



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 7/10 = 12 O 347/09 Landgericht Bremen

Verkündet am: 9. April 2010
gez.: Ständer
als Urkundsbeamt. der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

g... GmbH, vertr. d.d. GF ...,

Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

swb AG, vertr.d.d.Vorstandsvorsitzenden ...

Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Blum, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnelle und die Richterin am Oberlandesgericht Witt für Recht erkannt:

Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bremen, 2. Kammer für Handelssachen, vom 17. Dezember 2009 wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten der Berufung.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) nimmt die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der weiteren Verwendung des Firmenbestandteils „swb“ in Anspruch.

Die Klägerin, ein privater Anbieter auf dem Gassektor mit Sitz in N..., will seit dem 01.04.2009 auch im norddeutschen Raum einschließlich Bremen und Bremerhaven um private Kunden geworben haben.

Die Beklagte wurde 1941 als Aktiengesellschaft mit einem in den Händen der Stadtgemeinde Bremen befindlichen Aktienkapital von 52 Mio. RM gegründet und übernahm unter der Firma „Stadtwerke Bremen AG“ von den „Städtischen Werken“ die Energieversorgung Bremens. 1998 übernahm sie die bis dahin selbständige Stadtwerke Bremerhaven AG zu 100 %. 1999 änderte sie ihre Firma in „swb AG“. 2000 veräußerte die Stadtgemeinde ein Aktienpaket von 51 % an das niederländische Energieversorgungsunternehmen E...; weitere 49 % wurden 2003 an die E... AG in Oldenburg veräußert. Eine Aktie verblieb bei der Bremer Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft, heute Bremer Verkehrsgesellschaft mbH (im Folgenden: BVG), einer stadteigenen Gesellschaft. Am 14.04.2009 erwarb die Freie Hansestadt Bremen das Aktienpaket von E... und veräußerte es in zwei Tranchen von 25,9 % und 25,1 % an die E... AG; diese hält

seit Oktober 2009 alle Aktien mit der Ausnahme der in Händen der BVG befindlichen Aktie. Die Stadtgemeinde Bremen hat ferner einen Sitz im Aufsichtsrat der Beklagten.

Die Beklagte hat heute die Funktion einer Holding-Gesellschaft im Konzern; die Versorgungsverträge mit den Kunden über die Gasbelieferung werden von der von der Beklagten beherrschten swb Vertrieb Bremen GmbH bzw. in Bremerhaven von der swb Vertrieb Bremerhaven GmbH & Co. KG abgeschlossen.

Die Klägerin hat vorgetragen, die zu ihr im Wettbewerb stehende Beklagte suggeriere mit dem Firmenbestandteil „swb“ bei ihren Kunden, dass es sich bei ihr weiterhin um ein kommunal betriebenes bzw. kommunal geführtes Unternehmen handle. Die angesprochenen Verkehrskreise verstünden auch heute noch „swb“ als Abkürzung für „Stadtwerke Bremen“. Der damit hergestellte Bezug zu staatlichen Stellen sei eine unberechtigte Autoritätsanmaßung, die den Verkehr in die Irre führe. Damit verhalte sich die Beklagte unlauter i. S. d. § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Außerdem verstoße sie gegen die §§ 3 Abs. 2 und 3 sowie 4 Nr. 10 UWG.

Das Landgericht Bremen, 2. Kammer für Handelssachen, hat mit Beschluss vom 11.09.2009 den Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die Unternehmensbezeichnung „swb“ sei nicht irreführend, weil der Verkehr heute diese Buchstabenfolge nicht mehr als Kurzbezeichnung für „Stadtwerke“ verstehe.

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 22.10.2009 der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt, in ihrer Firmierung den Bestandteil „swb“ zu verwenden. Der Klägerin stehe als Mitbewerberin gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG zu. Ein relevanter Teil der Bremer Bevölkerung verstehe weiterhin „swb“ als Abkürzung für „Stadtwerke Bremen“ und verbinde hiermit den heute unzutreffenden Eindruck, es handle sich um ein kommunales Unternehmen, mit dem die Verkehrskreise immer noch die Vorstellung besonderer Verlässlichkeit, Seriosität und Bonität verbänden.

Mit ihrem hiergegen eingelegten Widerspruch hat die Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten. Sie hat außerdem unter Hinweis darauf, dass sie im „swb“-Konzern ausschließlich eine Holding-Funktion wahrnehme und nicht selbst operativ auf dem Gasmarkt tätig sei, das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses in Frage gestellt. Ihre Firmierung sei aber auch nicht

irreführend. Nachdem sie bereits seit 10 Jahren ausschließlich die Kennzeichnung „swb“ verwende, stelle ein erheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise überhaupt keine Verbindung mehr zu der historischen Firmierung her. Dem Verbraucher sei zudem bewusst, dass eine Vielzahl von Kommunen ihre Versorgungseinrichtungen privatisiert hätten. Eine Irreführung scheide auch deswegen aus, weil die Hauptaktionärin der Verfügungsbeklagten, die E...AG, zu über 70 % im Eigentum niedersächsischer Städte und Landkreise stehe, die in den Verbänden W... GmbH (...) und E... GmbH (...) organisiert seien, so dass sie - die Beklagte - zumindest mittelbar kommunal beherrscht werde. Die Verbände hielten zusammen 74 % der Anteile an der E... AG. Die restlichen Aktien würden von der EBW ... AG gehalten, deren Aktien zu 45,01 % von kommunalen Anteilseignern gehalten würden. Darüber hinaus habe die BVG im Zusammenhang mit der Aktienveräußerung im Jahre 2009 ein Vertragspaket mit der E... AG abgeschlossen, welches die Fortführung der tiefen Verankerung der Beklagten in Bremen und Bremerhaven sichere.

Nach mündlicher Verhandlung am 17.12.2009 hat das Landgericht Bremen mit Urteil vom 17.12.2009 die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen. Die Klägerin sei nicht berechtigt, ihr Unterlassungsbegehren im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen, denn sie habe durch ihr Verhalten im Prozess zu erkennen gegeben, dass es ihr nicht eilig sei, wodurch die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG widerlegt sei. Die Klägerin habe anlässlich ihres mit Schriftsatz vom 04.11.2009 gestellten Terminsverlegungsantrags mitgeteilt, dass sie der Beklagten zugesagt habe, zunächst noch keinen Bestrafungsantrag stellen zu wollen. Damit habe sie für die Zeit vom Erlass der einstweiligen Verfügung am 22.10.2009 bis zur mündlichen Verhandlung, also für fast zwei Monate, auf eine Vollstreckung verzichtet und damit zu erkennen gegeben, dass es ihr auf einen einstweiligen Rechtsschutz nicht ankomme.

Mit der hiergegen rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung widerspricht die Klägerin der Ansicht des Landgerichts, die Dringlichkeitsvermutung nach § 12 Abs. 2 UWG sei entfallen. Sie habe allerdings im Hinblick darauf, dass das Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung zuerst abgelehnt hatte, zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen die mündliche Verhandlung erst einmal abwarten wollen; anschließend hätte sie aber umgehend die Verhängung von Ordnungsmitteln beantragt. Eine Verzögerung des Verfahrens sei hierdurch nicht eingetreten. Im Übrigen hält die Klägerin unter Bezugnahme auf den von ihr für richtig gehaltenen Beschluss des OLG Bremen vom 22.10.2009 an ihrer Ansicht fest, dass die Beklagte sich mit der Bezeichnung „swb“ wettbewerbswidrig verhalte.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bremen es der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu €250.000,00, ersatzweise einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall einer Ordnungshaft bis zu 2 Jahren zu untersagen, in ihrer Firmierung den Bestandteil „swb“ zu verwenden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und weist ergänzend darauf hin, dass die Klägerin bereits im Mai 2009 aus den Verfahren gegen ihre damals noch als „g... Stadtwerke GmbH“ firmierende Schwestergesellschaft vor dem Landgericht Kiel (15 O 47/09 und 15 O 77/09) Kenntnis von der Firmierung und der Eigentümerstruktur der Beklagten gehabt habe. Bereits bei Erlass der einstweiligen Verfügung durch das OLG Bremen habe also keine Eilbedürftigkeit mehr bestanden. In der Sache hält die Beklagte daran fest, dass kein Wettbewerbsverhältnis vorliege, „swb“ eine Phantasiebezeichnung sei, die keine Fehlvorstellungen hervorrufe, und sie bzw. ihre Tochtergesellschaften tatsächlich weiterhin die Aufgaben eines kommunalen Versorgers wahrnehmen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Der Senat folgt allerdings nicht der Ansicht des Landgerichts, dass die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG widerlegt sei. Der Senat kann aber nicht nach § 940 ZPO der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung die weitere Benutzung des Firmenbestandteil „swb“ gemäß §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG verbieten, denn es ist nicht hinreichend glaubhaft, dass die mit der Bezeichnung „swb“ eingehende Assoziation „Stadtwerke Bremen“ geeignet ist, einen relevanten Anteil der angesprochenen Verkehrskreise irrezuführen. Für eine gezielte Behinderung der Klägerin gemäß § 4 Nr. 10 UWG oder für einen Verstoß der Beklagten gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG sieht der Senat von vornherein keine Anhaltspunkte:

