
Datum: 11.01.2006
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI-U (Kart) 24/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2006:0111.VI.U.KART24.05.00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 24. 8. 2005 verkündete Urteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gründe

- I. 2
- Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten, ihr die Nutzung eines Klischees in einer Freistempelanlage mit einer Wort-Graphik-Kombination und mit dem Schriftzug "T. P. R." zu gestatten. 3
- Die Klägerin ist Teil des T.-Konzerns und tritt ab dem 01.08.2005 unter der Firma "T. P. R. GmbH" als Postdienstleister in Deutschland auf. Nach den Angaben auf ihrer Homepage gewährleistet sie eine Abdeckung von 69 % der deutschen Haushalte, in einigen Produktgruppen sogar die von 100 %. Hierfür bedient sie sich unter anderem der Dienstleistungen der Beklagten. 4
- Diese ist das ehemalige staatliche Monopolunternehmen für Postdienstleistungen. Sie verfügt über ein flächendeckendes Netz von Zustellern im gesamten Bundesgebiet. In einem Sondergutachten aus dem Jahr 2003 ermittelte die Monopolkommission einen Marktanteil der Beklagten im Jahr 2001 von 97,6 %, in 2002 von 96,5 % und 2003 von geschätzt 96,0 %. Diesen Marktanteil im Jahre 2003 gibt auch der Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation 2002/2003 an. Die Beklagte ist Inhaberin der seit dem 03.11.2003 eingetragenen Wortmarke "P.". 5

Die Beförderung über die Beklagte rechnet die Klägerin mittels einer Freistempel-/Frankiermaschine ab. Hierfür verwendet jeder Nutzer neben den jeweils auszuwechselnden Datums- und Wertstempeln ein für ihn individuelles, festes Einsatzstück (=Klischee). Die Gestaltung des jeweiligen Klischees muss aufgrund Ziffer 1.3 der Nutzungsbedingungen der Beklagten vorher von dieser genehmigt werden. In Ziffer 4.1 bis 4.4 dieser Nutzungsbedingungen bestimmt die Beklagte, dass in dem Einsatzstück grundsätzlich die Firma des Verwenders zu verwenden ist, Ausnahmen aber vereinbart werden können. Eine Werbung im Einsatzstück ist möglich. Die Kennzeichenrechte der Beklagten dürfen dabei aber nicht verletzt werden. Für weitere Einzelheiten wird auf die Nutzungsbedingungen der Beklagten (S. 53-56 der Akte) Bezug genommen.

Die Klägerin ließ ein Klischee herstellen und legte es der Beklagten im Juni 2005 zur Genehmigung vor. Die Beklagte erteilte die Genehmigung nicht und berief sich auf die Verletzung ihrer Markenrechte. Am 20.07.2005 erteilte die Beklagte jedoch auf Antrag die Genehmigung für ein Klischee mit dem Schriftzug "T. R.". 7

Die Klägerin hat behauptet, noch nicht über ein flächendeckendes Netz mit Zustellmöglichkeiten in der gesamten Bundesrepublik Deutschland zu verfügen und deshalb auf die Dienste der Beklagten angewiesen zu sein. Das von ihr zunächst vorgelegte Klischee habe den Schriftzug "T. P. R. GmbH" getragen. Sie hat ferner behauptet, dass aufgrund der Verkehrsübung die Kunden erwarteten, dass die Zustellfirma einen korrekten Werbeaufdruck im Klischee verwende. Weiterhin habe die Beklagte ein Klischee mit der Bezeichnung "T. P. H." für ein anderes Unternehmen des T.-Konzerns zuvor genehmigt. 8

Am 21.07.2005 hat die Klägerin beim LG Köln Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt, mit der sie zunächst begehrt hat, die Beklagte einstweilig zu verurteilen, unbefristet oder befristet die Genehmigung für ein Klischee mit dem Schriftzug "T. P. R." mit oder ohne Rechtsformzusatz zu erteilen. Diesen Antrag hat die Klägerin am 22.07.2005 zurückgenommen und beantragt, 9

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Genehmigung für das Klischee aus 10 markenrechtlichen Gründen zu verweigern.

Hilfsweise hat sie beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, die Benutzung des Klischees zu dulden und die freigestempelten Versandstücke zu befördern.

Das LG Köln hat am 22.07.2005 eine dem Hauptantrag entsprechende Verfügung erlassen. 13

Daraufhin erteilte die Beklagte am 28.07.2005 unter Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine vorläufige Freigabe für das beantragte Klischee unter der auflösenden Bedingung des Ausgangs des Verfügungsverfahrens. Hierdurch wollte sie ein Ordnungsgeld vermeiden. 14

Am 02.08.2005 hat die Beklagte Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung eingelegt. 15

Die Verfügungsklägerin hat beantragt, 16

die einstweilige Verfügung des LG Köln vom 22.07.2005, AZ 28 O (Kart) 389/05 zu bestätigen. 17

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, 18

die einstweilige Verfügung des LG Köln vom 22.07.2005, AZ 28 O (Kart) 389/05 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Sie hat behauptet, die Klägerin verfüge über ein flächendeckendes Netz an Zustellmöglichkeiten in der Bundesrepublik Deutschland. Ferner hat sie darauf hingewiesen, dass die Klägerin nicht ein Klischee mit dem Namen ihrer Firma "T. P. R. GmbH" eingereicht habe, sondern eine Wort-Bild-Kombination mit dem Schriftzug "T. P. R.". Zudem hat sie bestritten, eine Genehmigung für das Klischee "T. P. H." erteilt zu haben. In die von der Klägerin vorgelegte Korrespondenz sei sie nicht involviert gewesen. Schließlich hat die Beklagte behauptet, dass die Kunden der Klägerin kein bestimmtes Logo im Klischee erwarteten.

Das LG Köln hat mit Urteil vom 24.08.2005 die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Antrag der Klägerin abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass es hier an einem Verfügungsgrund fehle. Aus den §§ 33 Abs. 1, 19, 20 GWB bestehe auch kein Unterlassungsanspruch im Sinne des Haupt- oder Hilfsantrages, da die Behinderung der Klägerin durch die Beklagte sachlich gerechtfertigt sei. Das Interesse der Beklagten, nicht an der Verwässerung ihrer eigenen Marke mitzuwirken, sei höherwertig anzusehen als das Interesse der Klägerin an der Werbemöglichkeit im Klischee. Letzteres sei nicht so hoch einzuschätzen, da die Klägerin freiwillig auf ihren Firmenzusatz "GmbH" verzichte und aufgrund des alternativen Klischees (T.-R.) die Dienstleistungen der Beklagten nutzen könne. Das Interesse der Beklagten überwiege, da nicht auszuschließen sei, dass ihr Markenschutz zustehe. Im einstweiligen Verfügungsverfahren könne diese Frage nicht entschieden werden. Zudem habe die Unterlassungsverfügung in ihrer Auswirkung starke Ähnlichkeit mit einer Leistungsverfügung, so dass diese nur zu erlassen wäre, wenn gewichtige Zweifel am berechtigten Schutz der Marke "P." festzustellen seien.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 22.09.2005 Berufung eingelegt. Sie behauptet, es komme der Beklagten nicht auf den Schutz ihrer Marke an, sondern nur darauf, der Klägerin Extra-Kosten zu verursachen. Die Beklagte habe angeboten, dass die Klägerin an anderer Stelle mit ihrem Firmennamen werben könne, und habe zugesagt, dies nicht zu beanstanden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LG Köln vom 24.08.2005, Az. 28 O (Kart) 389/05, aufzuheben und die einstweilige Verfügung gemäß Antrag vom 22.07.2005 neu zu erlassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung gegen das Urteil vom 24.08.2005 des LG Köln (AZ 28 O (Kart) 389/05) zurückzuweisen.

Sie bestreitet, der Klägerin angeboten zu haben, auf den Briefen an anderer Stelle zu werben oder zugesagt zu haben, dies nicht zu beanstanden. Vielmehr weist sie darauf hin, dass in der Widerspruchsbegründung lediglich dargestellt worden sei, dass die Klägerin auf den freigestempelten Briefen an anderer Stelle ihren Firmenschriftzug anbringen könne, ohne dass die Beklagte präventiv etwas dagegen unternehmen könnte. Ein solches Vorgehen würde aber rechtlich beanstandet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug

genommen.

II.	30
Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.	31
Das LG Köln hat mit seinem Urteil die zuvor ergangene einstweilige Verfügung mit Recht aufgehoben und den Antrag der Klägerin abgewiesen, denn es hat kein Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung gem. § 935 ZPO vorgelegen.	32
1.	33
Grundsätzlich liegt ein Verfügungsgrund für einen Unterlassungsanspruch vor, wenn ohne den Erlass der einstweiligen Verfügung die Verwirklichung eines Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO) oder durch die einstweilige Verfügung wesentliche Nachteile abgewendet werden können (§ 940 ZPO). Strengere Voraussetzungen gelten für eine Leistungsverfügung, bei der eine vorläufige Befriedigung eines Anspruches begehrt wird (vgl. z.B. Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., 2003, § 940 Rn. 6 m.w.N.). Der Sache nach wird hier von der Klägerin eine solche Leistungsverfügung begehrt.	34
a)	35
Die Klägerin hat ihren Hauptantrag als Unterlassungsverfügung formuliert. Bei derartigen Verfügungen ist es in der Literatur zwar umstritten, ob sie immer eine Regelungs- oder Sicherungsverfügung im Sinne von §§ 935, 940 ZPO darstellen oder ob sie auch als Leistungsverfügung angesehen werden können (s. statt vieler: Vollkommer in: Zöller, ZPO, 25. Auflage, 2005, § 940 Rn. 1; Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., 2004, Grundz § 916 Rn. 8). In dem Fall jedoch, in welchem eine Unterlassungsverfügung deutlich über den reinen Sicherungszweck hinausgeht, wird diese einer Leistungsverfügung gleichgestellt. Mit einem solchen Ansatz kann einzelfallorientiert abgewogen werden, ob das begehrte Unterlassen sich tatsächlich in einer Sicherung eines Rechtszustandes erschöpft oder ob damit der Sache nach doch eine Leistung begehrt wird. Denn - wie auch der Antrag in dieser Sache zeigt - muss ein Unterlassungsanspruch keineswegs immer einen lediglich sichernden Charakter haben.	36
b)	37
Die Klägerin begehrt hier eine Leistung in Form der Zustimmung zur Benutzung des Klischees. Zwar macht sie formal nur geltend, dass es der Beklagten untersagt werden soll, die Genehmigung aus einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt zu verweigern. Wenn dieser Gesichtspunkt aber der einzig in Betracht kommende ist, so hat die Unterlassungsverfügung die gleiche Wirkung wie eine Leistungsverfügung, denn es geht der Sache nach darum, dass die Beklagte der Klägerin etwas gestatten soll. Es darf nicht die bloße Form des Antrags darüber entscheiden, ob eine Leistungsverfügung vorliegt, sondern es ist maßgeblich auf das hinter diesem stehende Begehren abzustellen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die erhöhten Anforderungen an eine Leistungsverfügung durch die Umstellung des Begehrens in eine "passive" Form, nämlich das Unterlassen des Gegenteils dessen, was eigentlich begehrt wird, leer laufen könnte. Die Klägerin begehrt hier die Erteilung der Genehmigung der Verwendung eines bestimmten Klischees. Damit begehrt sie in Wirklichkeit eine Leistung. Dies wird auch dadurch unterstrichen, dass primär beantragt worden war, die Beklagte zu verurteilen, die Genehmigung unbefristet oder befristet zu erteilen. Dieser Antrag wurde zwar zurückgenommen, doch hat der dann zum Hauptantrag	38

erhobene Hilfsantrag inhaltlich die gleiche Ausrichtung. Auch der aktuelle Hilfsantrag ist tatsächlich auf eine Leistung gerichtet. Denn das Begehren der Nutzung des Klischees wirkt im Verkehr ebenso wie die vorherige (befristete) Genehmigung.

2. 39

a) 40

Die von der Klägerin tatsächlich begehrte Leistungsverfügung ist nur zu erlassen, wenn die Nachteile des Abwartens im Vergleich zu den Nachteilen des Gegners unverhältnismäßig groß, ja irreparabel sind (Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., Grundz. § 916 Rn. 6). Nach der Rspr. des Senats ist hierfür eine bestehende oder jedenfalls drohende Notlage des Gläubigers, erforderlich, der so dringend auf die Erfüllung seines Anspruches angewiesen sein muss oder dem so erhebliche wirtschaftliche Nachteile drohen müssen, dass ihm ein Zuwarten bei der Durchsetzung seines Anspruches oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht zuzumuten ist (vgl.: OLG Düsseldorf, MMR 2004, 618 (619) und MMR 2003, 108). 41

Diese Voraussetzungen liegen für die Klägerin nicht vor, weil der Klägerin keine unverhältnismäßigen Nachteile drohen, da sie zum einen die Dienstleistung der Beklagten nutzen kann und zum anderen ihr dies auch unter einer sie identifizierenden Geschäftsbezeichnung ("T. R.") möglich ist. 42

b) 43

Eine schwerwiegende Verwirrung der Kunden droht nach Auffassung des Senats nicht, selbst wenn man unterstellt, dass nach der Hauptsacheentscheidung das beantragte Klischee tatsächlich doch zu bewilligen ist. Die Klägerin kann nämlich zunächst mit dem Klischee "T. R." im Verkehr auftreten. Dass möglicherweise später der Zusatz "p." im Klischee neben dem Querstrich auftaucht, wird der Geschäftsverkehr nur als Erweiterung der Geschäftsbezeichnung empfinden. Es bestehen bei wirklichkeitsnaher Betrachtung keine ernsthaften Zweifel daran, dass die betroffenen Verkehrskreise eine Zurechnung des vorherigen Auftretens der Klägerin zu dem späteren Auftreten vornehmen werden, ohne dass sie annehmen müssten, es handele sich nunmehr um einen anderen Anbieter. Dass die Verwendung des Klischees "T. R." statt des Klischees mit dem Zusatz "p." zu einer mehr als unwesentlichen Beeinträchtigung des einheitlichen Erscheinungsbildes führen würde und damit das Klischee als Werbemittel für die Klägerin entwertet würde, vermag nicht zu überzeugen. Denn die Kunden, die die Klägerin in Anspruch nehmen, wollen bereits durch sie Gegenstände versenden lassen und brauchen daher nicht mehr durch einen Frankierstempel als Kunden geworben zu werden. Werbeadressat der verwendeten Stempel können nur die Adressaten der aufgegebenen Sendungen sein, die dann als Neukunden geworben werden sollen. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Adressaten von Sendungen die verwendeten Frankierstempel in einer Art und Weise zur Kenntnis nehmen, dass damit ein wesentlicher Werbeeffect erzielt würde. Selbst wenn man dies unterstellen wollte, führt das verwendete Klischee aufgrund des kennzeichnenden Firmenbestandteils T. bei den Adressaten durchaus zu einer eindeutigen Verbindung zu dem Dienstleistungsangebot mit der Klägerin. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass die Klägerin bei ihren Sendungen keineswegs nur über das verwendete Klischee werbemäßig zu identifizieren ist. Vielmehr wird der Werbeeffect durch das corporate design an anderen Stellen für den Empfänger viel deutlicher als durch einen Frankierstempel (z.B. Verpackungsaufdrucke, Auslieferfahrzeuge, Zusteller, etc.). Daraus folgt unmittelbar, dass das Erscheinungsbild durch den fehlenden Zusatz "p." bei denjenigen, die als Werbeadressaten überhaupt in Betracht kommen, jedenfalls nicht 44

schwerwiegend gestört wird.

Es liegt schließlich auch nicht nahe, dass - wie die Klägerin vorträgt - der Eindruck ihrer Unzuverlässigkeit oder gar eine Rufbeeinträchtigung drohe; insoweit hat die Klägerin nichts substantiiert vorgetragen, was diese Vermutung untermauern könnte. 45

c) 46

Die Glaubhaftmachung eines dringenden Grundes kann auch nicht mit Hinweis auf § 12 Abs. 2 UWG als entbehrlich angesehen werden. Dieser kann zwar grundsätzlich auch auf Unterlassungsansprüche aus dem GWB angewendet werden (vgl. z. B. Traub in Pastor/Ahrens, Wettbewerbsprozeß, 4. Aufl., 1999, Kapitel 49, Rn. 49 zum entsprechenden § 25 UWG aF), doch ist fraglich, ob diese Vorschrift auch auf Unterlassungsverfügungen anzuwenden sind, die - wie hier - die Wirkung einer Leistungsverfügung haben. Da letztere die Ausnahme darstellen und der Wortlaut des § 12 Abs. 2 UWG nur auf die gesetzlich geregelten Fälle der §§ 935, 940 ZPO verweist, dürfte dies eher abzulehnen sein. Im Ergebnis kommt es darauf hier allerdings nicht an, weil die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG von der Beklagten jedenfalls widerlegt worden ist. Durch das genehmigte Klischee kann die Klägerin nämlich unter einer ihr zurechenbaren Bezeichnung die Zustellungsdienste der Beklagte nutzen, so dass ihr gerade keine wesentlichen Nachteile drohen. 47

3. 48

Da es bereits an einem Verfügungsgrund fehlt, bedarf es keiner Erörterung mehr, ob das Landgericht auch zu Recht angenommen hat, dass die Klägerin auch keinen Verfügungsanspruch aus §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB glaubhaft gemacht hat. 49

III. 50

Der Schriftsatz der Berufungsklägerin von 21.12.05 gibt keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 51

IV. 52

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 53

a. K. Prof. Dr. E. ist ortsabwesend und deshalb gehindert zu unterschreiben 54

B. 55