
Datum: 15.05.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 31/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0515.6U31.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 118/01

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 12.12.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 118/01 - abgeändert.

Es wird gemäß §§ 4, 14 Markengesetz, sowie §§ 91, 890, 936 ff., 944 ZPO im Wege der einstweiligen Verfügung Folgendes angeordnet:

Die Antragsgegnerin hat es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

die Wortmarke "Q." und/oder

die Wort-/Bildmarke "Q.", wie nachfolgend eingeblendet:

im geschäftlichen Verkehr zu benutzen.

2.) Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig und begründet. Die beantragte einstweilige Verfügung ist durch den gem. Art. 99 GMV hierfür zuständigen Senat neu zu erlassen, nachdem das Landgericht sie zwar zunächst im Beschlusswege erlassen, auf den Widerspruch der Antragsgegnerin aber zu Unrecht wieder aufgehoben hat. Es besteht sowohl der für den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund als auch ein Verfügungsanspruch.

A 3

Der Antrag ist zunächst zulässig, insbesondere besteht entgegen den Zweifeln der Antragsgegnerin der Verfügungsgrund der Dringlichkeit. 4

Der Senat wendet - im Einklang mit der überwiegenden Rechtsprechung (vgl. die Nachweise bei Köhler/Piper UWG, 2.Aufl. § 25 Rn 14) - die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG auch im Markenrecht an. Das gilt auch für den Fall, dass die Antragstellerin sich wie im vorliegenden Verfahren nicht auf eine nationale, sondern auf eine Gemeinschaftsmarke stützt. 5

Die Vermutung der Dringlichkeit ist nicht widerlegt. Die Antragsgegnerin hat zwar in erster Instanz vorgetragen, sie habe bereits seit Mai 2001 die vorher entfernten Hinweise wieder durch "Pizza-Hut" ersetzt, überdies sei sie auch seit 1998 unverändert im Telefonbuch aufgeführt und habe im Restaurant befindliche Werbezettel/Kartons und Becher unverändert unter der Bezeichnung "Pizza-Hut" verwendet. Dieser Vortrag vermag die Dringlichkeitsvermutung aber nicht zu widerlegen: Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass der Mitarbeiter P. ihres Schwesterunternehmens U. KG am 5.9.2001 großflächige Plakate mit ihrer Wortbildmarke im Fenster des Lokals festgestellt habe, und hat diesen Vortrag durch die als Anlage AS 9 vorgelegte eidesstattlichen Versicherung auch glaubhaft gemacht. Dieser Vortrag der Antragstellerin ist dahin zu verstehen, dass sie bis zu jenem Zeitpunkt im September 2001 von der Wiederverwendung der Marke nichts gewusst habe. Ausgehend hiervon ist die Dringlichkeitsvermutung nicht widerlegt. Denn es oblag der Antragstellerin nicht, von sich aus die Einhaltung der Verpflichtung, die Marke nicht mehr zu benutzen, zu überwachen, und sie hat alsbald nach der bekundeten Beobachtung, nämlich am 13. 9.2001, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt. 6

B 7

Der Antrag ist auch, und zwar aus Art.9 Abs.1 lit a) GMV, begründet. Die Antragsgegnerin benutzt - wie es die Vorschrift für einen Untersagungsanspruch voraussetzt - die zu Gunsten der Antragstellerin geschützten Gemeinschaftsmarken, wie sie aus der Anlage AS 1 ersichtlich sind, gerade für die Waren, für die sie eingetragen sind. 8

Diese - unstreitige - Benutzung erfolgt auch ohne Zustimmung der Antragstellerin. 9

Die Antragsgegnerin war zwar aufgrund des im einzelnen aus der Anlage AS 2 ersichtlichen Franchisevertrages früher zur Benutzung der beiden Marken berechtigt, dieser Vertrag ist 10

aber durch die mit Schreiben vom 24.2.2000 ausgesprochene Kündigung beendet worden. Aus diesem Grunde ist es rechtlich unerheblich, ob die Antragsgegnerin, wie sie im Termin zur mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, die Bedingungen des Franchisevertrages bei der Herstellung und dem Vertrieb der nach dem Konzept der Antragstellerin anzubietenden Speisen einhält. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin - wie sie ebenfalls im Termin behauptet hat - nunmehr, nachdem über zwei Jahre lang keine Franchisezahlungen erfolgt sind, bereit ist, den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende Rechnungen zu begleichen. Auf diese Fragen kommt es deswegen nicht an, weil die schon angesprochene Kündigung wirksam war und den Vertrag beendet hat. Nach Beendigung des Vertrages besteht indes die Zustimmung der Antragstellerin zur Benutzung der Marken nicht mehr.