A.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sowie des Landgerichts fehlt dem Verfügungsantrag nicht die Eilbedürftigkeit. Nach § 12 Abs. 2 UWG bedarf es im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche nicht der Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Die Voraussetzungen, unter denen die Vermutung der Eilbedürftigkeit des § 12 Abs. 2 UWG entfallen, liegen nicht vor.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die Klägerin ausweislich des Rechtsstreits gegen ihre Schwestergesellschaft „g... SW GmbH“ bzw. damals noch „g... Stadtwerke GmbH“ über den gemeinsamen Geschäftsführer bereits im Mai 2009 von ihr – der Beklagten – sowie davon gewusst habe, dass sie nicht mehr im kommunalen Besitz sei, vernachlässigt sie, dass von Mitte April 2009 bis Oktober 2009 die Besitzverhältnisse an der Beklagten im Umbruch waren und in dieser Zeit die Freie Hansestadt Bremen vorübergehend wieder im Mehrheitsbesitz der Aktien war. Dabei spielt keine entscheidende Rolle, ob - wie die Beklagte in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vorträgt – der Rückerwerb der Aktien noch nicht im April 2009 erfolgt sein soll, sondern „nur“ die entsprechenden Verträge zu diesem Zeitpunkt geschlossen worden seien. Jedenfalls hatte sich die Freie Hansestadt Bremen über diese Vereinbarungen den Zugriff auf die Aktienmehrheit gesichert, mag die dingliche Vollziehung der Abreden auch noch nicht erfolgt sein. Allerdings hatte die öffentliche Hand nach den dem Senat bekannten politischen Verlautbarungen nicht die Absicht, diese Aktienmehrheit nunmehr wieder dauerhaft zu halten; bereits die Höhe des Kaufpreises von €680 Mio. und die finanzielle Situation Bremens verboten dies. Die Aktienübernahme erfolgte vielmehr, weil im Zuge der geplanten Fusion zwischen E... und R... die Kartellbehörden von E... die Abgabe der Aktienmehrheit an der Beklagten verlangten und die Freie Hansestadt Bremen auf diese Weise auf die Person des Erwerbers Einfluss nehmen wollte. Dies ändert aber nichts daran, dass einem in dieser Schwebezeit gegenüber der Beklagten gestellten Unterlassungsantrag hätte entgegengehalten werden können und mit Sicherheit auch entgegengehalten worden wäre, dass die Beklagte wieder im kommunalen Mehrheitsbesitz sei. Ein solches Prozessrisiko musste die Klägerin nicht auf sich nehmen. Sie konnte vielmehr erst einmal die Weiterveräußerung der Aktienmehrheit an einen neuen Eigentümer abwarten.

Der Senat teilt auch nicht die Ansicht des Landgerichts, aus dem Verzicht der Klägerin auf Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlass der einstweiligen Verfügung durch den Senat am 22.10.2009 und vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 17.12.2009 folge, dass es der Klägerin nicht eilig gewesen sei.

Dabei mag dahinstehen, ob über die nach § 936, 929 Abs. 2 ZPO innerhalb eines Monats vorzunehmende Vollziehung des Titels hinaus an einen Verfügungskläger weitere

Anforderungen gestellt werden können, um dem Einwand zu begegnen, der Verfügungsgrund sei nunmehr entfallen. Für die Vollziehung einer Unterlassungsverfügung ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ausreichend, dass diese im Parteibetrieb innerhalb der Vollziehungsfrist zugestellt wird, ohne dass noch Vollstreckungsmaßnahmen hinzutreten müssen. Es reicht aus, dass der Verfügungskläger durch Parteizustellung innerhalb der Vollziehungsfrist seinen Willen äußert, von der einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen (siehe BGH NJW 1990, 122, 124 m.w.Nw.). Ob er im Übrigen während des laufenden Widerspruchsverfahrens auf die Einsicht des Gegners hofft oder durch Vollstreckungsmaßnahmen seinem Rechtsschutzbegehren Nachdruck verleiht, bleibt ihm vorbehalten. Dass dennoch zur Aufrechterhaltung des Verfügungsgrundes der Verfügungskläger auch bereits Vollstreckungsmaßnahmen einleiten muss, vermag der Senat für den Bereich des UWG schon im Hinblick auf § 12 Abs. 2 UWG nicht zu erkennen.

