Ausfertigung

Geschäftsnummer:
2 U 91/11
17 O 73/11
Landgericht Stuttgart

Verkündet am
19. April 2012
Friedrich, JFA
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Stuttgart

2. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

KWICK! Community GmbH & Co. KG
vertreten durch d. KWICK! Community Beteiligungs-GmbH, vertr. d. d. GF Jens Kammerer
Werkstr. 24, 71384 Weinstadt

- Klägerin / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltskanzlei Zacharias-Langhans, Torstraße 222, 10115 Berlin (kwi-009.3/2010)

gegen

Sedo GmbH
vertreten durch d. GF Tim Schumacher, Ulrich Priesner, Marius Würzner, Liesbeth Mack-de Boer, Andreas Janssen
Im Mediapark 6, 50670 Köln

- Beklagte / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Greyhills u. Koll., Aachener Str. 1, 50674 Köln (03004-11.ul.nn)

wegen Erstattung von Abmahnkosten wegen Markenverletzung

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2012 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Ruf
Richter am Oberlandesgericht Dr. Hofmann
Richter am Oberlandesgericht Holzer

für **Recht** erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 28.07.2011 dahin abgeändert, dass die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt wird, an die Klägerin 1.580 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 08.05.2010 zu zahlen.

2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen tragen die Klägerin 13/100 und die Beklagte 87/100.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
   Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages erbringt.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE:

I.

1.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, einer Internetdienstleisterin, die Erstattung von Kosten für deren Abmahnung wegen Verletzung ihrer EU-Wortmarke „KWICK“ und der deutschen Wortmarke „KWICK“, an der sie eine exklusive Lizenz besitzt, durch eine im Rahmen des Domainparking-Programms der Beklagten zum Abruf stehende Domain www.kwwick.de. Auf der unter dieser Adresse zugänglichen Homepage wurde für Unternehmen geworben, welche mit der Klägerin in unmittelbarem Wettbewerb stehen.

2.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage sei zulässig. Das Landgericht Stuttgart sei sachlich und örtlich gemäß §§ 14, 125 e, 140 MarkenG; § 13 Abs. 1 Nr. 2 ZuVOJu; § 32 ZPO zuständig, da die gegen den Kennzeichenverletzer gerichtete Klage auf Erstattung der Abmahnkosten stets Kennzeichenstreitsache i.S.v. § 140 MarkenG sei und die markenrechtliche Verletzungshandlung bestimmungsgemäß deutschlandweit über das Internet und damit auch in Stuttgart als Erfolgsort erfolgt sei.

Die Klage habe auch in der Sache Erfolg. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, auf die E-Mail vom 12.04.2010 zu reagieren und die Markenverletzung zeitnah abzustellen. Im Zeitpunkt der Abmahnung habe der Klägerin gegen die Beklagte bereits ein Unterlassungsanspruch zugestanden (Art. 6, 9 GMV; §§ 4, 14 Abs. 1, Abs. 5, 15 Abs. 1 u. 5 MarkenG), so dass sie jedenfalls aus Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet gewesen sei, die Abmahnkosten zu erstatten.

Die Beklagte habe zu diesem Zeitpunkt als Störerin gehaftet, da sie die ihr obliegenden Prüfungspflichten verletzt habe. Zwar habe sie keine allgemeine Prüfungspflicht getroffen, sie habe jedoch durch die Übersendung der E-Mail vom 12.04.2010 eine Prüfpflicht auslösende Kenntnis von einer etwaigen Markenverletzung einer ihrer Kunden erlangt.

Die Empfänger der Mail seien Angestellte bzw. Beauftragte i.S.d. Rechtsprechung gewesen, denn Beauftragter sei, wer in die betriebliche Organisation in der Weise eingegliedert sei, dass der Erfolg seiner Geschäftstätigkeit dem Betriebsinhaber zugutekomme und dieser einen bestimmenden durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des Beauftragten habe, in deren Bereich das beanstandete Verhalten falle.

Die Mail-Adresse, an welche diese E-Mail geschickt worden sei, sei im Impressum der Beklagten angegeben gewesen. Diese sei deshalb verpflichtet gewesen, ihren Betrieb so zu strukturieren, dass unter dieser Adresse eingehende Mails ggf. selbstständig an die Rechtsabteilung weitergeleitet werden würden. Da sich aus dem Inhalt der Mail ergebe, dass eine Markenverletzung beanstandet wird, sei eine Weiterleitung an die Rechtsabteilung der Beklagten ohne Weiteres möglich gewesen. Werde ein solcher Hinweis an die Beklagte herangetragen, liege es in ihrer Verantwortung als Dienstleister der Seite, auf welcher die Markenrechtsverletzung begangen werde, zu überprüfen und die Rechtsverletzung ggf. schnellstmöglich zu unterbinden.

Die Angabe der E-Mail-Adresse legal@sedo.de auf der Seite für die Meldung der Rechtsverletzung begründe keine Pflicht, die Meldung an diese Adresse zu senden. Eine Zuordnung der eingegangenen E-Mail zur Rechtsabteilung wäre hier problemlos möglich gewesen; den Angestellten im Kundensupport werde nicht die Beantwortung einer komplexen juristischen Frage zugemutet, sondern lediglich, dass er beim Lesen des Hinweises auf eine Verletzung von Markenrechten eine solche Mail an die Rechtsabteilung weiterleite. Dies sei aber nicht erfolgt. Die Hinweise der Beklagten auf mögliche Fälschungen oder fehlende Authentizität bzw. Legitimation der Verfasserin der E-Mail hätten keinen Erfolg, da es hierfür keinerlei Anzeichen gegeben habe.

Der Beklagten sei die Prüfung, ob eine Markenverletzung vorgelegen habe, auch zuzumuten. Der Hinweis in der E-Mail sei ausreichend gewesen. Die Vorlage der Markenurkunde habe hingegen die Beklagte nicht fordern können. Über eine entsprechende Recherche im Internet sei problemlos feststellbar, wer Markeninhaber sei. Da die Klägerin Inhaberin der Gemeinschaftsmarke gewesen sei, spiele es auch keine Rolle, dass sie bezüglich der deutschen Marke lediglich Lizenznehmerin gewesen sei, was über eine Internetrecherche nicht feststellbar gewesen wäre. Diese Arbeit müsse der Verletzte der Beklagten, weil Teil der dieser selbst obliegenden zumutbaren Prüfungspflichten, nicht abnehmen.

Dies gelte jedenfalls vorliegend in einem Fall, in welchem die Klägerin eine offensichtlich ihre Namens- und Markenrechte beeinträchtigende Tippfehler-Domain unter Hinweis auf die Einblendung von Werbung eines direkten Konkurrenten beanstandet habe. Daher habe es der Beklagten oblegen, über eine Markenrecherche die Waren- und Dienstleistungsklassen zu erfahren und zu vergleichen, ob die Domain die geschützten Geschäftsfelder betreffe.

Die Zeitspanne von über zwei Wochen bis zur Abmahnung sei auch ausreichend gewesen, die Störung abzustellen. Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung „Vorschau Bilder" des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08). Soweit darin ausgeführt werde, ein die Haftung auslösender Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung müsse dem Betreiber einer Suchmaschine eine ausreichende Klarheit über die urheberrechtliche Berechtigung des Mitteilenden verschaffen, beruhe dies darauf, dass es für Urheberrechte kein Register gebe, weshalb bei diesen besondere Anforderungen zu stellen seien.

Die Abmahnung sei auch nicht treuwidrig gewesen und der Klägerin sei auch kein Mitverschulden anzulasten.

Die Klägerin sei auch nicht verpflichtet gewesen, mitzuteilen, dass sie nicht bereit sei, entsprechende Markenurkunden vorzulegen und einen weiteren Nachweis zu erbringen. Da mehr als die E-Mail vom 12.04.2010 seitens der Klägerin nicht erforderlich gewesen sei, habe es dann der Beklagten oblegen, entsprechend zu handeln. Sie habe trotz ihrer Anfrage nicht erwarten können, dass die Klägerin die entsprechenden Markenurkunden vorlegt oder überhaupt noch vor einer Abmahnung auf ihre E-Mail reagiere.

Der Geschäftswert von 75.000 € sei nicht zu beanstanden, nachdem es sich bei der Klägerin gerichtsbekannt um eine sehr erfolgreiche Internetplattform handele.

Auch die Zubilligung der 1,5-fachen Geschäftsgebühr habe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (IX ZR 110/10) zu erfolgen.

Da die Beklagte die Zahlung der Klagforderung ernsthaft und endgültig verweigert habe, wandele sich der Freistellungsanspruch der Klägerin in einen Zahlungsanspruch um, weshalb dahinstehen könne, ob die Klägerin die Gebühren tatsächlich ausgeglichen habe.

3.
Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr Begehren vollständiger Klagabweisung weiter verfolgt.

Das Landgericht habe die Tatbestandsvoraussetzungen von § 10 TMG verkannt bzw. sich damit überhaupt nicht auseinandergesetzt. Es übersehe, dass sie nach der E-Mail der Sekretärin der Klägerin gerade noch keine positive Kenntnis von der Rechtsverletzung i.S.v. § 10 Nr. 1 TMG gehabt habe, welche den Anwendungsbereich der §§ 683, 670 BGB erst eröffnet hätte.

Noch zutreffend stelle das Landgericht darauf ab, ob sie auf eine Art und Weise Kenntnis von einer Rechtsverletzung erlangt habe, welche eine Prüfungs- oder Reaktionspflicht ausgelöst hätte. Dies sei aber aufgrund der E-Mail vom 12.04.2010 nicht der Fall gewesen. Kenntnis i.S.v. § 10 TMG meine positive Kenntnis und nicht fahrlässige Unkenntnis. Der Diensteanbieter sei nicht verpflichtet, die übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine Rechtswidrigkeit hinweisen würden.

Es sei lebensfremd anzunehmen, bei einem Unternehmen mit über 1.000.000 Kunden wie dem ihren seien rechtlich relevante Inhalte oder Erklärungen an die allgemeine Kontaktadresse zu senden. Die E-Mail-Adresse ihrer Rechtsabteilung sei der Klägerin aus der Vergangenheit bekannt gewesen ebenso wie der Umstand, dass sie eine „policy" zum Schutz von Drittrechten seit dem Jahr 2007 habe. Auch auf ihrer Website sei die bereits mehrfach erwähnte E-Mail der Rechtsabteilung aufgeführt.

Die Einrichtung des Programms diene dazu, Dritten die Möglichkeit zu geben, sie von etwaigen Verletzungshandlungen unter Vorlage der Markenurkunde in Kenntnis zu setzen. Über die Suchfunktionen auf ihrer Website sei jede Domain, welche in ihrer Datenbank eingetragen sei, ermittelbar. Richtigerweise hätte die Klägerin als Rechteinhaberin von dieser Möglichkeit Gebrauch machen müssen. Biete der Diensteanbieter ein derartiges Programm an, müsse es auch genutzt werden. Positive Kenntnis ihrerseits habe damit erst aufgrund der Angaben in der Abmahnung vorgelegen.

Um auch die E-Mail vom 12.04.2011 als substantiierten haftungskonkretisierenden Ersthinweis einzustufen, hätte es zumindest der Nennung einer konkreten Registermarke bedurft, welche sie dann erst in die Lage versetzt hätte, zu prüfen, ob Zweifel an der Forderung zur Entfernung von Inhalten bestanden. Ohne die konkrete Marke (Kopie der Urkunde oder Benennung der Registernummer mit Register) könne der Diensteanbieter nicht prüfen, ob es sich um eine Marke der Klägerin handele, für welche Waren und Dienstleistungen und für welches Territorium sie Schutz genieße, ob die Marke die bessere Priorität als Domain habe, ob bei der Domain eine markenmäßige Benutzung vorliege, auf welche Gegenrechte mit welcher Priorität und für welches Territorium sich der Domaininhaber berufen könne, ob die Schutzschranke von § 23 MarkenG eingreife und ob damit schließlich eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr zu bejahen sei.

Die Klägerin habe durch die Antwort-E-Mail klar den Hinweis erhalten, dass aus ihrer Sicht die E-Mail vom 12.04.2010 noch keine hinreichende Mitteilung dargestellt habe. Gleichzeitig habe sie klargemacht, sofort nach Vorlage einer Markenurkunde in die rechtliche Prüfung einzusteigen. Nach Treu und Glauben habe die Klägerin deshalb nicht annehmen können, die Beklagte werde sich in irgendeiner Weise weigern, eine mögliche Rechtsverletzung durch einen Dritten zu beseitigen. Zu bedenken sei auch, dass es anders als bei den Plagiaten bei eBay nicht um klassische, leicht identifizierbare und aufspürbare Fälle der markenrechtlichen Doppelidentität gehe, sondern um rechtlich streitige Fallkonstellationen im Rahmen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr. Vorliegend sei die beanstandete Domain anders geschrieben worden als die Marke der

Klägerin. Sie habe die unter der Domain vom Domaininhaber geschalteten Werbelinks prüfen müssen. Dies sei nicht möglich gewesen, da die Klägerin die konkreten Informationen zu ihren Marken nicht mitgeteilt und - insoweit entscheidend - auch auf ihre Nachfrage unter Verletzung ihrer Antwortpflicht in dieser Sonderbeziehung nicht zur Verfügung gestellt habe. Es würde für sie den Bereich des Zumutbaren bei Weitem überspannen, wenn sie künftig bei jedem unsubstantiierten Hinweis die Pflicht aufgebürdet erhalte, sofort umfangreich tätig zu werden, wohingegen es die Verpflichtung des Markeninhabers keineswegs überspanne, zumindest auf Nachfrage die Kopie einer Markenurkunde oder zumindest Register(Nummer) mitzuteilen. Dies sei mit dem vom Senat entschiedenen Fall vergleichbar, in dem der Abgemahnte die Vorlage einer Vollmacht verlange, was dieser für zumutbar gehalten habe.

Die Klägerin habe deshalb davon ausgehen müssen, dass sie, die Beklagte, entsprechend kooperativ sein und damit die Einschaltung eines Rechtsanwalts nicht notwendig werde. Nach Treu und Glauben hätte die Klägerin auf ihre Antwort-E-Mail zumindest noch einmal antworten müssen.

Auch der EuGH konkretisiere die Unterlassungspflichten dahingehend, dass eine allgemeine Pflicht zur Überwachung für von Kunden eingestellte Drittinformationen im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie (§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG) nicht bestehe (Urteil vom 12.07.2011 - „L'Oréal/EBay"), denn danach müsse der Hinweis des Rechteinhabers „genau und substantiiert" sein (a.a.O., Tz. 132), was dem Postulat der „hinreichenden Klarheit" bzw. der „konkreten Rechtsverletzung" im Sprachgebrauch des BGH entspreche. Für die „hinreichende Klarheit" bedürfe es mehr als der bloßen Behauptung, der Anspruchsteller sei der Berechtigte und derjenige, der den Inhalt in das Internet eingestellt habe, sei dazu nicht berechtigt gewesen.