Gem. Ziffer 15.1 j des Vertrages besteht ein Kündigungsrecht, wenn der Franchisenehmer auf eine berechtigte Mahnung hin der Beanstandung nicht abhilft. 11

Die Erfüllung dieser Voraussetzungen für eine Kündigung hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht: Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Antragsgegnerin seit Beginn des Jahres 2000 die fälligen Franchisegebühren nicht (mehr) entrichtet hat. Sie hat damit einen Kündigungsgrund geliefert, weil sie - gemäß Ziffer 11 des Vertrages i. V. m. seinem Anhang B - zur monatlichen Zahlung der Franchisegebühren verpflichtet war . 12

Die Antragstellerin hat den Antragsgegner auch erfolglos abgemahnt. Sie hat mit dem als Anlage AS 3 vorgelegten Anwaltsschreiben vom 3. Februar 2000 den Ausgleich der rückständigen Gebühren in Höhe von fast 70.000 DM bis zum 10. Februar 2000 verlangt und für den Fall des Ausbleibens der Zahlung die Kündigung des Vertrages angedroht. Zweifel an der Wirksamkeit der Bevollmächtigung der Anwälte C., X. und Partner in G. werden von der Antragsgegnerin nicht geäußert und sind auch nicht ersichtlich. Dieses Schreiben ist der Antragsgegnerin auch zugegangen. Die Antragsgegnerin behauptet zwar in der Berufungserwiderung, sie habe "bis heute keine Zahlungsaufforderung oder Mahnung von der Antragstellerin erhalten". Das steht indes im deutlichen Widerspruch zu ihrem Vorbringen in erster Instanz: Die Antragsgegnerin hat auf Seite 11 der Widerspruchsbegründung ausdrücklich und in Fettdruck vorgetragen und damit im Sinne des § 288 ZPO a.F. zugestanden, sie habe am 3. Februar 2001 das auf der Seite 6 der Antragsschrift aufgeführte Schreiben vom selben Tag erhalten. Dabei handelt es sich um die erwähnte, als Anlage AS 3 vorgelegte Mahnung. Vor diesem Hintergrund ist ihr nunmehriges Vorbringen, sie sei niemals von der Antragstellerin gemahnt worden, prozessual unbeachtlich (§§ 288, 290, 523 ZPO a.F.). 13

Die von der Antragstellerin mit der Mahnung vom 3.2.2000 gesetzte Frist von einer Woche war auch nicht etwa zu kurz bemessen. Die Antragsgegnerin war verpflichtet, in dem relativ engen Abstand von jeweils einem Monat die Gebühren zu erbringen. Angesichts dessen ist eine Nachfristsetzung von nur einer Woche nicht zu knapp. Im übrigen würde – wollte man dies anders sehen – statt der gesetzten eine angemessene Frist zu laufen begonnen haben, die dann im Zeitpunkt der Kündigung am 24.2.2000 jedenfalls abgelaufen gewesen wäre. Anhaltspunkte dafür, dass dies nach dem von den Parteien gewählten englischen und walisischen Recht anders sein könnte, bestehen nicht. 14

Zudem ist ohnehin davon auszugehen, dass die Parteien sich im Anschluss an die Kündigung auch auf die Beendigung des Franchisevertrages geeinigt haben. 15

Die Antragsgegnerin hat damals sämtliche Logos der Antragstellerin aus den Geschäftsräumen entfernt. Damit hat sie – auch gegenüber der Antragstellerin, die in dem 16

Kündigungsschreiben ausdrücklich die Überwachung der Verpflichtung angekündigt hatte, die Marke nicht mehr zu verwenden – zum Ausdruck gebracht, dass sie selbst von einer Beendigung des Vertrages ausgehe. Daran ändert das Aufbrauchen von Werbezetteln, Kartons und Bechern nichts. Es kommt die - aus der Anlage AS 8 ersichtliche - Reaktion hinzu, die Herr Rechtsanwalt Dr. H. in ihrem Namen auf die Beanstandung der Markenverwendung anlässlich des Turniers der CHIO abgegeben hat. Der Rechtsanwalt hat darin ausdrücklich gegenüber der Antragstellerin erklärt: *"Nach Beendigung des Franchisevertrages war ich mit unserer Mandantin verblieben, dass die Marke "Pizza-Hut" nicht mehr genutzt wird."* In diesem Schreiben wird bestätigt, dass die Antragsgegnerin den Vertrag als beendet behandle.

Die Antragsgegnerin wendet hiergegen ein, sie habe Rechtsanwalt Dr. H. nie mandatiert. Dieser habe lediglich einen von ihr seinerzeit um Rat gefragten Kollegen gegenüber die Meinung vertreten, sie könne gegen die Antragstellerin gerichtlich ausschließlich in den USA vorgehen. Dieser Vortrag reicht ersichtlich nicht aus, um den Anscheinsbeweis zu erschüttern, wonach Rechtsanwalt Dr. H. von der Antragsgegnerin tatsächlich auch mandatiert war. Der vage Sachvortrag der Antragsgegnerin erklärt nämlich nicht, aufgrund welcher Umstände der Rechtsanwalt dazu gekommen sein könnte, überhaupt Kontakt mit der Antragstellerin aufzunehmen und sich dann so wie geschehen zu äußern. 17

Ohne Erfolg beruft sich die Antragsgegnerin schließlich auf ein ihr wegen angeblicher Schadensersatzforderungen zustehendes Zurückbehaltungsrecht. Der Senat hat in diesem Zusammenhang nicht zu prüfen, ob die Antragsgegnerin diese Gegenforderungen überhaupt schlüssig dargelegt hat. Das kann ebenso dahinstehen wie die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch gegenüber Unterlassungsansprüchen Zurückbehaltungsrechte im Einzelfall ausgeübt werden können. Denn jedenfalls gegen den der Antragstellerin zustehenden markenrechtlichen Unterlassungsanspruch kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden. Das gilt auch dann, wenn - was deswegen ebenfalls offen bleiben kann - wegen der getroffenen Rechtswahl für das Zurückbehaltungsrecht die Sachnormen des Rechtes von England und Wales anzuwenden sein sollten. 18

Der Zubilligung eines Zurückbehaltungsrechtes steht die Funktion der Marken entgegen, die durch die Antragsgegnerin unbefugt benutzt werden. Marken haben u.a. die Funktion, die Herkunft der mit ihr gekennzeichneten Waren aus einem bestimmten Betrieb zu garantieren (vgl. z.B. EuGH GRUR Int 96, 1144 ff Rn 43 - "Bristol-Myers Squibb"; Ingerl/Rohnke MarkenG Einl. Rn 33; Fezer, Markenrecht Einl. RZ 36 jew. m.w.N.). Der Verbraucher soll also darauf vertrauen dürfen, dass die Ware jeweils entweder von dem identischen Betrieb oder doch einem solchen stammt, der unter der Aufsicht des Markeninhabers steht. Für die Benutzung der verfahrensgegenständlichen Marken für ein Pizza-Restaurant und die dort verwendeten Gegenstände bedeutet dies, dass der Verbraucher die Herkunft der Speisen und sonstigen Waren aus derselben Quelle erwartet und darauf vertraut, dass die Antragsgegnerin in die Organisation der Q. Ketten eingebunden ist. Diese wichtige Funktion lässt bei markenrechtlichen Ansprüchen wegen unbefugter Benutzung die Geltendmachung von schuldrechtlichen Gegenrechten im Wege des Zurückbehaltungsrechtes, die eine Institutionalisierung der Irreführung des Verbrauchers bedeuten würde, nicht zu. Das gilt auch im vorliegenden Fall und angesichts der Behauptung der Antragsgegnerin, sie beziehe den Pizzateig und die übrigen Zutaten von dem von der Antragstellerin vorgesehenen Lieferanten und halte auch die in der Kette verwendeten Rezepte genau ein. Auch wenn das zutreffen sollte, wird der Verbraucher nämlich doch in dem durch die Verwendung der Marken hervorgerufenen Vertrauen enttäuscht, das von der Antragsgegnerin betriebene Restaurant sei in die Q. Kette eingebunden, unterliege damit der Kontrolle durch das von dieser 19

eingehaltene Konzept und gewährleiste damit eine auf dem Niveau der übrigen nach dem System betriebenen Speiselokale.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 ZPO. 20

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 21

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 75.000 € 22