



# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VI-2 U (Kart) 6/07  
24 O 524/05  
LG Duisburg

Verkündet am 15. Juli 2009  
Reimann, Justizhauptsekretärin,  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

hat der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dicks, die Richterin am Oberlandesgericht Dieck-Bogatzke und die Richterin am Oberlandesgericht Frister

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg vom 6. Februar 2007 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Gründe:

#### I.

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin [REDACTED], aus der sie durch Umwandlung und Abspaltung eines Betriebsteils hervorgegangen ist. Beide Parteien handeln mit Flüssiggastanks und Flüssiggas und sind – mit unterschiedlichen Marktanteilen – bundesweit tätig. Infolge von Zukäufen kleinerer Gasanbieter ist die Klägerin in den vergangenen Jahren deutlich gewachsen. Insgesamt hat die Klägerin ca. 100.000 eigene Flüssiggastanks im Bundesgebiet aufgestellt, von denen ein Teil keinen Hinweis auf ihr Eigentum enthält.

Im Bundesgebiet wurden in dem Zeitraum von 2002 bis 2006 jährlich zwischen rund 2,59 Mio. t und 2,77 Mio. t Flüssiggas abgesetzt. Die Anbieter von Flüssiggas – so

auch die Klägerin - sind überwiegend Mitglieder des Deutschen Verbandes Flüssiggas e.V. (DVFG). Die im DVFG organisierten Anbieter unterhalten vielfältige Kooperationen im Einkauf und Vertrieb von Flüssiggas. Die großen Mitglieder, zu denen neben der Klägerin die Progas GmbH & Co. KG, die Primagas GmbH, Friedrich Scharr KG, Sano Propan GmbH, Drachen-Propangas GmbH, die Westfalen Ag und die Rheingas zählen, nutzen für Tankgas die Transportgemeinschaftsunternehmen Transgas GmbH & Co. KG und fht-Flüssiggas GmbH & Co. KG. Bis Mitte der Neunziger Jahre bestand der Tankgasmarkt nahezu ausschließlich aus den im DVFG zusammengeschlossenen Anbietern, die mit ihren Kunden in der Regel langfristige exklusive Lieferverträge abschlossen und die Tanks meistens nur zur Miete überließen. Nachdem die Klägerin in den vergangenen Jahren regelmäßig Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen hatte, ist sie nunmehr dazu übergegangen, von festen Laufzeiten ganz abzusehen.

Nennenswerter Außenwettbewerb von nicht im DVFG organisierten, freien Anbietern besteht erst seit Mitte der 1990er Jahre. Trotz steigender Marktanteile beträgt der Marktanteil der größten Anbieter nach Schätzungen des Bundeskartellamtes noch rund 60 %. Zahlreiche der im DVFG organisierten Mitglieder, darunter die Klägerin, sind mit Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamtes vom Dezember 2007 mit Geldbußen in einer Gesamtgrößenordnung von knapp 208 Mio. € belegt worden, gegen die Einspruch eingelegt worden ist. Den Unternehmen wird vorgeworfen, sich seit mindestens 1997 dahingehend verständigt zu haben, sich gegenseitig keine Kunden abzuwerben.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hatte am 14.04.1997 mit dem Kunden [REDACTED] einen Vertrag zur Belieferung mit Flüssiggas geschlossen. Dieser sah für die Vertragslaufzeit von fünf Jahren einen ausschließlichen Bezug von Flüssiggas über die Klägerin vor. Die Klägerin stellte den Tank, für den eine einmalige Nutzungsschädigung in Höhe von insgesamt 3.105 DM zu zahlen war und der in ihrem Eigentum verblieb. Die Höhe der Nutzungsschädigung entsprach in etwa dem üblichen Kaufpreis für Behälter dieser Größe und Güte.

In Ziff. 9 und 10 des Vertrages heißt es auszugsweise:

„9. Lieferung von Flüssiggas

... Der Tank darf nur von [REDACTED] oder deren Beauftragten befüllt werden..

10. Tank

10.1 Mit der Miete oder der Nutzungsentschädigung ist die normale gebrauchsbedingte Abnutzung des Tanks ... abgegolten. Durch Zahlung der Nutzungsentschädigung erwirbt der Kunde das Recht, den Tank ... auf eine Dauer bis zu 10 Jahren ohne weitere Mietzahlungen zu benutzen....“

Im Jahr 2004 bezog der Kunde [REDACTED] Flüssiggas von der Beklagten. Nachdem die Klägerin bei einer Lieferung im Jahre 2005 den Fremdbezug durch den Kunden [REDACTED] bemerkte hatte, mahnte sie die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 5. Juli 2005 ab und forderte sie auf, eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abzugeben. Zudem verlangte sie Ersatz der für die vorgerichtliche Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen angefallenen Kosten in Höhe von 1.716,68 €.

Die Beklagte gab daraufhin eine Erklärung folgenden Inhalts ab:

„Die Firma [REDACTED] verpflichtet sich gegenüber der Firma [REDACTED] ...

1. es ab sofort zu unterlassen, ohne Einwilligung der [REDACTED] Druckbehälter mit Flüssiggas zu befüllen oder befüllen zu lassen, die sich im Eigentum der [REDACTED] befinden und mit deren Firmenbezeichnung oder Firmenlogo bzw. der Aufschrift [REDACTED] versehen ist, es sei denn, dass dem jeweiligen Besitzer nach Maßgabe der mit der [REDACTED] getroffenen Abreden im konkreten Fall die Fremdbefüllung gestattet ist...“

Mit der Klage hat die Klägerin die Beklagte darauf in Anspruch genommen, die Befüllung von solchen Gastanks zu unterlassen, die in ihrem Eigentum stehen. Den Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorgerichtliche Inanspruchnahme ihrer Prozessbevollmächtigten hat sie nur noch in Höhe von 749,95 € geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Befüllung durch die Beklagte eine Verletzung ihrer Eigentümerrechte darstelle und daher zu unterlassen sei. Trotz der Unterlassungserklärung der Beklagten bestehe Wiederholungsgefahr, denn diese decke nicht alle möglichen zu besorgenden Eigentumsverletzungen ab. Die Beklagte könne nicht verlangen, dass alle Behälter gekennzeichnet würden. Es sei im Übrigen auch tatsächlich nicht möglich, alle Gasbehälter mit Aufklebern, Logos oder vergleichbaren Kennzeichen zu versehen.

Die Klägerin hat behauptet, in keinem Bundesland einen Anteil von mehr als 29,65 % des Gesamtabsatzes aller DVFG-Mitglieder zu haben; bundesweit liege der Anteil bei 13,71 %. Eine marktbeherrschende Stellung nehme sie demnach nicht ein.

Sie hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, zu unterlassen, Flüssiggasbehälter, die in ihrem, der Klägerin Eigentum stehen, mit Flüssiggas zu befüllen oder befüllen zu lassen, es sei denn, dem Besitzer ist im konkreten Einzelfall eine Befüllung durch Dritte gestattet,
2. an sie 749,95 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 20. Juli 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Zuständigkeit der angerufenen Kammer für Handelssachen gerügt. Der geltend gemachte Anspruch könne schon unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht durchgreifen. Die Klägerin verfüge jedenfalls in Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen über einen Marktanteil von einem Drittel und habe somit eine marktbeherrschende Position.

Jedenfalls sei die Klägerin durch die bereits abgegebene Unterlassungserklärung hinreichend gesichert. Sie habe keinen Anspruch darauf, dass sie, die Beklagte, auch von der Befüllung solcher Tanks absehe, die nicht ihr, der Klägerin Eigentum gekennzeichnet seien. Ohne eine derartige Kennzeichnung könne sie das Eigentum der Klägerin nicht erkennen. Sie beliefere Neukunden nur, wenn diese – wie im Streitfall der Kunde ██████ - versicherten, vertragsfrei und Eigentümer des auf ihrem Grundstücks befindlichen Tanks zu sein, wobei eine Befüllung auch dann unterbliebe, wenn festgestellt werde, dass der Tank einen Hinweis auf das Eigentum eines anderen Gaslieferanten trage. Mache die Klägerin von der zumutbaren Möglichkeit,

ihre Tanks zu kennzeichnen, keinen Gebrauch mache, treffe sie eine zur Anwendbarkeit des § 254 BGB führende Mitverursachung.

Die angerufene Kammer für Handelssachen des Landgerichts hat ihre Zuständigkeit bejaht und hat der Klage vollumfänglich stattgegeben. Ihrer Auffassung nach greift die Spezialzuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf für kartellrechtliche Streitigkeiten nicht ein, da nicht erkennbar sei, dass die Klägerin eine marktbeherrschende Position innehatte und diese zum Nachteil ihrer Mitbewerber ausnutze. Das Landgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch bejaht und zur Begründung im Wesentlichen darauf abgestellt, dass die Beklagte durch die Befüllung des Gastanks widerrechtlich in das Eigentumsrecht der Klägerin eingegriffen habe. Die Wiederholungsgefahr werde durch die strafbewehrte Unterlassungserklärung der Beklagten nicht hinreichend ausgeräumt. Die dort akzeptierte Unterlassungsverpflichtung sei unzureichend, weil sie sich nur auf solche Behälter beziehe, bei denen das Eigentumsrecht der Klägerin nach außen erkennbar dokumentiert sei. Das Eigentumsrecht hänge aber nicht von der Erkennbarkeit ab. Die Klägerin müsse die Störung auch nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB dulden. Es sei der Klägerin nicht zuzumuten, alle Behälter zu kennzeichnen und die Kennzeichnung zu kontrollieren. Im Übrigen würde dies die Beklagte auch nicht vor vertragsbrüchigen Kunden der Klägerin schützen. Es sei im Ergebnis Sache der Beklagten, durch eine geeignete Vertragsgestaltung mit ihren Kunden das Risiko einer Befüllung von Tanks der Klägerin zu reduzieren.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, die im Berufungsverfahren einräumt, den Tank des Kunden Breuer befüllt zu haben. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vertritt sie weiterhin die Auffassung, dass darin keine Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin liege. Aus § 254 BGB ergebe sich eine Pflicht der Klägerin, durch Kennzeichnung ihrer Tanks Vorsorge gegen Eigentumsbeeinträchtigungen durch Wettbewerber zu schaffen.

Die Beklagte beruft sich weiterhin auf Ansprüche aus §§ 19 Abs. 3, 20 Abs. 4 GWB und trägt vor, dass die in dem angefochtenen Urteil zugrunde gelegten Marktverhältnisse unzutreffend seien. Zudem macht sich die Beklagte in vollem Umfang die Stellungnahme des gemäß § 90 GWB beteiligten Bundeskartellamtes vom 8. April 2008, auf die Bezug genommen wird, zu Eigen. Danach sei der Umstand, dass ein Teil der

im Eigentum der Klägerin stehenden Tanks nicht gekennzeichnet sei, Bestandteil einer von der Klägerin verfolgten Marktabschottungsstrategie. Große Anbieter wie die Klägerin sähen bewusst davon ab, Tanks zu kennzeichnen, so dass Mitbewerber im Hinblick auf die Gefahr eines zu zahlenden Ordnungsgeldes davon absähen, Tanks ohne Kennzeichnung zu befüllen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen: Eine Duldungspflicht könne nicht aus einer fehlenden Kennzeichnung der Tanks hergeleitet werden. Der vom Bundeskartellamt erhobene Vorwurf, sie – die Klägerin – unterlasse vorsätzlich und systematisch, die Tanks zu kennzeichnen, sei unrichtig. Zwar seien exakte Angaben zur Anzahl der nicht gekennzeichneten Behälter nicht möglich. Es seien aber zahlreiche oberirdische Tanks mit ihrem Logo und die Mehrzahl der unterirdischen Behälter mit einem Eigentumsaufkleber versehen.

Die Nichtkennzeichnung eines Teils der Behälter sei im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass sie im Zuge der Übernahme von Wettbewerbern auch deren Gastanks erworben habe. Mit der vollständigen Kennzeichnung dieser Behälter sei begonnen worden, diese sei aber noch nicht abgeschlossen. Dass nach wie vor ein Teil ihrer Tanks nicht gekennzeichnet sei, sei keineswegs Bestandteil einer Marktabschottungsstrategie, sondern widerspreche sogar ihren Interessen. Bei nicht gekennzeichneten Tanks sei das Risiko einer Fremdbefüllung durch einen Wettbewerber und des Verlustes des Kunden sehr viel höher.

Zudem setze sie das dem Vertrag mit dem Kunden ██████████ zugrunde liegende Formular seit mehreren Jahren nicht mehr ein. Seit Anfang 2004 verwende sie Vertragsformulare mit zwei rechtlich völlig selbständigen, separat kündbaren Vertragsteilen für Gaslieferung und Überlassung des Behälters. Nachdem sie in den vergangenen Jahren mit Privatkunden regelmäßig eine maximale Laufzeit der Verpflichtung

zum Gasbezug von zwei Jahren vereinbart habe, verzichte sie in den gegenwärtig verwandten Vertragsformulare vollständig auf feste Laufzeiten.

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

## II.

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg. Der Klägerin steht weder der geltend gemachte uneingeschränkte Unterlassungsanspruch, noch ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorgerichtliche Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen zu.

### 1.

a. Die Beklagte hat allerdings das Eigentum der Klägerin in anderer Weise als durch Besitzentziehung oder -vorenthaltung beeinträchtigt, als sie - was nunmehr unstreitig ist - den Gasbehälter bei dem Kunden [REDACTED] durch ihren Auslieferungsfahrer befüllen ließ.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die unbefugte Befüllung eines in fremdem Eigentum stehenden Flüssiggasbehälters eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 BGB darstellt, weil dieses Vorgehen die Sachherrschaft des Eigentümers auch dann verletzt, wenn ein Tank seiner technischen Bestimmung entsprechend befüllt wird (st.Rspr. z.B. BGH Urt. v. 10. Oktober 2005 – II ZR 323/03, WM 2006, 333; Urt. v. 26. