
Datum: 06.12.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 118/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:1206.4U118.01.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 15 O 83/01

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1)–3) wird das am 19. Juni 2001 verkündete Teilanerkennnis- und Schlussurteil der 15. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert.

Die Klage gegen die Beklagten zu 1) bis 3) wird abgewiesen.

Im Übrigen bleibt es in der Hauptsache beim angefochtenen Urteil.

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen erstinstanzlichen Kosten der Beklagten zu 1) bis 3).

Der Beklagte zu 4) trägt seine erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten zu 60 % selbst, zu 40 % trägt sie die Klägerin.

Von den außergerichtlichen Kosten erstinstanzlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin 7/8 und der Beklagte zu 4) 1/8.

Von den Gerichtskosten erster Instanz tragen die Klägerin 7/8 und der Beklagte zu 4) 1/8.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar und beschwert die Klägerin mit 100.000, DM.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 1) bis 3) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,- DM abzuwenden, wenn nicht die Beklagten zu 1) bis 3) vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Sicherheitsleistung kann durch unbedingte, unwiderrufliche, unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge anerkannten Kreditinstituts in der Europäischen Union erbracht werden.

Tatbestand:

- | | |
|--|--------|
| Die Klägerin gehört zur T-Unternehmensgruppe, die Karbonisierungsmaschinen für den Heimgebrauch produziert und über lizenzierte Händler CO ₂ -Gasbefüllungen vertreibt, die in wiederbefüllbaren Gaszylindern enthalten sind. Die Zylinder sind mit einem Ventil versehen, in das unter anderem das Wort "T" eingeschlagen ist und in dem ferner das Bauart-Zulassungszeichen eingeprägt ist. Die Original-Zylinder tragen zusätzlich das in der Anlage K 1 zur Klageschrift (Bl. 11 d.A.) abgebildete Etikett mit dem Schriftzug "T". So gekennzeichnete Original-Zylinder nimmt die Klägerin nach Verbrauch des Gases zurück und befüllt sie über ihre Vertragsunternehmen neu. Die Zylinder werden den Käufern der Füllung jeweils übereignet. | 1
2 |
| Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) sind, betreiben einen Großhandel mit CO ₂ Befüllungen. Sie nehmen unter anderem auch T-Gaszylinder entgegen, entfernen deren Originaletiketten, ersetzen sie durch Aufkleber wie aus dem Tenor des angefochtenen Urteils ersichtlich, befüllen die Zylinder mit Gas und vertreiben diese weiter. Durch den Mitarbeiter N der in Deutschland für die Klägerin tätigen Detektei B GmbH wurde am 22. November 2000 in der Apotheke des Beklagten zu 4) ein leerer "T"-Gaszylinder gegen einen von der Beklagten zu 1) wiederbefüllten und umetikettierten Gaszylinder eingetauscht. Im Ventil dieser Zylinder ist weiterhin der Schriftzug "T" eingeprägt. | 3 |
| Die Klägerin ist Inhaberin der am 10. Dezember 1998 angemeldeten und am 5. Januar 2000 eingetragenen Marke DE 39871365 "T" (Bl. 13 d.A.) für die Klassen 01, 06 (Behälter aus unedlen Metallen und deren Legierungen, Teile und Anschlussstücke solcher Behälter), 37 und 39 (Befüllen von Druckbehältern mit Kohlensäure und Gasen für Dritte). | 4 |
| Außerdem hat sie zwei weitere Wortmarken "T" (Bl.12, 14 d.A.) mit früherer Priorität auf sich umschreiben lassen. | 5 |
| Sie hat zuletzt geltend gemacht, dass die Beklagten durch die Befüllung und den Vertrieb der in der beschriebenen Weise umgeänderten "T"-Gaszylinder ihre Rechte aus der ihr originär zustehenden Marke verletzt haben. Die gut sichtbare Einprägung des Wortes "T" in das Ventil sei als eine markenrechtliche Kennzeichnung des Behältnisses und der Befüllung anzusehen. Die Zeichenverwendung stelle sich nach der Verkehrsauffassung auch als | 6 |

kennzeichenmäßiger Gebrauch dar. Bereits wegen der sicherheitsrelevanten Probleme sei es für die betroffenen Verkehrskreise von besonderer Bedeutung, ob es sich bei den am Ventil gekennzeichneten Gaszylindern tatsächlich um original und damit auch fachmännisch befüllte Gaszylinder handle. Angesichts der eingravierten und auf die Klägerin hinweisenden Kennzeichnung sei der Verkehr der Ansicht, ein von dieser autorisiertes Produkt zu erhalten, für dessen Eignung sie gegebenenfalls die Verantwortung übernehme. Da die Zylinder nach jeder Füllung als neue Ware benutzt würden, sei auch keine Erschöpfung eingetreten.

