

- Abschrift -

Geschäftsnummer:
2 O 30/08



Verkündet am
29. Juli 2008

Folger, JAng.e
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landgericht Mannheim
2. Zivilkammer
Im Namen des Volkes
Urteil



In dem Rechtsstreit

K & K Logistics
Inhaber Clemens Kappler
Augsburger Str. 564, 70329 Stuttgart

- Klägerin / Widerbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. Winterstein u. Koll., Darmstädter Landstr. 110, 60598 Frankfurt/Main
(00350Z07)

gegen



- Beklagter / Widerkläger -



wegen Markenverletzung

hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim auf die mündliche Verhandlung vom
01. Juli 2008 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Landgericht Dr. Kircher

Richter am Landgericht Lembach

Richter Lehmeier

für **Recht** erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin zu 14 % und die Beklagte zu 86 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte abwenden gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils für die Beklagte vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Klägerin verlangt die Freistellung von der Gebührenforderung ihrer Bevollmächtigten wegen einer an die Beklagten gerichteten Abmahnung. Die Beklagte nimmt die Klägerin widerklagend auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen Marke „Ed Hardy“. Sie ist außerdem Unterlizenznehmerin der Gemeinschaftsmarke „Don Ed Hardy“, deren Inhaberin die Firma Don Ed Hardy Life LLC. ist. Diese Unterlizenz leitet die Klägerin von einer Firma Nervous Tattoo ab, die Lizenznehmerin der Fa. Don Ed Hardy Life LLC. ist. Die Marken sind jeweils insbesondere für Waren der Klasse 25, also Bekleidung und Textilien eingetragen. Der Unterlizenzvertrag der Klägerin sieht ein exklusives Vertriebsrecht der Klägerin für die von der Fa. Nervous Tattoo hergestellten Bekleidungsstücke der Marke „Ed Hardy“ in Deutschland vor. Zudem ist die Klägerin zur Geltendmachung von Ansprüchen aus der Verletzung der Markenrechte im eigenen Namen ermächtigt.

Die Beklagte bot im November 2007 in Ihrem eBay - Shop „Shades of Green“ mehrere hundert Kleidungsstücke mit der Kennzeichnung „Ed Hardy“ an. Die Klägerin ließ die Beklagte deswegen mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 07.11.2007 abmahnen und der Beklagten die Rechtsanwaltsgebühren in Höhe 2.475,80 € in Rechnung stellen.

Die Klägerin erstattete eBay Meldung über die angebliche Rechtsverletzung durch die Beklagte über das von eBay hierfür bereitgestellte „Veri-Programm“. Die Beklagte verlangte mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 07.11.2007 die Rückgängigmachung dieser Meldung. Zudem forderte sie die Klägerin auf, unzutreffende Angaben über die Beklagte gegenüber Dritten zu unterlassen und insofern eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.

Die Klägerin trägt vor, die von der Beklagten angebotenen Waren seien weder mit Zustimmung der Hardy Life LLC., noch der Nervous Tattoo noch der Klägerin in den europäischen Wirtschaftsraum eingeführt worden. Es handele sich um Fälschungen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von der Forderung über den Betrag von 1.580 € aus der Rechnung vom 14.02.2008 der Rechtsanwälte Dr. Winterstein Dr. Ruhmann GbR, Darmstädter Landstr. 110, 60598 Frankfurt am Main freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt weiter im Wege der Widerklage,

1. den Kläger unter Androhung der gesetzlich vorgesehenen Zwangsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, Dritten gegenüber, insbesondere gegenüber der Online-Handelsplattform eBay zu behaupten, die Beklagte (und Widerklägerin) verletzte durch das Anbieten bestimmter Artikel „Geistiges Eigentum“ bzw. Markenrechte des Unterlassungsschuldners, solange diese Behauptung nicht erweislich wahr ist;
2. festzustellen, dass der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet ist, der Beklagten und Widerklägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter 1.) beschriebenen Handlungen bereits entstanden ist.

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, sie habe ihre Waren von Firmen Namens „The Fashionrepublic“ (Berlin) und „Brands Plaza“ (London) bezogen. Die Waren stammten aus Großbritannien und der EU. Es handele sich um Originalware aus älteren Kollektionen. Die Beklagte ist der Ansicht ihr stünden wegen der Mitteilung an eBay Ansrüche aus § 823 BGB oder § 4 Nr. 8 UWG auf Unterlassung und Schadensersatz zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Klage und Widerklage sind zulässig, aber unbegründet.

I.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Freistellung von den durch die außergerichtliche Abmahnung entstandenen Kosten zu, weil der Tatbestand einer bis zum 07.11.2007 begangenen Markenverletzung nach §§ 4, 14 MarkenG nicht festzustellen war.

1. Die von der Klägerin angeführte Markenverletzung nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG setzt voraus, dass die Beklagte ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt hat, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt. Die pauschale Behauptung, die Beklagte habe mehrere hundert Bekleidungsstücke mit der Bezeichnung „Ed Hardy“ angeboten, genügt hierfür ebenso wenig wie der Verweis auf ein Anlagenkonvolut K 3. Die nach § 253 ZPO erforderliche Individualisierung des Klagegrundes wird durch die Bezugnahme auf Anlagen nur erreicht, wenn die dortige Darstellung aus sich heraus verständlich ist (Zöller/Greger, ZPO, 26. A., 2007, § 253 Rn 12a). Die Bezugnahme auf das Anlagenkonvolut K 3 ist schon deswegen untauglich, weil nicht erkennbar ist, welche konkret angebotenen Waren markenverletzend und daher Anlass der Abmahnung gewesen sein sollen. Dabei kann auch nicht unterstellt werden, die Klägerin habe jedes der in der Anlage K 3 dargestellten Kleidungsstücke zum Gegenstand der Klage gemacht. Denn die Anlage K 3 besteht sowohl aus Angeboten vom 07.11.2007 als auch vom 21.01.2008, also einem Zeitpunkt nach Abmahnung. Konkret benennt die Klägerin zur Frage der Markenverletzung lediglich das T-Shirt „Don Ed Hardy Herren Brand Gr. S Weiss“, Art.-Nr. 180207813587, welches aber nach unbestrittenem Vortrag der Beklagten erst zu einem Zeitpunkt nach der Abmahnung angeboten wurde. Diese Markenbenutzung kann daher nicht ursächlich für die geltend gemachten Abmahnkosten sein. Zu einem weiteren T-Shirt hatte die Klägerin zwar ein Fälschungsgutachten als Anlage K 8 vorgelegt, jedoch nichts zu diesem Angebot vorgetragen.

2. Soweit die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 03.07.2008 erstmals auch zum in der Anlage K 8 behandelten T-Shirt vorträgt und insbesondere darlegt, dass dieses T-Shirt (Anlagenkonvolut K 3, S. 1, Abb. in der Mitte) am 07.11.2007 von der Beklagten angeboten wurde, konnte dieser Vortrag nach § 296a ZPO nicht berücksichtigt werden. Er bot auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Zum einen hätte die Klägerin bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gehabt, den Klagegrund konkretisiert darzulegen. Zum anderen erscheint dieser neue Vortrag widersprüchlich. Obgleich die Klägerin nicht dazu vortragen muss, ob es sich bei dem beanstandeten Angebot um eine Fälschung handelt und es daher an der - von der Beklagten darzulegenden - Erschöpfung fehlt, ist doch zu beachten, dass die Klägerin gerade solche Warenangebote als Markenverletzung rügt, die sich auf gefälschte Ware beziehen. Dies will die Klägerin bei dem nun in Bezug genommenen T-Shirt bereits anhand des Internetauftritts erkannt haben. Zum ursprünglich allein thematisierten und teilweise erworbenen T-Shirt gemäß Anlage K 4 hatte die Beklagte aber noch behauptet, es sei auf Grund im T-Shirt angebrachten Schildes mit der Aufschrift „Made in Portugal“ als Fälschung zu erkennen. Auch ist unklar, wie die Klägerin ein Fälschungsgutachten K 8 zu dem nun benannten T-Shirt vorlegen kann, wenn sie zugleich vorträgt, diesbezüglich auf einen Testkauf verzichtet zu haben.

II.

Die Widerklage ist unbegründet.

1. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche aus § 823 BGB i.V.m. § 1004 BGB kommen nicht in Betracht, da die Parteien als Anbieter von Bekleidung Mitbewerber im Sinne von § 2 Nr. 3 UWG sind. Für äußerungsbezogene Ansprüche unter Mitbewerbern enthält § 4 Nr. 8 UWG i.V.m. §§ 3, 8 UWG eine Sonderregelung. Auf eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann sich der von einem Wettbewerbsverstoß betroffene Mitbewerber dagegen grundsätzlich nicht berufen. Denn dieses Recht stellt einen Auffangtatbestand dar (Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, UWG, 26. A., 2008, Einl. UWG Rn 7.4). Ansprüche der Beklagten auf Unterlassung und Schadensersatz können sich daher aus einer un-

ternehmensbezogenen Äußerung der Klägerin nur ergeben, wenn der vorrangige Tatbestand des § 4 Nr. 8 UWG erfüllt ist.

2. Ein Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 8 UWG liegt nicht vor. Die Klägerin hat gegenüber eBay Markenverletzungen durch die Beklagte behauptet. Zwar handelt es sich bei dieser streitgegenständlichen Mitteilung um eine Tatsachenbehauptung über das Unternehmen der Beklagten und die von der Beklagten vertriebenen Waren, die geeignet ist, den Betrieb des Unternehmens zu schädigen. Es genügt aber vorliegend nicht, dass diese Behauptung wegen der nicht auszuschließenden Möglichkeit der Erschöpfung nach § 24 MarkenG nicht erweislich wahr ist. Vielmehr müsste die Beklagte beweisen, dass Erschöpfung eingetreten und die Behauptung daher unwahr ist.

Die Beweislast richtet sich vorliegend nach § 4 Nr. 8 Hs. 2 UWG. Nach dieser Vorschrift ist eine vertrauliche Mitteilung, an der der Mitteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hat, nur dann eine unlautere Handlung, wenn Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet werden. Die streitgegenständliche Mitteilung an eBay war vertraulich und der Empfänger hatte an ihr ein berechtigtes Interesse.

- a) Eine Mitteilung ist vertraulich, wenn der Mitteilende davon ausgeht und den Umständen nach davon ausgehen kann, dass keine Weiterleitung an Dritte erfolgt (Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, UWG, 26. A., 2008, § 4 Rn 8.22). Erfolgt eine Mitteilung nur an einen Empfänger und ist sie nur für ihn von Interesse, so ist Vertraulichkeit nur dann zu verneinen, wenn die Mitteilung wenigstens geeignet ist, in weiteren Kreisen bekannt zu werden (BGH GRUR 1960, 135, 136 - *Druckaufträge*). Die Veri-Mitteilung wird von eBay nicht an Dritte weitergeleitet. Ihr mangelt es auch nicht deswegen an Vertraulichkeit, weil sie geeignet ist, nach außen erkennbare Wirkungen zu erzeugen. Durch die Sperrung von Konten wird nicht die Mitteilung einer Schutzrechtsverletzung den Besuchern der eBay - Webseite bekannt gemacht. Diese erfahren lediglich von den Folgen der Mitteilung, nicht aber von der Mitteilung selbst und deren Inhalt. Für den Besucher der Webseite ist nicht einmal erkennbar, ob es überhaupt eine Mitteilung an eBay gegeben hat oder ob eBay auf Grund eigener Ermittlungen Angebote von der

Programm eine zweckgemäße Möglichkeit dar, Haftungsrisiken zu begegnen. Informationen, die auf diesem Weg an eBay gelangen, helfen dem Betreiber, seiner Verkehrssicherungspflicht nachzukommen. Mitteilungen wie die vorliegende stellen in der Regel auch keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Interessen des betroffenen Anbieters dar, da sie nicht zu einem automatischen Ausschluss vom Handel führen. Vielmehr erfolgt eine Sperrung des Angebots erst nach Prüfung durch den Betreiber der Handelsplattform. *Nicht entscheidend* ist hier, ob dieser regelmäßig ohne sorgfältige Prüfung Konsequenzen aus der Mitteilung einer angeblichen Schutzrechtsverletzung zieht. Soweit ein solches Vorgehen im Hinblick auf die Vertragsverhältnisse zwischen Anbieter und Betreiber bedenklich ist, stellt dies das grundsätzliche Interesse an der Information über mögliche Schutzrechtsverletzungen nicht in Frage. Ob die mitgeteilte Schutzrechtsverletzung tatsächlich vorliegt und die Behauptung somit wahr ist, ist ebenfalls nicht maßgeblich für die Interessenabwägung. Aus der Systematik des § 4 Nr. 8 Hs. 2 UWG folgt, dass es auf das allgemeine Interesse an der Mitteilung ankommt, während die Unwahrheit unter diesen Umständen eine eigens festzustellende Tatbestandsvoraussetzung der Unlauterkeit ist.

- c) Der somit von der Beklagten zu führende Beweis der Unwahrheit ist nicht erbracht worden. Die behauptete Erschöpfung hat die Beklagte *nicht unter* geeigneten Beweis gestellt. Das als Anlage K 7 vorgelegte Schreiben der Firma The Fashionrepublic beweist als Privaturkunde nach § 416 ZPO nicht, dass die von der Beklagten angebotenen Kleidungsstücke mit der Zustimmung des Markeninhabers in Verkehr gebracht wurden.
3. Ansprüche der Beklagten können sich demnach auch nicht aus § 8 Nr. 10 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Für die Behauptungen, die im geschäftlichen Verkehr gegenüber anderen in Bezug auf das Unternehmen oder die Waren eines Dritten getätigt oder verbreitet werden, enthält § 4 Nr. 8 UWG eine Sonderregelung. Dies gilt zumindest im Hinblick auf die Beweislastverteilung bezüglich der Wahrheit der Behauptung, die nicht umgangen werden darf. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu den Rechtsfolgen einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung als rechtswidrigem Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (vgl. BGH GRUR 2005, 882 - *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*) ändern hieran vorliegend nichts. Die streitgegenständliche Mitteilung an eBay stellt

schon gar keine (Abnehmer-) Verwarnung in diesem Sinne dar. Eine Unterlassung hat die Klägerin von eBay nicht verlangt, sondern lediglich die Tatsachenbehauptung einer Markenverletzung aufgestellt.

Ein Anspruch der Beklagten aus § 826 BGB ist schon mangels Nachweis eines Schädigungsvorsatzes nicht ersichtlich.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht im Hinblick auf die von der Beklagten zu vollstreckenden Kosten gemäß §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO, im Übrigen nach § 709 S. 1, 2 ZPO.

**Dr. Kircher
Vors. Richter am
Landgericht**

**Lembach
Richter am Landgericht**

**Lehmeyer
Richter**