



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVZ 55/15

vom

12. Juli 2016

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Juli 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Oktober 2015 wird zurückgewiesen.

Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Verfahrens über die Nichtzulassungsbeschwerde einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen.

Der Gegenstandswert für das Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt die örtlichen Verteilernetze für Strom und Gas in München. Sie tritt im Verkehr bislang unter folgendem Zeichen auf:



- 2 Die mit ihr unternehmensrechtlich verbundene Vertriebsgesellschaft verwendet folgendes Zeichen:



Stadtwerke München

- 3 In einem von der Bundesnetzagentur eingeleiteten Verfahren wegen Verstoßes gegen § 7a Abs. 6 EnWG kündigte die Betroffene an, künftig unter folgendem Zeichen aufzutreten:

SWM Infrastruktur

Ein Unternehmen

der Stadtwerke München / 

- 4 Die Bundesnetzagentur hielt diese Änderungen nicht für ausreichend.

5 Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass die Verwendung des bisher eingesetzten Zeichens bei der Kommunikation der Betroffenen im Internet, in Musterverträgen und auf dem Geschäftspapier nicht gewährleistet, dass eine Verwechslung zwischen ihr als Verteilernetzbetreiberin und den Vertriebsaktivitäten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausgeschlossen sei. Zugleich hat die Bundesnetzagentur die Verpflichtung ausgesprochen, die Verwendung dieses Zeichens bei der Kommunikation im Internet, in Musterverträgen und auf dem Geschäftspapier spätestens drei Monate nach Bestandskraft des Bescheids zu unterlassen.

6 Das Beschwerdegericht hat den Bescheid aufgehoben. Die Rechtsbeschwerde hat es nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Bundesnetzagentur mit der Nichtzulassungsbeschwerde, der die Betroffene entgegentritt.

7 B. Das Rechtsmittel ist zulässig, aber unbegründet.

8 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Mit der Verwendung des bisher eingesetzten Zeichens verstoße die Betroffene zwar gegen die entflechtungsrechtlichen Vorgaben aus § 7a Abs. 6 EnWG. Der angefochtene Bescheid beruhe aber auf einem Ermessensfehler, weil die Bundesnetzagentur zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass das zur künftigen Verwendung vorgesehene Zeichen den Anforderungen der genannten Vorschrift ebenfalls nicht genüge.

10 Für den Begriff der Verwechslungsgefahr seien markenrechtliche Maßstäbe heranzuziehen. Ein Verstoß gegen § 7a Abs. 6 EnWG liege nur dann vor, wenn Verwechslungsgefahr im engeren Sinne bestehe. Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne reiche nicht aus.

- 11 Im Streitfall sei eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne hinsichtlich des zur künftigen Verwendung vorgesehenen Zeichens ausgeschlossen. Zwar werde das neue Zeichen nicht allein durch den Bestandteil "SWM Infrastruktur" geprägt. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur scheidet aber auch eine Prägung durch den Zeichenbestandteil **SW//M** aus. Angesichts dessen wiesen die zu vergleichenden Zeichen erhebliche Unterschiede auf, so dass eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe.
- 12 Der angekündigte Außenauftritt verstoße auch nicht im Hinblick auf den geplanten Fahrzeugeinsatz gegen die Vorgaben des § 7a Abs. 6 EnWG. Der Einsatz von Fahrzeugen bei der Erfüllung von Außendienstaufgaben falle nicht unter das Kommunikationsverhalten oder die Markenpolitik im Sinne dieser Vorschrift. Zudem habe die Bundesnetzagentur weder die Feststellung noch die Untersagung auf den Einsatz von Fahrzeugen bezogen.
- 13 II. Die Beschwerdeentscheidung hält den Angriffen der Nichtzulassungsbeschwerde stand.
- 14 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Zulassung der Rechtsbeschwerde sei geboten, weil das Beschwerdegericht bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslung ausgeschlossen ist, einen unzutreffenden Maßstab herangezogen habe.
- 15 Dies ist unzutreffend.
- 16 a) Wie die Nichtzulassungsbeschwerde im Ansatz zutreffend aufzeigt, sind zur Prüfung der Frage, ob das Kommunikationsverhalten oder die Markenpolitik eines Verteilernetzbetreibers die Gefahr einer Verwechslung mit den Vertriebsaktivitäten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens begründet, markenrechtliche Grundsätze heranzuziehen.

- 17 Für eine Verletzung von § 7a Abs. 6 EnWG reicht es nicht aus, wenn Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (dazu etwa BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 200/06, GRUR 2009, 772 Rn. 69 = WRP 2009, 971, 978 - Augsburger Puppenkiste) vorliegt, also die Gefahr besteht, dass der Verkehr zwar die Unterschiede zwischen den Marken erkennt, aber organisatorische oder wirtschaftliche Verbindungen zwischen den Markeninhabern herstellt. Unzulässig ist lediglich ein Verhalten, das geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, dass der Netzbetreiber und das Versorgungsunternehmen identisch sind.
- 18 Zur Prüfung, ob zwischen zwei Zeichen Verwechslungsgefahr in diesem Sinne besteht, ist der Gesamteindruck der beiden Zeichen zu ermitteln. Für den Gesamteindruck eines komplexen Zeichens sind hierbei grundsätzlich alle Bestandteile zu berücksichtigen. Unter bestimmten Voraussetzungen können einzelne Bestandteile aber prägenden Charakter haben. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.
- 19 b) Entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde lassen sich der Beschwerdeentscheidung keine Anzeichen dafür entnehmen, dass das Beschwerdegericht von diesen Grundsätzen abgewichen ist oder zusätzliche, unzutreffende Kriterien herangezogen hat.
- 20 Das Beschwerdegericht hat sich insbesondere mit der Frage befasst, ob das zur zukünftigen Verwendung vorgesehene Zeichen durch den Bestandteil **SW//M** geprägt wird. Es hat hierbei berücksichtigt, dass diesem Bestandteil gesteigerte Kennzeichnungskraft zukommt, diesen Umstand jedoch nicht als ausreichend angesehen. Diese im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung hält sich im Rahmen der oben aufgezeigten Grundsätze.
- 21 Entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde läuft die Beurteilung durch das Beschwerdegericht nicht auf eine zergliedernde semantische Betrachtungsweise hinaus. Das Beschwerdegericht hat sich vielmehr zutreffend

mit dem Gesamteindruck des Zeichens befasst und auf dieser Grundlage eine Verwechslungsgefahr im Streitfall verneint.

- 22 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, der Streitfall werfe die Frage auf, ob die Verwendung von Fahrzeugen, die aus einem "shared-service"-Center stammen und mit dem Firmenlogo des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens versehen sind, zum Kommunikationsverhalten oder zur Markenpolitik im Sinne von § 7a Abs. 6 EnWG gehören.
- 23 Dies ist ebenfalls unzutreffend. Die in Rede stehende Frage ist nicht entscheidungsrelevant.
- 24 Das Beschwerdegericht hat zwar ausgeführt, die Verwendung solcher Fahrzeuge könne auch dann nicht zu einer Verwechslung führen, wenn sie für Einsätze beim Letztverbraucher benutzt würden. Es hat seine Entscheidung aber ergänzend auf die Erwägung gestützt, dass der angefochtene Bescheid lediglich die Verwendung der Zeichen im Internet, in Musterverträgen und auf dem Geschäftspapier betrifft. Diese Erwägung ist selbständig tragfähig. Damit ist die eingangs genannte Frage für die rechtliche Überprüfung der Beschwerdeentscheidung nicht relevant.
- 25 Entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde ist der Einsatz von Fahrzeugen für die Entscheidung des Streitfalls nicht deshalb relevant, weil die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung das gesamte Kommunikationsverhalten berücksichtigen muss. Selbst wenn die Verwendung des Zeichens auf Fahrzeugen eine Verwechslungsgefahr begründen sollte, rechtfertigte dies nicht ohne weiteres ein Verbot der Verwendung des Zeichens im Internet, in Musterverträgen und auf dem Geschäftspapier. Besondere Umstände, aus denen sich im Streitfall eine abweichende Beurteilung ergeben könnte, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

26 3. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, der Streitfall werfe die Frage auf, ob eine Entscheidung nach § 65 Abs. 1 und § 7a Abs. 6 EnWG ermessensfehlerhaft sei, obwohl der Betroffene lediglich für Teile seines Kommunikationsverhaltens und seiner Markenpolitik eine Änderung des Außenauftritts angeboten habe.

27 Diese Frage ist ebenfalls nicht entscheidungserheblich.

28 Die Bundesnetzagentur hat in dem angefochtenen Bescheid zwar einleitend ausgeführt, zu den besonders relevanten Bereichen des Kommunikationsverhaltens, in denen es vermehrt zu einer Verwechslungsgefahr mit der Vertriebsgesellschaft kommen könne, zähle auch die Kennzeichnung von Firmenfahrzeugen. Bei der Beurteilung des Streitfalls hat sie sich mit diesem Aspekt aber nicht näher befasst. Sie hat den Erlass der angefochtenen Verfügung vielmehr schon deshalb für rechtmäßig und geboten erachtet, weil die Betroffene durch die Verwendung der beanstandeten Zeichen im Internet, in Musterverträgen und auf dem Geschäftspapier gegen § 7a Abs. 6 EnWG verstoße. Hierin hat das Beschwerdegericht einen Ermessensfehler gesehen, der zur Aufhebung des angefochtenen Bescheids führt. Die Frage, ob die Bundesnetzagentur ihre Ermessenentscheidung in zulässiger Weise auf andere Gesichtspunkte hätte stützen können, ist für die rechtliche Überprüfung der Beschwerdeentscheidung mithin nicht von Bedeutung.

29

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.10.2015 - VI-3 Kart 128/14 [V] -