Die Veränderung und der Weitervertrieb der Zylinder stelle auch eine unlautere Behinderung im Wettbewerb im Sinne des § 1 UWG zu ihren Lasten dar. 7

Die Klägerin hat nach einer Einschränkung des Feststellungsantrages beantragt, 8

I. die Beklagten zu verurteilen, 9

1) es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung 10

"T" 11

für CO₂-Gas in CO₂-Gaszylindern wie nachstehend wiedergegeben zu benutzen, die nicht von einem Unternehmen der T-Gruppe oder nicht mit deren Zustimmung befüllt wurden, insbesondere wenn die CO₂-Gaszylinder derart mit dem Zeichen "T" versehen sind, dass in das Zylinderventil das Zeichen "T" eingraviert ist und/oder "T"-CO₂-Gaszylinder im Austausch gegen solche, nachstehend wiedergegebene, CO₂-Gaszylinder entgegenzunehmen; 12

II) der Klägerin schriftlich Auskunft zu erteilen über Namen und Anschrift des Herstellers, der Lieferanten und anderer Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer oder des Auftraggebers sowie die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten, seit dem 22. November 2000 unter der Marke "T" vertriebenen CO₂-Gaszylinder wie unter Ziffer I. wiedergegeben. 13

und 14

der Klägerin schriftlich Auskunft über die Umsätze zu erteilen, die mit wie im Antrag vorstehend unter Ziffer I. wiedergegebenen gekennzeichneten Waren erzielt wurden, sowie über den Umfang und die Art der getätigten Werbung, jeweils aufgegliedert nach Kalendervierteljahren und Bundesländern; 15

III) festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr aus den unter Ziffer I. bezeichneten Handlungen seit dem 01. Mai 2000 entstanden ist bzw. künftig entstehen wird. 16

Die Beklagten zu 1) bis 3) haben beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Der Beklagte zu 4) hat den Unterlassungsanspruch anerkannt, nachdem die Klägerin die weitergehende Klage gegen ihn zurückgenommen hat. 19

Die Beklagten zu 1) bis 3) sind dem Vorbringen der Klägerin entgegengetreten. Sie haben geltend gemacht, dass es schon an der Aktivlegitimation der Klägerin fehle. Die bloße Gravur 20

des Namens "T" auf dem Ventil stelle keine markenrechtliche Kennzeichnung dar, sondern die nach der maßgeblichen Druckbehälterverordnung erforderliche Angabe des Herstellers. Der angesprochene Verkehr verstehe die auf dem Ventil vorhandene Gravur auch nicht als Hinweis auf die im Zylinder enthaltene Füllung. Etwaigen markenrechtlichen Ansprüchen stünde der Einwand der Markenerschöpfung entgegen. Außerdem vertreibe die Klägerin Kohlensäure jetzt in einem anderen Behältnis. Zumindest jetzt stelle die Gravur keine markenrechtliche Kennzeichnung mehr dar. Auch sei der Letztverbraucher als Eigentümer des Zylinders befugt, über diese nach Belieben zu verfügen und andere Unternehmen mit der Wiederbefüllung zu beauftragen. Die Klägerin könne sich jedenfalls auf eine etwaige Markenrechtsverletzung nicht berufen, weil sie in gleicher Weise handle und durch ihre Weigerung, veränderte Gaszylinder zurückzunehmen, rechtsmissbräuchlich eine Marktverstopfung verursacht habe, um Konkurrenten als Befüller der Gaszylinder auszuschalten.