Was den Ansatz der 1,5-fachen Gebühr betreffe, so habe das Landgericht die Ausführungen des BGH missverstanden und deshalb das RVG fehlerhaft angewendet, denn wie sich aus einer Zusammenschau der Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit der Entscheidung der Vorinstanz ergebe, seien die Ausführungen des Bundesgerichtshofs dahin zu verstehen, dass die Voraussetzungen für das Überschreiten der 1,3-fachen Gebühr im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall vorgelegen hätten und aus diesem Grund und nicht allein wegen der Toleranzgrenze die 1,5-fache Gebühr im damals entschiedenen Fall gerechtfertigt gewesen wäre. Allein der Umstand, dass die geltend gemachte Gebühr noch innerhalb der 20-%-igen Toleranzgrenze liege, entbinde den Rechtsanwalt nicht von der Darlegung, dass seine Tätigkeit umfangreich oder schwierig gewesen sei. Das habe die Klägerin erstinstanzlich nicht geltend gemacht, es sei auch nicht der Fall gewesen.

4.

Demgegenüber verteidigt die Klägerin das landgerichtliche Urteil unter Hinweis auf die Entscheidung „Stiftparfüm" des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 17.08.2011, I ZR 57/09).

Danach könne die Vorlage von Nachweisen oder Belegen nur dann gefordert werden, wenn schutzwürdige Interessen des Internetanbieters dies rechtfertigten, was etwa dann der Fall sein könne, wenn dieser nach den Umständen des Einzelfalls berechtigte Zweifel am Bestehen eines Schutzrechts, an der Befugnis zur Geltendmachung dieses Schutzrechts durch den Hinweisenden oder aber am Wahrheitsgehalt der mitgeteilten tatsächlichen Umstände einer Rechtsverletzung haben dürfe und deshalb aufwendige

eigene Recherchen anstellen müsste, um eine Rechtsverletzung hinreichend feststellen zu können. Dafür sei indes vorliegend nichts ersichtlich. Vor allem aber habe die Beklagte in ihren Reaktionen auf ihre E-Mail vom 12.04.2010 zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, Zweifel am Bestand oder Inhalt ihrer Marken, ihrer Berechtigung zur Geltendmachung der Rechte oder überhaupt Zweifel an ihren Angaben gehabt zu haben.

Die Beklagte wäre nach den vom Bundesgerichtshof in dem Urteil „Stiftparfüm" aufgestellten Grundsätzen (a.a.O., Tz. 32) als Abgemahnte nach Treu und Glauben gehalten gewesen, sie auf etwaige Zweifel hinzuweisen. Solche habe sie aber nicht vorgebracht und zwar bis heute nicht.

Berechtigte Zweifel hätten auch nicht vorliegen können, denn sie habe die Beklagte bereits dreimal im Jahr 2008 in nahezu identischen Fällen zur Sperrung der betreffenden Tippfehler-Domains (mit Werbung für unmittelbare Konkurrenten der Klägerin) aufgefordert und bei dem ersten Fall mit anwaltlichem Schreiben unaufgefordert sogar die Markenurkunden und die Lizenzvereinbarung vorgelegt.

Da es nach dem genannten Urteil (a.a.O., Tz. 36) auch unerheblich sei, ob sich die Rechtsverletzung vollständig aus dem beanstandeten Angebot ergebe oder aber wie regelmäßig die Kenntnis weiterer, nicht aus dem Angebot ersichtlicher Umstände hinzutreten müsse, seien vorliegend die Anforderungen, welche der BGH an einen hinreichenden Hinweis aufstelle, erfüllt.

Der Beklagten sei aufgrund ihrer E-Mail vom 12.04.2010 ohne weitere Nachforschungen bekannt gewesen, dass

- die beanstandete Tippfehler-Domain KWWICK der klägerischen Domain Kwick extrem ähnlich, ja klanglich und inhaltlich sogar identisch gewesen sei;
- auf der Domain „Kwwick" Werbung für Konkurrenz-Communities geschaltet gewesen sei;
- ihre Firma (ihr Unternehmenskennzeichen) im allein kennzeichnenden Bestandteil „Kwick" gelautet habe.

Unter Zugrundelegung dieser Informationen hätte die Beklagte, welche durch Provisionen (auch) von den rechtswidrigen Angeboten ihrer Kunden profitiere, mit wenigen „Klicks" (1. Kwick.de, 2. DPMA; 3. HABM; 4. Handelsregister-Bekanntmachungen) die Berechtigung des Hinweises auf die Rechtsverletzung abschließend verifizieren können und auch müssen; die Rechtsverletzung sei also vorliegend offenkundig und unschwer zu erkennen gewesen.

