidung des Revisionsgerichts ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.