Das Landgericht Bochum hat den Beklagten zu 4) im Wege des Teilanerkennnisurteils zur Unterlassung verurteilt und der Klage gegen die Beklagten zu 1) bis 3) in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin ein Unterlassungsanspruch aus §§ 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nrn. 2, 4 MarkenG zustehe. Dabei ist das Landgericht im Wesentlichen der Argumentation des OLG Koblenz im Urteil vom 28. Juli 2000 (8 U 317/00 –Bl. 49 ff. d.A.) und des OLG Düsseldorf im Urteil vom 24. April 2001 (20 U 139/00 –Bl. 249 ff. d.A.) gefolgt. Es hat entscheidend darauf abgestellt, dass die Einprägung der Marke "T" auf den Ventilen der Gaszylinder eine dauerhafte markenrechtliche Kennzeichnung darstelle. Die nicht genehmigte Wiederbefüllung solcher Kartuschen stelle einen Verstoß gegen die Markenrechte der Klägerin dar. Die Verbraucher bezögen die Kennzeichnung "T" nicht nur auf die Herstellung von Gasflaschen, sondern gingen davon aus, auch im Hinblick auf die Füllung ein Originalprodukt zu erwerben. Mit dem Verbrauch der Erstbefüllung sei auch keine markenrechtliche Erschöpfung eingetreten, weil die Kennzeichnung dauerhaft sei und der Zylinder nach jeder Füllung als neue Ware benutzt werde.

21

Die Beklagten zu 1) bis 3) greifen das Urteil mit der Berufung an. Unter Aufrechterhaltung ihres erstinstanzlichen Vorbringens machen sie geltend, dass das Landgericht unkritisch den Urteilen des OLG Koblenz und des OLG Düsseldorf gefolgt sei und zu Unrecht angenommen habe, dass eine Markenrechtsverletzung vorgelegen habe. Unzutreffend sei die Auffassung des Landgerichts, dass der Verbraucher beim Erwerb eines von einer nicht lizenzierten Firma befüllten, aber mit dem Kennzeichen "T" auf dem Ventil versehenen Gaszylinders davon ausgehe, dass er ein Originalprodukt erwerbe. Diese Feststellung hätte die Kammer mangels eigener Sachkunde nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens treffen können. Die Befüllung mit "CO₂" bringe auch keineswegs ein größeres Sicherheitsrisiko mit sich als die Befüllung von Getränkeflaschen, so dass dieser Gesichtspunkt auch nicht entscheidend sein könne. Der Hinweis "T" auf dem Ventil werde von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf die in dem Zylinder enthaltene Füllung verstanden, wie sich auch aus dem Urteil des LG Köln vom 12. Januar 2001 –18 O 201/99 ergebe. Die Beklagten zu 1) bis 3) verteidigen ihre Rechtsauffassung, nach der im Hinblick auf die Herstellung des Gaszylinders von einer Erschöpfung nach § 24 MarkenG auszugehen sei. Sie halten an den - ihrer Ansicht nach auch kartellrechtlich begründeten - Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Marktverstopfung und dem Einwand der "unclean hands" fest.

22

Die Beklagten zu 1) bis 3) beantragen,

23

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

24

Die Klägerin beantragt,	25
die Berufung zurückzuweisen, mit der Maßgabe, daß im Klageantrag zu 1) das Wort "insbesondere" entfällt.	26
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und verweist auf eine längere Liste anderer Urteile, die im Ergebnis gleichlautend seien. Sie macht geltend, dass der Verbraucher wegen der Kennzeichnung des Ventils die Vorstellung habe, dass er mit dem Gaszylinder ein Produkt erwerbe, dass von ihr sowohl hergestellt als auch befüllt worden sei. In jedem Falle stamme das Produkt nach dieser Verkehrsauffassung aber von einer Firma, die in diesem Bereich mit ihr, der Klägerin, zusammenarbeite oder von ihr zu der Abfüllung autorisiert worden sei (Beweis: Sachverständigengutachten). Schon im Hinblick darauf, dass mittlerweile zahlreiche Richter verschiedener Gerichte eine solche Verkehrsauffassung festgestellt hätten, sei eine Markenverletzung wegen eines kennzeichenmäßigen Gebrauchs ihrer Marke, der weit zu fassen sei, für die Befüllung des Zylinders mit Gas durch die Beklagten gegeben. Hilfsweise macht die Klägerin geltend, dass es auf einen solchen Gebrauch nicht ankomme, weil allein die Benutzung des im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr.1 MarkenG identischen Zeichens eine Markenverletzung darstelle. Es sei in jedem Falle Sache der Beklagten, zu widerlegen, dass die von zahlreichen Gerichten festgestellte kennzeichenmäßige Verwendung nicht vorliege.	27
In der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2001 hat die Klägerin im Hinblick auf den nicht durchgeführten Beweisbeschluss in der Parallelsache 4 U 57/01 des Senats erläutert, dass sie sich nicht als beweispflichtig für das Verkehrsverständnis ansehe und deshalb auf keinen Fall einen Beweiskostenvorschuss einzahlen werde.	28
Wegen des Sachverhalts im übrigen wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	29
<u>Entscheidungsgründe:</u>	30
Die Berufung ist begründet, weil der Klägerin der von ihr geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten zu 1) bis 3) weder aus markenrechtlichen noch aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zusteht und sie deshalb gegen die Beklagten zu 1) bis 3) auch keine Auskunfts- und Schadensersatzansprüche geltend machen kann.	31
1) Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs.2 Satz 2 ZPO, nachdem die Klägerin durch Streichung des Wortes "insbesondere" klargestellt hat, dass sich das Verbot auf eine nicht autorisierte Nutzung der Bezeichnung "T" für Gasfüllungen in der konkreten Verletzungsform beziehen soll. Die dann folgende und/oder Verknüpfung stellt lediglich auf die festgestellte besondere Art der Beteiligung der Beklagten an der Benutzung ab.	32
2) Der Unterlassungsanspruch der Klägerin lässt sich nicht aus § 14 Abs.5 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 2 MarkenG herleiten.	33
a) Bedenken gegen die Aktivlegitimation der Klägerin bestehen allerdings nicht, weil jedenfalls die Marke DE 39871365 "T", die auch für die Klassen 06 und 39 eingetragen ist, der Klägerin originär zusteht. Aus dieser macht sie ihre Markenrechte nur noch geltend, wie sich daran zeigt, dass sie ihren Schadensersatzanspruch auf den Zeitraum ab dem 1. Mai 2000 beschränkt hat, also ab dem Tag, an dem ihrer Meinung nach diese Marke eingetragen worden ist.	34
	35