Was die Höhe der eingeklagten Forderung betreffe, so sei der Ansatz der 1,5-fachen Geschäftsgebühr angesichts der Komplexität der Rechtsmaterie angemessen. Im Übrigen sei die auf dieser Grundlage ermessensgemäß vorgenommene „Erhöhung der 1,3-fachen Regelgebühr auf eine 1,5-fache Gebühr nach der vom Landgericht zutreffend angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.01.2011 (IX ZR 110/10) einer gerichtlichen Überprüfung entzogen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrages im Berufungsverfahren wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie allerdings lediglich in Höhe eines Teilbetrags Erfolg.

1.

Zulässigkeitsbedenken gegen die Klage bestehen nicht bzw. sind jedenfalls beseitigt:

a)

Soweit die Beklagte in erster Instanz die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Stuttgart gerügt und diejenige des Landgerichts Düsseldorf wegen der behaupteten Gemeinschaftsmarkenverletzung behauptet hat, ist diesem Einwand schon wegen § 513 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz nicht nachzugehen. Anderes wäre nach einer teilweise vertretenen Ansicht (etwa OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 865 und OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 400, 403; anders Zöller-Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 513 Rn. 10) anzunehmen, wenn das Landgericht seine Zuständigkeit willkürlich angenommen hätte. Hierfür ist aber nichts ersichtlich.

b)

Dass die Klägerin eine Klage mit identischem Streitgegenstand zuvor beim Landgericht Düsseldorf erhoben und wieder zurückgenommen hat, steht der Zulässigkeit der Klage ebenfalls nicht entgegen. Die Einrede mangelnder Kostenerstattung nach § 269 Abs. 6 ZPO hat die Beklagte nicht erhoben; unstreitig sind ihr die Kosten des Vorprozesses erstattet worden.

c)

Zulässigkeitsprobleme im Hinblick auf die nach neuerer BGH-Rechtsprechung (Beschluss vom 24.03.2011, I ZR 208/09 GRUR 2011, 521 Tz. 8 ff. sowie nachfolgendes Urteil GRUR 2011, 1043 - TÜV II) geforderte Angabe der Reihenfolge der Schutzrechte, auf die ein Anspruch gestützt wird, bestehen jedenfalls nach der in der mündlichen Verhandlung vom 23.02.2012 erfolgten und protokollierten Klarstellung, dass insoweit die Darstellungsreihenfolge des landgerichtlichen Urteils übernommen werde, nicht (mehr).

2.

Der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten steht der Klägerin grundsätzlich zu:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Kosten einer begründeten und berechtigten Abmahnung aus Kennzeichenrecht nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 Abs. 1, 670 BGB erstattungsfähig (BGH, Urteil vom 09.11.2011, I ZR 150/09 Tz. 21 - *Basler Haar-Kosmetik* -; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., vor § 14-19 d Rdnrn. 296 f., jeweils mit zahlreichen Nachweisen). Begründet und berechtigt ist die Abmahnung, wenn dem Abmahnenden gegenüber dem Abgemahnten zum Zeitpunkt der Abmahnung der geltend gemachte Anspruch zustand und die Abmahnung dem Abgemahnten die Möglichkeit bot, eine gerichtliche Auseinandersetzung auf kostengünstigere Weise abzuwenden (BGH, Urteil vom 09.11.2011, I ZR 150/09 Tz. 21 - *Basler Haar-Kosmetik* - m.w.N.).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor:

a)

Nach den Feststellungen des Landgerichts besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, dass die vom Kunden der Beklagten verwendete Domain www.kwwick.de eine Verletzung der Kennzeichenrechte der Klägerin aus der Gemeinschaftsmarke darstellt. Hiergegen wendet sich die Berufung auch nicht. Allerdings ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass das Halten des Domainnamens für sich gesehen nicht notwendig die Voraussetzungen einer Verletzung der Marke oder des Unternehmenskennzeichens erfüllt (BGH, Urteil vom 09.11.2011, I ZR 150/09 Tz. 26 - *Basler Haar-Kosmetik*), vielmehr nur dann, wenn jedwede Belegung der unter dem Domainnamen betriebenen Webseite eine Verletzungshandlung darstellt, also auch eine Verwendung außerhalb der Branchennähe eines Unternehmenskennzeichens bzw. des Warenähnlichkeitsbereichs einer Marke (vgl. BGH, ebenda). Vorliegend ist aber der Umstand zu berücksichtigen, dass - insoweit unstreitig - auf der über die Domain www.kwwick.de zugänglichen Webseite kostenpflichtig für mit der Klägerin in direktem Wettbewerb stehende Unternehmen geworben wurde. Es lag ein Handeln des Domaininhabers im geschäftlichen Verkehr vor, der auf der unter dieser Domain zugänglichen Webseite kostenpflichtig Werbung schaltete und hierdurch Einnahmen generierte. Aufgrund der klanglichen Identität und der hohen

schriftbildlichen Ähnlichkeit und der Verwendung des Zeichens „Kwwick“ für identische oder nahezu identische Dienstleistungen, für welche die Gemeinschaftsmarke geschützt ist, ist Verwechslungsgefahr und damit eine Markenverletzung gegeben.

b)
Für diese Verletzung der Gemeinschaftsmarke haftet die Beklagte allerdings weder als Täterin noch als Teilnehmerin:

(1)
Ein Host-Provider, der wie die Beklagte ein Domain-Parking-Programm anbietet, wirkt hierdurch bei Kennzeichenverletzungen nicht bewusst und gewollt mit dem Domaininhaber zusammen (so auch der Bundesgerichtshof in der die Beklagte betreffenden Entscheidung „Sedo“, Urteil vom 18.11.2010, I ZR 155/09 Tz. 24 ff.). Allein durch die E-Mail vom 12.04.2010, mit der die Beklagte durch die Klägerin auf diese Verletzung durch einen ihrer Kunden hingewiesen worden war, hat sich hieran nichts geändert.

(2)
Ebenso scheidet eine Gehilfenhaftung aus, da diese neben einer objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraussetzt, welcher das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (BGH, Urteil vom 18.11.2010, I ZR 155/09 Tz. 32 - *Sedo* mit zahlreichen Nachweisen.). Es wäre also wiederum erforderlich, dass den bis zum Zeitpunkt der Abmahnung auf Seiten der Beklagten mit der Mail vom 12.04.2010 befassten Personen bewusst gewesen sein müsste, dass eine Verletzung der Gemeinschaftsmarke vorliegt. Das ist nicht ersichtlich.

c)
Die Beklagte hat aber für die Verletzung des Markenrechts - hier der Rechte der Klägerin aus der Gemeinschaftsmarke - als Störerin einzustehen:

(1)
Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt. Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser

Handlung hatte. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, welche die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere Prüfpflichten voraus. Ob und inwieweit dem Störer als in Anspruch Genommenen eine Prüfung zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung seiner Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat. Zu berücksichtigen ist auch, ob der als Störer in Anspruch genommene ohne Gewinnerzielungsabsicht zugleich im öffentlichen Interesse handelt oder aber eigene erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt.

Weiter ist zu berücksichtigen, ob die geförderte Rechtsverletzung eines Dritten aufgrund einer unklaren Rechtslage erst nach eingehender rechtlicher oder tatsächlicher Prüfung festgestellt werden kann oder aber für den als Störer in Anspruch Genommenen offenkundig oder unschwer zu erkennen ist (so zusammenfassend zu den Grundsätzen der Störerhaftung BGH, Urteil vom 17.08.2011, I ZR 57/09, Tz. 20 mit zahlreichen Nachweisen aus der neueren Rechtsprechung.).

(2)
Bei einem Host-Provider wie der Beklagten ergibt sich dabei aus § 7 Abs. 2 TMG (ergangen in Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr) keine allgemeine Prüfungspflicht vor einem Hinweis auf eine konkrete Rechtsverletzung (BGH, Urteil vom 18.11.2010, I ZR 155/09 Tz. 38 ff. unter B. I. 2. b dd (3) bis (6) der Gründe). Wie der Betreiber eines Online-Marktplatzes (dazu BGH, Urteil vom 17.08.2011, I ZR 57/09 Tz. 26 - *Stiftparfüm*) sind Host-Provider wie die Beklagte aber als Störer verantwortlich, sobald sie Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangen (BGH, Urteil vom 25.10.2011, VI ZR 93/10 Tz. 24).

(3)
Diese Grundsätze stehen im Einklang mit den Maßstäben, die der EuGH in der Entscheidung *„L'Oréal/eBay"* (Urteil vom 12.07.2011, C-324/09) aufgestellt hat (so mit ausführlicher Begründung BGH, Urteil vom 17.08.2011, I ZR 57/09 Tz. 22-25; ferner BGH, Urteil vom 25.10.2011, VI ZR 93/10 Tz. 24).

Danach ist ein Tätigwerden des Host-Providers nur veranlasst, wenn der Hinweis so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer, d. h. ohne eingehende rechtliche oder tatsächliche Überprüfung, festgestellt werden kann (BGH sowohl in der Entscheidung „Stiftparfüm" Tz. 28 wie auch in dem Urteil vom 25.10.2011, a.a.O., Tz. 26).

Dabei erfordert der Hinweis auf eine in diesem Sinne klare Rechtsverletzung grundsätzlich nicht die Vorlage von Belegen für die im Hinweis mitgeteilten Umstände; vielmehr ist dies nur dann erforderlich, wenn schutzwürdige Interessen des Providers solches rechtfertigen, was der Fall sein kann, wenn dieser nach den Umständen des Einzelfalls berechtigte Zweifel am Bestehen eines Schutzrechts, an der Befugnis zu dessen Geltendmachung oder am Wahrheitsgehalt der mitgeteilten tatsächlichen Umstände haben darf und deshalb aufwendige eigene Recherchen anstellen müsste, um eine Rechtsverletzung hinreichend sicher feststellen zu können (Entscheidung „Stiftparfüm" unter Tz. 31). Hat der Provider in diesem Sinne berechtigte Zweifel, ist er nach Treu und Glauben gehalten, den Anspruchsteller auf diese Zweifel hinzuweisen und nach den Umständen angemessene Belege für die behaupteten klaren Rechtsverletzungen und seine Befugnis zur Verfolgung dieser Verletzungen zu verlangen (BGH, a.a.O., Tz. 32).