Im vorliegenden Fall kann von einem Wegfall der Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG schon deswegen keine Rede sein, weil der Verzicht der Klägerin auf Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlass der einstweiligen Verfügung unstrittig auf einer Vereinbarung mit der Beklagten beruht, mit der die Parteien sich darüber verständigt haben, dass die Klägerin jedenfalls bis zum Verhandlungstermin vor dem Landgericht über die einstweilige Verfügung auf Vollstreckungsmaßnahmen verzichten wollte. Dies war entgegen den Ausführungen des Landgerichts nicht nur im Interesse der Klägerin, um Schadensersatzansprüche gemäß § 945 ZPO zu vermeiden, sondern entsprach auch dem erklärten Interesse der Beklagten, nicht bereits zu kostenintensiven und eventuell auch ihre Marke nachhaltig beeinträchtigenden Maßnahmen gezwungen und auf gegebenenfalls nicht zu realisierende Schadensersatzansprüche verwiesen zu werden. Der Senat hält es nicht für gerechtfertigt, derartige, aus Sicht beider Parteien wirtschaftlich vernünftige Vereinbarungen einseitig zu Lasten des Verfügungsklägers zu bewerten und hieraus die Schlussfolgerung zu ziehen, der Klägerin sei es in Wahrheit nicht mehr eilig.

B.

1.

Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG scheidet nicht bereits daran, dass die Parteien keine Mitbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG seien.

Dass die Klägerin jedenfalls seit Juni 2009 auch im norddeutschen Raum als Anbieter der Erdgasversorgung für private und geschäftliche Abnehmer auftritt, hat sie mit der eidesstattlichen Versicherung vom 23.11.2009 (Anlage AS 6) ihres „Key Account Manager“ im

Vertriebsinnendienst, Herrn N... hinreichend glaubhaft gemacht. Allerdings ergibt sich aus der von der Beklagten vorgelegten eidesstattlichen Versicherung von Frau S... vom 05.11.2009 (Anlage AG 6), dass die Beklagte heute ausschließlich eine Holdingfunktion inne hat und insbesondere die hier interessierenden Verträge über Gaslieferungen mit Endkunden durch die swb Vertrieb Bremen GmbH bzw. die swb Vertrieb Bremerhaven GmbH & Co. KG abgeschlossen werden. Ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis besteht damit nur zwischen der Klägerin und diesen Tochtergesellschaften der Beklagten.

Für das nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis ist aber nach Auffassung des Senats auch eine mittelbare Konkurrenz ausreichend. Mindestvoraussetzung ist, dass zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (siehe Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 2, Rz. 95f.). Es ist jedoch die Beklagte, die die Geschäftspolitik der „swb-Gruppe“ und deren Auftreten in der Öffentlichkeit bestimmt und die von der Öffentlichkeit stellvertretend für diese wahrgenommen sowie mit ihren Tochtergesellschaften identifiziert wird. Soweit – was noch zu diskutieren sein wird – mit dem Bestandteil „swb“ in der Firma der Beklagten bei den angesprochenen Verkehrskreisen die Fehlvorstellung geweckt wird, es handele sich hierbei um die „Stadtwerke Bremen“, welches ein kommunales Energieversorgungsunternehmen sei, kommt diese Fehlvorstellung den jeweils das operative Geschäft betreibenden Tochtergesellschaften zu Lasten der Klägerin zugute. Dies rechtfertigt es auch nach Auffassung des Senats, für den hier maßgeblichen Unterlassungsanspruch die Beklagte als Wettbewerberin der Klägerin zu bewerten mit der Folge, dass sie bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen auf Unterlassung der Führung ihres Firmenbestandteils in Anspruch genommen werden kann.

2.

Der Senat hält an seiner im Beschluss vom 22.10.2009 vertretenen Auffassung fest, dass ein relevanter Anteil der Endverbraucher in Bremen und Bremerhaven als die angesprochenen Verkehrskreise die Bezeichnung „swb“ nicht als bloße Fantasiebezeichnung versteht, sondern – weiterhin – als Kurzbezeichnung für „Stadtwerke Bremen“. Da die Mitglieder des Senats zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, kann der Senat dies anhand des eigenen Verständnisses feststellen.

Die von der Beklagten vorgelegten Meinungsumfragen widerlegen diese Einschätzung nicht, auch soweit der Senat aus dem eigenen Verständnis auf das Verständnis eines relevanten Anteils der angesprochenen Verkehrskreise, d.h. der Endkunden oder potentiellen Endkunden eines Gasversorgungsunternehmens schließt.