b) Die Beklagten zu 1) bis 3) haben kein mit dieser Marke der Klägerin identisches Zeichen im geschäftlichen Verkehr für eine identische Dienstleistung, nämlich die Befüllung von Druckbehältern mit Kohlensäure und Gas für Dritte im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG benutzt.

aa) Für eine solche Benutzung reicht es nicht aus, dass diese Beklagten überhaupt einen mit der Marke der Klägerin gekennzeichneten Gaszylinder im geschäftlichen Verkehr verwendet haben. 36

bb) Die Anwendungsbereiche des § 14 Abs. 2 MarkenG verlangen vielmehr wie bei der früheren Regelung in §§ 15, 24, 25 WZG einen kennzeichenmäßigen Gebrauch des geschützten Zeichens. Unter der Geltung des Markengesetzes besteht zwar Streit darüber, ob diese Begrenzung fortgilt. Mit Blick auf das Wesen der Marke und die Entstehungsgeschichte, die Begründung und den Zweck von Art. 5 Abs. 5 MRRL, der als Hinweis auf eine Ausrichtung des Markenschutzes auf Zeichenverwendungen zur Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen entsprechend der Markendefinition in § 3 Abs. 1 MarkenG verstanden wird, wird das in Rechtsprechung und einem Teil der Literatur (so etwa KG NJW-RR 1997, 937 –Satirische Anlehnung an Marke; OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060, 1061 –Bild Dir keine Meinung; OLG Dresden NJW 2001, 615, 616 –Johann Sebastian Bach; Piper GRUR 1996, 434; Sack GRUR 1996, 668) bejaht. Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass das neue Markenrecht nicht mehr allein dem Schutz der Herkunftsbezeichnung diene, sondern infolge eines Paradigmenwechsels in den rechtlichen Funktionen einen umfassenden Schutz aller ökonomischen Funktionen der Marke bezwecke (vgl. Fezer GRUR 1996, 566; Markenrecht, 3. Auflage, § 14 Rdn. 29 ff., Starck GRUR 1996, 688). Der Bundesgerichtshof hat die Frage bisher offen gelassen. Der Europäische Gerichtshof hat im Rahmen der Bestimmung des Anwendungsbereiches der Absätze 1 und 2 des Art. 5 MRRL, die den Kollisionstatbeständen des § 14 Abs. 2 MarkenG entsprechen, die Benutzung zum Zwecke der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen als eine Benutzung als Marke bezeichnet und neigt damit dem Erfordernis einer markenmäßigen Benutzung zu (EuGH GRUR Int. 1999, 438, 441 –BMW / Deenik). Eine Benutzung verlangt danach zumindest eine Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen gleicher Herkunft (OLG Dresden –Johann Sebastian Bach, a.a.O.). Insoweit schließt sich der Senat der vom EuGH offenbar gebilligten Rechtsprechung der Instanzgerichte an. 37