d)

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt führt zu dem Ergebnis, dass die Klägerin berechtigt gewesen ist, die Beklagte durch das Abmahnschreiben vom 27.04.2010 als Störer in Anspruch zu nehmen, weil diese trotz der Mitteilungen in der E-Mail der Klägerin vom 12.04.2010 und der Aufforderung zur umgehenden Beseitigung der Störung untätig geblieben ist. Die Beklagte war nicht berechtigt, ein Tätigwerden erst von der Übersendung einer Kopie der Markenurkunde abhängig zu machen:

(1)

Mit dieser E-Mail hat die Beklagte die Information über die Identität der Klägerin erhalten, die Bezeichnung der von ihr in Anspruch genommenen Marke „Kwick" und die Mitteilung, dass auf der Seite www.kwwick.de eine Verletzung der Markenrechte erfolge, indem dort Werbung direkter Konkurrenten der Klägerin eingeblendet wird. Zwar fehlte eine Spezifizierung dahin, ob es sich um eine Gemeinschafts- oder eine deutsche Wortmarke oder beides handelt. Jedoch kann der Umstand, dass die Beklagte zur Iden-

tifizierung der Marken der Klägerin noch eine Markenrecherche beim DPMA und beim HABM hätte durchführen müssen, nicht als eine aufwendige Recherche zur hinreichend sicheren Feststellung einer Rechtsverletzung im Sinne der Entscheidung „Stiftparfüm" (Tz. 31) angesehen werden.

(2)
Das Verlangen der Vorlage einer Kopie der Markenurkunde kann hier auch nicht mit dem Bestehen berechtigter Zweifel am behaupteten Schutzrecht begründet werden. Hierbei ist zum einen beachtlich, dass sich die Markenbezeichnung „kwick" bereits in der Firmenbezeichnung der Klägerin wiederfindet. Ferner ist es unstreitig, dass die Klägerin bei der Beklagten bereits im Jahr 2008 mehrfach gehostete Tippfehler-Domains beanstandet und in diesem Zusammenhang mit der E-Mail vom 10.03.2008 (K 11) entsprechende Belege (Markenauszüge) vorgelegt hatte. Und eine weitergehende Prüfung der Verwechslungsgefahr war hier ohnehin nicht erforderlich, da es auch für die Beklagte auf der Hand liegen musste, dass eine solche Tippfehlerdomain, auf der Konkurrenzwerbung eingeblendet ist, die Rechte der Markeninhaberin verletzt.

(3)
Letztlich darf auch nicht außer Betracht bleiben, dass die Beklagte in ihrer Antwortmail vom 13.04.2010 zwar pauschal erklärt hatte, sie bitte um die Übersendung einer Kopie der Markenurkunde zur Prüfung, ob eine Markenrechtsverletzung vorliege. Eine Erklärung darüber, welche Art von Zweifel denn überhaupt noch auszuräumen wären und warum dies die Vorlage der Urkunde zur Ersparung eigener aufwendiger Recherchen erfordere, hat sie aber nicht abgegeben. Auch deshalb gibt es keinen Grund für die Annahme, die Klägerin habe sich vor einer Abmahnung erst einmal auf das Ansinnen der Beklagten einlassen müssen, ihr eine Kopie der Markenurkunde zu übersenden.

(4)
Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Klägerin es versäumt habe, sich für die Anzeige des Rechtsverstoßes des von der Beklagten hierfür vorgehaltenen sog. „Rights Protection Programms" zu bedienen bzw. die entsprechende E-Mail wenigstens an die Adresse der Rechtsabteilung statt - wie geschehen - an die allgemeine Kontaktadresse zu senden. Dieses Argument scheidet hier bereits deshalb aus, weil die Beklagte mit ihrer Antwortmail vom 13.04.2010 selbst zu erkennen gegeben hatte, dass sie die unter der Adresse Kontakt@sedo.de eingegangene Mail bearbeiten werde, indem sie (durch die Abteilung Kundensupport) die Klägerin zur Vorlage der Markenur-

kunde aufforderte. Wie sich aus dieser E-Mail ferner ergibt, war diese Abteilung auch in der Lage, den Vorgang als zur Rechtsabteilung gehörend zuzuordnen, indem für die Weiterbearbeitung die E-Mail-Adresse legal@sedo.de angegeben wurde, war also in der Lage, den Hinweis der Klägerin vom 12.04.2010 richtig einzustufen und intern weiterzuleiten, was von der Beklagten auch gefordert werden konnte.

3.

Der Anspruch auf Erstattung ihrer Abmahnkosten steht der Klägerin allerdings nicht im geltend gemachten und erstinstanzlich zugesprochenen Umfang zu:

a)

Das Landgericht hat im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass die Klägerin unabhängig von der Frage, ob sie die Kosten für die Abmahnung an ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten bereits erstattet hat, nicht nur Freistellung, sondern Zahlung verlangen darf. Denn der Befreiungsanspruch wandelt sich in einen Geldanspruch um, wenn der Schuldner die geforderte Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (BGH NJW 2004, 1868 f. mit zahlreichen Nachweisen; OLG Köln, Urteil vom 15.12.2009, 15 U 90/09 Rn. 19 in juris; insoweit nicht Gegenstand der Revisionsentscheidung vom 21.10.2010, III ZR 17/10).

b)

Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin durften zwar jedenfalls eine 1,3-fache Gebühr gemäß Nr. 2300 VV zum RVG in Rechnung stellen (BGH GRUR 2010, 1120 Tz. 29 ff.). Eine höhere Gebühr steht ihnen aber nicht zu. Der Senat teilt die auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.01.2011 (IX ZR 110/10) gestützte Auffassung des Landgerichts nicht, die Erhöhung der 1,3-fachen Regelgebühr auf eine 1,5-fache Gebühr sei hier einer gerichtlichen Überprüfung entzogen, weil diese Erhöhung um 0,2 innerhalb der Toleranzgrenze von 20 % liege.

(1)

Nach seinem Wortlaut ist die genannte Entscheidung tatsächlich dahingehend zu verstehen, dass die Toleranzschwelle (geltend für das Ermessen bei Bestimmung der konkreten Gebühr im Fall von Rahmengebühren nach § 14 RVG) auch für die Frage gilt, ob die gesetzlichen Anforderungen für das Überschreiten der Schwellengebühr von 1,3 nach Nr. 2300 VV RVG, also umfangreiche oder schwierige Anwaltstätigkeit, vorgelegen

haben. Dies wäre aber systemwidrig, denn die Frage, ob die gesetzlichen Anforderungen für das Überschreiten der Schwellengebühr vorliegen, ist eine Rechtsfrage und keine Frage der Ermessensausübung (so zu Recht Hansen, Anwaltsblatt 2011, 567, 569). Möglicherweise ist die Entscheidung des BGH auch nicht so gemeint, sondern als Billigung der Annahme des Landgerichts Magdeburg als Vorinstanz, das diese Voraussetzungen bejaht hatte (s. Tz. 6 der Entscheidung des Bundesgerichtshofs).

(2)
Aber auch wenn man die Entscheidung des Bundesgerichtshofs wörtlich nimmt, ist vorliegend eine 1,5-fache Geschäftsgebühr deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Toleranzgrenze nur anwendbar ist, wenn überhaupt eine Ermessensentscheidung aufgrund der Umstände des Einzelfalls i.V.m. mit den maßgeblichen Bemessungskriterien - bei der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG sind das nur noch die Kriterien Umfang und Schwierigkeit (Jungbauer, in: Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Mathias/Uher, RVG-Kommentar, 4. Aufl., § 14 Rn. 102) - getroffen worden ist; liegt eine solche Ermessensentscheidung hingegen nicht vor, ist die Gebührenbestimmung auch dann unbillig und unverbindlich, wenn die geltend gemachten Gebühren die Toleranzgrenze von 20 % nicht überschreiten (OLG Düsseldorf, Anwaltsblatt 1998, 538 u. 1999, 704; JurBüro 2000, 359; Gerold Schmidt-Mayer, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 19. Aufl., § 14 Rn. 12).

Vorliegend hat die Klägerin (und ihr Prozessbevollmächtigter) aber lediglich vorgetragen, der Ansatz der 1,5-fachen Gebühr sei *„angesichts der Komplexität der Rechtsmaterie (Internetrecht, Markenrecht, Telemedienrecht), die ihrerseits in stetem Fluss“* sei, angemessen (Klageschrift, Bl. 16 und Berufungserwiderung S. 8, Bl. 138). Derartige, nicht auf die konkrete Angelegenheit bezogene Allgemeinplätze genügen für die Ermessensausübung aber nicht (vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 420 Tz. 12: Rechtsanwalt kann sich nicht darauf stützen, dass die Abwicklung von Verkehrsunfällen „regelmäßig“ umfangreiche Vorarbeiten erfordere), zumal die Beklagte in erster Instanz ausdrücklich vorgebracht hat, die Abmahnung nebst Übersendung der Markenurkunde sei nicht umfangreich oder schwierig gewesen.

c)
Der Ansatz eines Geschäftswerts von 75.000 € ist vom Landgericht zu Recht für angemessen angesehen worden; hiergegen erinnert die Berufung auch nichts.

III.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO, die Kostenentscheidung auf §§ 97, 92 Abs. 1 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 48 Abs. 1, 43 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Der Senat folgt ausschließlich höchstrichterlich anerkannten Rechtsgrundsätzen. Die Sachbehandlung erschöpft sich einzig in deren Umsetzung auf den vorliegenden Einzelfall.

Ruf
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Hofmann
Richter am
Oberlandesgericht

Holzer
Richter am
Oberlandesgericht

Ausgefertigt - Beglaubigt
Stuttgart, den 19. April 2012
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

OBERLANDESGERICHT STUTTGART

(Friedrich)
Justizfachangestellte