So haben in der im Januar 2010 auf Veranlassung der Beklagten durchgeführten Meinungsumfrage durch die promit Marktforschung auf die Frage, wer zur Zeit ihr Energieversorger sei, 14,4 % der Befragten in Bremen und sogar 22 % der Befragten in Bremerhaven die „Stadtwerke Bremen“ bzw. Bremerhaven genannt. Damit nahmen die „Stadtwerke“ nach der „swb“ (mit 54,9 % in Bremen und 52,6 % in Bremerhaven) in der Rangfolge der genannten Energieversorger vor Lichtblick (6,3 % in Bremen bzw. 5,1 % in Bremerhaven) und den weiteren Wettbewerbern die 2. Stelle ein. Dies zeigt, dass die Bezeichnung „Stadtwerke Bremen“ bzw. „Stadtwerke Bremerhaven“ auch heute noch einem nicht unerheblichen Teil der Verkehrskreise geläufig ist. Die aktuellen Ergebnisse liegen damit im Übrigen deutlich höher als bei den mit einer etwas abweichenden (gleichfalls ungestützten) Fragestellung („Welche Energieversorger, Energieanbieter bzw. Energiemarken fallen Ihnen spontan ein?) durchgeführten vorangegangenen Befragungen mit Werten von 10,1 % (11/06), 12 % (06/07), 8,1 % (11/08) und 5,2 % (04/09); für 11/06 und 06/07 handelt es sich um die Prozentsätze für Bremen, für 11/08 und 04/09 betraf die vorgelegte Befragung wohl auch Bremerhaven. Dies zeigt, dass die Bezeichnung „Stadtwerke Bremen“ durchaus noch jedenfalls latent in der Bremer Bevölkerung bekannt ist und – etwa durch die verstärkte Berichterstattung im Zuge der gerichtlichen Auseinandersetzungen von Gaskunden mit der swb Vertrieb Bremen GmbH über die Zulässigkeit von Gaspreiserhöhungen - wieder verstärkt ins Bewusstsein gebracht werden kann. Jedenfalls bis vor kurzem war es im „Weser Kurier“ durchaus üblich, die Nennung der Beklagten mit dem Klammerzusatz „Stadtwerke Bremen“ oder „Stadtwerke“ zu versehen.

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Frage, ob und in welchem Umfang die Kunden die Bezeichnung „swb“ als Abkürzung für „Stadtwerke Bremen“ verstehen oder jedenfalls von der Buchstabenfolge „swb“ auf die „Stadtwerke Bremen“ schließen, wurde nicht gestellt. Bei der Frage (Seite 11 des promit-Ergebnisberichts vom Februar 2010), warum sich die Stadtwerke Bremen in swb umbenannt hätten, wurde mit dieser Fragestellung bereits den Befragten aufgezeigt, dass es sich bei der swb um die früheren Stadtwerke Bremen handelt. So erklärten zwar lediglich 4,9 % der befragten Bremer und 6,8 % der befragten Bremerhavener, swb sei nur eine Abkürzung für Stadtwerke Bremen, es habe sich nichts geändert. 51,8 % wussten hierzu nichts zu sagen. Damit steht aber nicht fest, dass nicht ein relevanter Anteil dieser Befragten auf die Frage, wer mit „swb“ gemeint sei, „Stadtwerke Bremen“ geantwortet hätten. Auch die weiteren Antworten („weil die Stadtwerke verkauft wurden“, „klingt kürzer/prägnanter/moderner“, „aus Marketinggründen/wollen ein neues Image“, „ist eine Modeerscheinung bei EVU“) schließen eine solche Assoziation bei den Befragten nicht aus.

Dabei ist sich der Senat bewusst, dass in Anbetracht des neuen Verbraucherleitbildes des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers die früher für maßgeblich gehaltenen Prozentsätze für eine wettbewerbsrechtlich relevante (Fehl-) Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise von 10 bis 15 % nach oben zu korrigieren sind und im Bereich jedenfalls von 25 % anzusiedeln sein dürften (siehe BGH, Urt. v. 02.10.2003, I ZR 252/01, „Mindestverzinsung“; NJW 2004, 439f. = GRUR 2004, 162; Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5, Rz. 2.106). Für den Senat bestehen aber keine ernsthaften Zweifel, dass jedenfalls bei einem Viertel der angesprochenen Verkehrskreise weiterhin „swb“ mit „Stadtwerke Bremen“ gleichgesetzt wird.

3.

Der Senat vermag aber aus seinem eigenen Erfahrungswissen heraus nicht hinreichend verlässlich einzuschätzen, ob bei einem relevanten Anteil der Bevölkerung mit der Gleichsetzung von „swb“ mit „Stadtwerke Bremen“ auch eine den Wettbewerb zu Lasten der Klägerin verzerrende Fehlvorstellung über die Beklagte bzw. die zu ihrem Konzernverbund gehörenden Versorgungsunternehmen entsteht. Glaubhaftmachungen, die dem Senat eine derartige Einschätzung ermöglichen, liegen nicht vor; für die Einholung eines Sachverständigengutachtens (siehe hierzu BGHZ 156, 250, 254) ist im einstweiligen Verfügungsverfahren als einem Eilverfahren kein Raum.