cc) In dem Einstanden der Bezeichnung "T" in das Ventil des von ihr befüllten Gaszylinders ist zwar eine markenrechtliche Kennzeichnung durch die Klägerin zu sehen. Auch dieses Zeichen sollte neben dem Etikett mit der Bezeichnung "T" auf die Herkunft aus ihrem Betrieb hinweisen. Für die erforderliche gesetzliche Kennzeichnung des Druckbehälters wäre die Bezeichnung "T" auf dem Ventil nicht erforderlich gewesen, weil dafür die zusätzliche Angabe des Bauart-Zulassungszeichens ausgereicht hätte. 38

dd) Den erforderlichen kennzeichenmäßigen Gebrauch des geschützten Zeichens durch die Beklagte zu 1) vermag der Senat aber im Gegensatz zum OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 24. April 2001 nicht festzustellen. Der Begriff ist zwar grundsätzlich weit zu fassen. Auch der Senat ist der Auffassung, dass es ausreicht, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein nicht unerheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise zu der Vorstellung gelangt, die benutzte Bezeichnung diene als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der damit versehenen Ware oder Dienstleistung. Es erscheint sogar sehr wahrscheinlich, dass der Verkehr wegen der auf dem Ventil vorhandenen Kennzeichnung die Vorstellung hat, dass der Gaszylinder, den er mit der Füllung erwirbt, aus dem Betrieb der Klägerin stammt. Die Zylinder mit dem nach wie vor mit 39

"T" gekennzeichneten Ventil, in die die Beklagte zu 1) Gas eingefüllt und die sie mit einem auf ihre Firma hinweisenden Etikett versehen hat, vertreiben ihre Abnehmer nach der Befüllung mit einer doppelten Kennzeichnung. Dabei benutzt die Beklagte zu 1) die Marke der Klägerin am Ventil nicht zwangsläufig sowohl für das Behältnis als auch für die Füllung (vgl. dazu BGH GRUR 1981, 592, 594 –Championne du Monde; GRUR 1995, 583, 584 –Montana; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 109). Mit dem Fall des Einfüllens einer Ware (Gas) in ein mit einem Kennzeichen versehenes Behältnis ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Es hängt vielmehr von den Gesamtumständen ab, ob der Verkehr die hier streitgegenständliche Kennzeichnung am Ventil zugleich auch als einen Hinweis auf die Herkunft der Dienstleistung der Befüllung von Druckbehältern mit Kohlensäure und Gasen für Dritte ansieht, wenn auf dem Druckbehälter selbst eine weitere Kennzeichnung durch einen Abfüller erscheint.

aaa) Nach dem Verständnis der Senatsmitglieder, die zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, da diese im Hinblick auf den von der Klägerin mitbeworbenen Ersterwerb von Karbonisierungsgerät und Gaszylinder weit zu fassen sind und insbesondere auch Personen umfassen, die noch nicht im Besitz eines solchen Gerätes sind, wird vom Verkehr weit eher eine differenzierte Betrachtung vorgenommen. Selbst wenn die Kennzeichnung der Klägerin am Ventil als Herkunftsbezeichnung spätestens beim Einbringen des Zylinders in das Gerät wahrgenommen würde, stünde ihr die neue Kennzeichnung am Zylinder selbst gegenüber. Wenn der Verkehr diese unterschiedlichen Kennzeichnungen des Gaszylinders zur Kenntnis nimmt, liegt es nach der Lebenserfahrung nahe, dass die angesprochenen Verbraucher unterscheiden zwischen der eingepprägten Marke der Klägerin am Ventil und der deutlich hervorgehobenen Kennzeichnung der Beklagten zu 1) auf dem eigentlichen Zylinder. Die Kennzeichnung auf dem Ventil weist darauf hin, dass der Gaszylinder nebst Ventil von der Klägerin hergestellt worden ist. Das Etikett als Zweitzeichen macht dagegen deutlich, dass die Befüllung des mehrfach zu verwendenden Gaszylinders durch die Beklagte zu 1) vorgenommen worden ist, die ihr Zeichen auffällig auf dem befüllten Zylinder angebracht hat. Darauf, dass die Marke der Klägerin trotzdem für das Behältnis und dessen Inhalt kennzeichnend sein sollte, kommt der Verkehr bei dieser Sachlage wohl kaum (BGH GRUR 1998, 697, 699 –Venus Multi).

40

bbb) Der Senat sieht auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verkehr in der Kennzeichnung "T" am Ventil eine Übermarke sieht, nach der die Klägerin auch nach dem ersten Gebrauch die Verantwortung für die Abfüllung durch andere Abfüller übernehmen will. Sicherheitsbedingte Gründe sind dafür nicht ersichtlich. Die Klägerin mag zwar für die ordnungsgemäße Erstellung des Druckbehälters einstehen müssen. Für die Sicherheit der nach erstem Gebrauch erfolgenden weiteren Befüllung zeichnet aber der sich durch das zusätzliche Etikett kennzeichnende Befüller verantwortlich. Der Verkehr bezieht die von der Beklagten zu 1) angebotenen zusätzlich anderweitig gekennzeichneten Gaszylinder auch gerade nicht in einem Unternehmen, welches erkennbar der Klägerin zuzuordnen ist, sondern in einem beliebigen anderen, welches einen Tauschhandel mit den Gaszylindern betreibt. Dieser wird möglich, weil es neben der Klägerin noch andere Abfüller gibt, die zwar die Kartuschen nebst Ventil nicht herstellen, aber befüllen. Die Tauschmöglichkeit ist deshalb auch bei den interessierten Verbrauchern und den Kunden der Beklagten zu 1) bekannt. Die Klägerin verfügt somit auch in den Augen des Verkehrs nicht über ein geschütztes und geschlossenes System, welches dafür Sorge tragen könnte, dass die wiederverwendbaren Gaszylinder nur in autorisierten Betrieben befüllt werden können. Sie kann sich insbesondere nicht dagegen wehren, dass andere Befüller die Behälter, die die Klägerin an die Verbraucher übereignet hat, jedenfalls nach Entfernung der Kennzeichnung am Ventil zum Vertrieb einer eigenen Gasfüllung benutzen. Das geschieht zumindest durch einige Abfüller, die damit

41

ehemalige Gaszylinder der Klägerin ohne jeden Hinweis auf deren Unternehmen in Verkehr bringen (OLG Düsseldorf WRP 2001, 288, 290 –Wiederverwendbare Gaszylinder). Die Klägerin könnte sich ferner nicht dagegen wehren, dass sich Verbraucher die ihnen gehörenden Gaszylinder sofort von nicht autorisierten Betrieben auffüllen lassen. Das Tauschsystem ist nur eine praktische Fortentwicklung solcher Neubefüllungen durch die Verwendung der Gaszylinder in einer Weise, wie auch Pfandflaschen gebraucht werden.

ccc) Jedenfalls bei Mineralwässern und Limonaden beurteilt der Käufer die Herkunft des Getränkes generell nicht nach einem etwaigen Flascheneinbrand mit Hinweis auf den Hersteller, sondern nach dem Flaschenetikett, wenn dieses die Firmenbezeichnung des Abfüllers deutlich zeigt (BGH GRUR 1957, 84 –Einwegflaschen). Nach dem unstreitigen Sachverhalt treten die von der Klägerin hergestellten Gaszylinder wie geschildert nach der ersten Befüllung in einen Wiederverwendungskreislauf ein, den die Klägerin nicht zu steuern vermag. Zumindest faktisch entsteht ein Tauschhandel mit solchen Gaszylindern, der sich nicht wesentlich von den entsprechenden Systemen im Bier- und Wasserhandel unterscheidet, wo Mehrfachbefüllungen auch üblich sind. Zwar mag dort der Tausch durch ein weit verzweigteres Verkaufssystem und die Verwendung von Mehrwegflaschen erleichtert werden. Das heißt aber nicht, dass die maßgeblichen Verkehrskreise nicht diese Kreisläufe berücksichtigen und nicht schon deshalb zwischen dem Hersteller des Behältnisses und dem Abfüller des Inhalts unterscheiden. Wieso hier alles mangels Verkehrsgewöhnung anders sein soll (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. April 2001 –20 U 139/00 S.11, Bl. 393 d.A.), ist dem Senat nicht einsichtig. Das T- System ist nicht so am Markt platziert und präsent, dass jeder Inhalt eines Gaszylinders dieser Firma zwangsläufig als ein Originalprodukt oder ein lizenziertes Produkt angesehen wird, selbst wenn darauf geachtet werden sollte, dass der Zylinder nebst Ventil zu dem vorhandenen Gerät passt, welches häufig aus dem Hause der Klägerin stammt.

42

ddd) Der Einsatz des fremden Zeichens könnte zwar auch dann schon für eine Markenrechtsverletzung genügen, wenn durch die Verwendung der Marke der Eindruck von bestehenden Handelsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) als Drittunternehmer erweckt wird (EuGH GRUR Int. 1999, 438 –BMW / Deenik). Es ist aber aus den oben ausgeführten Gründen schlecht nachvollziehbar, weshalb ein Verbraucher, der die unterschiedlichen Zeichen wahrnimmt, eine Zusammenarbeit der Klägerin mit der Beklagten zu 1) vermuten sollte. Die Verkehrserwartung, dass die Klägerin schon aus Sicherheits- und Haftungsgesichtspunkten ihr Zeichen auf dem Zylinder nur zulasse, weil eine Abstimmung über die Befüllung stattgefunden habe, ist eine bloße Vermutung, die nach der Lebenserfahrung sehr fraglich erscheint. Wenn sich der Verkehr über eine wirtschaftliche Verflechtung überhaupt Gedanken machen sollte, ist es ebenso gut möglich, dass er annimmt, dass die Flasche ohne Einvernehmen befüllt und in Verkehr gebracht wurde, gerade auch deshalb, weil die Klägerin die Wege der gebrauchten Gaszylinder ersichtlich nicht unter Kontrolle hat. Im übrigen ist auch möglich, dass gerade die Beklagte zu 1) den angesprochenen Verkehrskreisen als Konkurrentin der Klägerin bekannt ist. Dann läge eine Abstimmung besonders fern.

43

dd) Bei der Feststellung einer nicht bestehenden Verkehrserwartung im behaupteten Sinne ist allerdings Vorsicht geboten, weil die Einschätzung der Mitglieder des Senats noch nicht unbedingt ausschließt, dass ein nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs eine andere Erwartung haben könnte (Ingerl/Rohnke, a.a.O. § 14 Rdn. 177). Insbesondere aber die von der Klägerin mitgeteilte gegenteilige Auffassung anderer Richter hat den Senat an der Einschätzung seines Verkehrsverständnisses zweifeln lassen und dazu geführt, dass er über die Richtigkeit des von der Klägerin behaupteten Verkehrsverständnisses Beweis erheben

44

wollte. Denn eine abschließende Beurteilung der Verkehrserwartung aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung ist dem Tatrichter dann verwehrt, wenn Umstände vorliegen, die die Annahme des von ihm in Betracht gezogenen Verkehrsverständnisses als bedenklich erscheinen lassen (BGH WRP 1997, 721, 723 –Lifting Creme).

ee) Der Senat ist somit der Meinung, dass es auf eine Beweiserhebung über die Fragen, welche Bedeutung die angesprochenen Verkehrskreise der eingestanzten Kennzeichnung "T" auf dem Ventilkopf der Gaskartusche beimessen, insbesondere wenn auf der Kartusche selbst ein anderer Abfüller erscheint, und ob der Verkehr Verbindungen aufgrund der beiden Kennzeichen vermutet, ankommt. Die Klägerin ist als beweisfällig anzusehen, weil sie beweisbelastet ist und die Einzahlung des von ihr verlangten Auslagenvorschusses von vorneherein verweigert, so dass eine Beweisanordnung und eine Fristsetzung zur Einzahlung des Vorschusses in einem Beweisbeschluss reine Förmerei wäre. 45

aaa) Die Benutzung der Marke der Klägerin durch die Beklagte zu 1) und damit der Markenrechtsverstoß ist davon abhängig, dass die Verkehrserwartung dahin geht, dass die Kennzeichnung "T" auch auf die Herkunft der Befüllung hinweist, wie die Klägerin behauptet. Diese Behauptung muss die Klägerin beweisen. Der Senat ist sich nämlich nicht sicher, dass auch nur ein nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs zu einer solchen Vorstellung gelangt. 46

bbb) Zu Gunsten der Klägerin greift auch keine Vermutung oder gar Beweislastumkehr ein. Die von ihr herangezogene Entscheidung des BGH (GRUR 1995, 57, 59 - Markenverunglimpfung II) betrifft eine Fallgestaltung, die mit der vorliegenden nicht vergleichbar ist. Abgesehen davon, dass sie eine Wettbewerbsverletzung betraf, während hier eine Markenrechtsverletzung in Frage steht, geht es vorliegend nicht darum, ob ein von den Beklagten zu 1) bis 3) darzulegender Ausnahmetatbestand vorliegt, in dem eine an sich markenrechtswidrige Benutzung ausnahmsweise gestattet ist. Hier ist zu klären, ob überhaupt die tatsächlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass die Verwendung der Marke eine Markenrechtsverletzung darstellt. 47

c) Soweit es um die Benutzung der Marke der Klägerin auf dem Ventil als Kennzeichnung der ursprünglichen Herkunft der Marke geht, ist dieser Herkunftshinweis zum einen zutreffend. 48

Er besagt nicht mehr, als dass der gefüllte Gaszylinder von der Klägerin hergestellt und in Verkehr gebracht worden ist. Zum anderen ist aber auch Erschöpfung im Sinne des § 24 Abs. 1 MarkenG eingetreten. Die gekennzeichnete Ware, nämlich der gefüllte Zylinder ist mit Wissen und Wollen der Klägerin in Verkehr gebracht und erschöpft. Mit einer neuen Füllung entsteht die Ware nicht neu, sondern es erfolgt eine neue, andere Dienstleistung. Diese hat mit der Herstellung und dem Vertrieb des Gaszylinders als solchem nichts mehr zu tun. 49

d) Auch der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG liegt nicht vor. Er setzt voraus, dass es sich bei der Marke der Klägerin um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Das ist nicht der Fall. Zwar kann es grundsätzlich durch die Veränderung oder die teilweise Entfernung von Kennzeichen zu einer Verwirrung der Verbraucher und auch zu einer Ausnutzung dadurch entstehender Irrtümer kommen. Im vorliegenden Fall scheitert ein solcher Anspruch aber schon daran, dass die Klägerin zum einen keinen so überragenden Ruf hat, dass die Verbraucher damit bestimmte Gütevorstellungen verbinden, die durch Anlehnung verwertet werden können. Zum anderen ist auch nicht festzustellen, dass eine minderwertige oder im Hinblick auf die Sicherheitsvorschriften unsachgemäße Befüllung vorgenommen wurde und dadurch der Ruf der Klägerin überhaupt beeinträchtigt werden könnte. 50

3) Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin ergibt sich auch nicht aus §§ 1, 3 UWG.	51
Soweit es darum geht, dass die Marke am Ventil belassen wurde und der Verkehr die Klägerin deswegen mit der Nachfüllung in Verbindung bringen könnte, ließe sich eine Irreführung im Sinne des § 3 UWG jedenfalls ohne eine Beweisaufnahme nicht feststellen. Ein etwaiger Irreführungsvorwurf würde aber darüber hinaus voraussetzen, dass es sich bei der Marke der Klägerin um eine qualifizierte Herkunftsangabe handelt. Das scheitert schon daran, dass es an der erforderlichen Gütevorstellung im Hinblick auf die Produkte der Klägerin fehlt.	52
4) Soweit ein Unterlassungsanspruch auf § 1 UWG und ein Wettbewerbsverstoß darauf gestützt wird, der von der Klägerin erstellte Gaszylinder werde durch das Entfernen des Etikettes in entscheidender Weise verändert und daraus könne sich eine Behinderung ergeben, wird eine solche Verletzungshandlung von dem Unterlassungsantrag nicht erfasst, der vielmehr auf die verbliebene Kennzeichnung am Ventil und deren Benutzung durch die Beklagte zu 1) abstellt. Darauf ist die Klägerin schon wiederholt hingewiesen worden. Sie hat die Anträge nicht geändert. Unabhängig davon wäre aber auch materiell ein auf Behinderung der Klägerin gestützter Wettbewerbsverstoß nicht gegeben. Allerdings mag die vollständige oder teilweise Entfernung von Kennzeichen den Markenrechtsinhaber behindern können (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, UWG § 1 Rdn. 231). Inwieweit dies gerade im Rahmen eines gewünschten Wettbewerbs geschieht oder aber wettbewerbswidrig ist, ist aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen. Die unterschiedlichen Interessen der am Wettbewerb beteiligten Parteien, aber auch Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes und des Kartellrechtes sprechen dabei gegen die Klägerin. Diese hat ohne den markenrechtlichen Schutz keine Handhabe, über die aus ihrem Tauschsystem ausgeschiedenen Gaszylinder zu disponieren. Sie darf insbesondere auch das gesamte Vertriebssystem der gebrauchten Gaszylinder nicht unter Hinweis auf ihre Marken an den Behältnissen monopolisieren. Wenn sich Wettbewerber, denen es nur um die Befüllung der im Rahmen eines Tauschsystems erhaltenen leeren Gaszylinder der Klägerin geht, den Zugang zum Markt durch Entfernen oder Überkleben der Zeichen der Klägerin verschaffen wollen und müssen, so handeln sie nicht wettbewerbswidrig.	53
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.	54
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	55 56