Allerdings spricht nach Einschätzung des Senats weiterhin vieles dafür, dass mit der Bezeichnung „Stadtwerke“ nicht allein die Vorstellung verbunden wird, es handele sich um ein Unternehmen der Daseinsvorsorge, sondern die angesprochenen Verkehrskreisen in einem „Stadtwerk“ ein kommunales Unternehmen oder jedenfalls einen gemeindenahen Betrieb sehen, bei dem die Kommune einen bestimmenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik hat (siehe OLG Hamm, Urt. v. 08.12.09, 4 U 129/09; LG Kiel, Urteile vom 27.07.09 zu 15 O 47/09 und 15 O 77/09; LG Bochum, Urt. v. 30.06.09, I-12 O 25/09; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 09.12.08, 3 O 10286/08 – jeweils zitiert in juris).

Ein solches kommunales Unternehmen sind die Beklagte und die von ihr beherrschten Tochterunternehmen heute nicht mehr. Die Beklagte befindet sich nunmehr – mit Ausnahme einer der stadteigenen BVG gehörenden Aktie – im Besitz der E... AG Oldenburg, einem privaten Unternehmen, auf das weder die Stadtgemeinde noch das Land Bremen bestimmenden Einfluss haben. Dass nach dem Vortrag der Beklagten die E... AG zu 74 % im Eigentum niedersächsischer Städte und Landkreise steht, die sich in den Verbänden W...GmbH (W...; Aktienanteil 59 %) und E...GmbH (... , Aktienanteil 15 %) zusammengeschlossen haben, ersetzt den von den Bremer und Bremerhavener Kunden erwarteten bestimmenden Einfluss der

eigenen

Kommune

schon

deswegen nicht, weil es sich um den Zusammenschluss verschiedener fremder Kommunen handelt, von denen nicht zu erwarten steht, dass sie sich gegenüber der Bremer Bevölkerung besonders verantwortlich fühlen und ihr Engagement nicht gewinnorientiert ist. Gleiches gilt für den Eigentümer der restlichen Aktien, die EBW... AG, deren Aktien wiederum zu 45,01 % von kommunalen Anteilseignern gehalten werden.

Der Senat teilt auch nicht die Einschätzung der Beklagten, die Freie Hansestadt Bremen habe sich über den Besitz einer Aktie durch die stadteigene BVG sowie über die von der Beklagten auszugsweise vorgelegten Verträge – den Konsortialvertrag und den Kooperationsvertrag zwischen der BVG und der E... AG – insbesondere mit dem Recht zur Benennung eines Aufsichtsratsmitglieds der Beklagten eine Stellung gesichert, durch die Beklagte weiterhin als ein kommunal beherrschtes Unternehmen anzusehen sei. Die vorgelegten vertraglichen Vereinbarungen gehen über gemeinsame Absichtserklärungen über die Unternehmensziele und die energiepolitischen Zielsetzungen nicht hinaus. Auch der Einfluss eines Mitglieds des Aufsichtsrats, dessen Tätigkeit im Grundsatz gemäß § 111 Abs. 1 AktG auf die Überwachung der Geschäftsführung ausgerichtet ist, ist beschränkt.

Wie im Beschluss vom 22.10.2009 bereits ausgeführt, können durch die Bezeichnung eines Unternehmens als „Stadtwerke“ bei den angesprochenen Verkehrskreisen bestimmte positive Qualitätsvorstellungen hervorgerufen werden, die man regelmäßig mit einem rein privaten Unternehmen nicht verbindet. Dies betrifft vor allem die Erwartung, dass ein kommunal geführtes Unternehmen eine mit der Region besonders verbundene und auf die Interessen der einheimischen Bevölkerung im besonderen Maße Rücksicht nehmende Unternehmenspolitik betreibt, die insbesondere auch soziale Belange einbezieht und bei der – unabhängig von der konkreten Rechtsform – kein echtes Insolvenzrisiko besteht, weil hinter dem Unternehmen „der Staat“ steht (siehe OLG Hamm, Urt. v. 08.12.09, 4 U 129/09; LG Kiel, Urteile vom 27.07.09 zu 15 O 47/09 und 15 O 77/09; LG Bochum, Urt. v. 30.06.09, I-12 O 25/09; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 09.12.08, 3 O 10286/08 – jeweils zitiert in juris). Allerdings dürfte heute angesichts der allseits bekannten Finanznöte der öffentlichen Hand und insbesondere der Kommunen bei dem verständigen Verbraucher bekannt sein, dass auch kommunale Unternehmen im Grundsatz rentabel zu führen sind. Das schließt aber nicht die Erwartung aus, es nicht mit einem allein profitorientierten Unternehmer zu tun zu haben, der insbesondere in seiner Preispolitik sich nicht von sozialen oder kommunalen Erwägungen leiten lässt, sondern die Gewinne erwirtschaften will, „die der Markt hergibt“. Auch die mit einem kommunalen Unternehmen verbundenen negativen Assoziationen, die aus einer Gleichsetzung solcher Unternehmen mit der öffentlichen Verwaltung herrühren (insbesondere Langsamkeit, Umständlichkeit und

Bürgerferne, „Bürokratie“), sind nach Einschätzung des Senats nicht geeignet, von vornherein die bereits aufgeführten positiven Assoziationen zu neutralisieren.

Für den Senat sind aber zwei Gesichtspunkte maßgeblich, die den vorliegenden Fall von den bereits entschiedenen Rechtsstreitigkeiten wesentlich unterscheiden und die dem Senat in Abweichung von seinem Beschluss vom 22.10.2009 nicht die Feststellung ermöglichen, dass ein hinreichend großer Anteil der angesprochenen Verkehrskreise mit der Bezeichnung „swb“ wettbewerbsrechtlich relevante Fehlvorstellungen verbindet:

Zum einen kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte seit nunmehr 10 Jahren nicht mehr die Bezeichnung „Stadtwerke Bremen“ in ihrer Firma verwendet. Die Irreführungsgefahr knüpft vielmehr – wie oben bereits erläutert – nur daran an, dass relevante Bevölkerungskreise mit der Buchstabenfolge „swb“ weiterhin „Stadtwerke Bremen“ assoziieren. Daraus allein folgt aber noch nicht eine nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG wettbewerbsrechtlich relevante Fehlvorstellung. Diese erfordert vielmehr die weitere Assoziation, dass es sich bei den „Stadtwerke(n) Bremen“ um ein nach wie vor kommunal geführtes oder von der Kommune beherrschtes Unternehmen handelt, sowie die daran anknüpfende Vorstellung, dass ein solcher kommunaler Energieversorger sich den Endverbrauchern gegenüber kundenfreundlicher verhält oder „seriöser“ ist als ein Unternehmen, das diesen kommunalen Bezug nicht hat.

Zum anderen handelt es sich bei der Beklagten nicht um ein neu auf dem Markt auftretendes Unternehmen, sondern um den seit Jahrzehnten in Bremen und Bremerhaven ansässigen - ehemals kommunalen - Energieversorger. Diese Historie muss die Beklagte nicht leugnen, auch wenn sie das operative Geschäft auf die von ihr beherrschten Tochterunternehmen verlagert hat. Durch die Veräußerung der Aktien – bis auf eine „symbolische“ Aktie – an private Eigner verlor zwar die Beklagte ihren Charakter als „echtes“ kommunales Unternehmen, verblieb aber der seit Jahrzehnten in der Region verankerte Energieversorger, der einen festen Kundenstamm und das Vertrauen dieser Kunden in die Qualität seiner Leistungen erworben hatte. Auch die Verringerung des Einflusses der Kommune auf einen Aufsichtsratsposten, abgesichert lediglich durch eher unverbindliche Absichtserklärungen der Eigner der Beklagten zu einer am Interesse der Kommune orientierten Unternehmensstrategie, zwingt nach Auffassung des Senats die Beklagte nicht dazu, sich nunmehr gegenüber ihren Kunden als gewissermaßen völlig neues Unternehmen zu präsentieren, das sich erst das Vertrauen ihrer Kunden neu erwerben müsse. Soweit also die angesprochenen Verbraucher aus der „Übersetzung“ von „swb“ in „Stadtwerke Bremen“ auf diese Unternehmenskontinuität schließen, ist diese Annahme zutreffend; eine Irreführung liegt insoweit nicht vor.

Für eine Irreführung bleibt somit nur Raum, soweit die Endverbraucher aus dem Verständnis von „swb“ als „Stadtwerke Bremen“ auch darauf schließen, dass nach wie vor die Beklagte im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand sei, und damit zusätzlich die oben angesprochenen positiven Eigenschaften eines solchen kommunalen Unternehmens verbinden sowie diese bei der Beklagten bzw. bei ihren Tochtergesellschaften voraussetzen. In welchem Umfang die Bezeichnung „swb“ diese Fehlvorstellungen hervorzurufen geeignet ist, kann der Senat aber aus eigenem Erfahrungswissen heraus nicht hinreichend verlässlich einschätzen.

Allerdings reicht im einstweiligen Verfügungsverfahren nach §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO aus. Danach genügt ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung; eine Behauptung ist glaubhaft gemacht, sofern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft (siehe BGH MDR 2007, 669, 670 m.w.Nw.).

Nach dem eigenen Erfahrungswissen des Senats erscheint es aber lediglich als möglich, dass ein Anteil von 25 % oder mehr der Endkunden diese Fehlvorstellungen haben. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht hierfür dagegen nicht, auch wenn der Senat die Ergebnisse der von der Beklagten vorgelegten Meinungsumfragen berücksichtigt, wobei unterstellt werden kann, dass sich die Klägerin die für sie günstigen Ergebnisse zu eigen macht. So wenig die Umfrageergebnisse geeignet sind, die Einschätzung des Senats zu erschüttern, dass ein relevanter Teil der Bremer und Bremerhavener Bevölkerung nach wie vor „swb“ mit „Stadtwerke Bremen“ gleichsetzt (s.o.), so wenig belegen sie den darüber hinausgehenden Schluss, dass damit auch bei mindestens 25 % der Endverbraucher die Vorstellung einhergeht, es handele sich um ein kommunales Unternehmen, welches zudem wegen dieser kommunalen Anbindung über besondere Qualitäten verfüge, die die Beklagte möglicherweise nicht erfüllt. Dass die „Stadtwerke Bremen“ im wechselnden und zuletzt wieder auf einen Durchschnittswert von 15,6 % (so die Umfrage aus Januar 2010, dort Seite 5) ansteigenden Umfang als Marke im Bewusstsein der Bremer und Bremerhavener Bevölkerung verblieben sind, besagt weder positiv noch negativ etwas über die Vorstellungen der Befragten darüber, ob es sich weiterhin um ein kommunales Unternehmen handelt. Auf die in derselben Umfrage gestellte Frage „Wer steht nach Ihrer Kenntnis hinter dem Unternehmen swb? Wer sind der oder die Anteilseigner von swb?“ antworteten 14,9 % der Befragten in Bremen und 7 % der Befragten in Bremerhaven, dass dies „nur die Stadt Bremen“ sei. Damit läge ein lediglich unterhalb des erforderlichen Quorums liegender Prozentsatz der insoweit mit einer Fehlvorstellung Behafteten vor. Dabei bleibt zudem die Frage offen, ob diese Fehlvorstellung auf der Verwendung der Bezeichnung „swb“ beruht oder sich hierin nicht lediglich widerspiegelt, wie lange sich bestimmte von der Realität überholte Vorstellungen in der Bevölkerung halten. Soweit weitere 7,9 % auf dieselbe Frage erklärten, dass „unter anderen die Stadt Bremen“ Anteilseignerin sei, ist unklar, ob sie

dabei von einem maßgeblichen Einfluss der Stadt über diese Anteile ausgehen. Auf die Frage, warum swb nach Meinung der Befragten ein solides Unternehmen sei (Seite 7 der Befragung vom Januar 2010), führten nur 5,3 % der Befragten in Bremen und sogar nur 2,4 % in Bremerhaven an, das liege daran, dass swb (z.T.) der Stadt Bremen gehöre. Auch wenn diese Fragestellung eher die Relevanz der Fehlvorstellung für das Kundenverhalten der Befragten als das Ausmaß der Fehlvorstellung abfragt, spricht auch dieser geringe Prozentsatz nicht dafür, dass von einem auch nur 20 % überschreitenden Anteil der angesprochenen Endverbraucher ausgegangen werden kann, der irrig der Einschätzung ist, „swb“ sei nach wie vor ein von der Stadt Bremen beherrschtes Unternehmen, und der damit besondere Qualitätsvorstellungen verbindet.

Der Hinweis der Klägerin auf die vom Bundesgerichtshof in der „Bundesdruckerei“-Entscheidung (Urt. v. 29.03.2007, I ZR 122/04, GRUR 2007, 1079ff.) bestätigte Rechtsprechung, dass in der Regel aus dem Hervorrufen einer Fehlvorstellung auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Irreführung geschlossen werden könne (dort Tz. 26), vernachlässigt nach Auffassung des Senats, dass der Senat erst einmal eine entsprechende Fehlvorstellung bei einem relevanten Quorum der angesprochenen Verkehrskreise feststellen muss, ehe sich die Frage der wettbewerbsrechtlichen Relevanz stellt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO

gez. Blum

gez. Dr. Schnelle

gez. Blum

RinOLG Witt hat Urlaub
und kann nicht unterschreiben

Für die Ausfertigung

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen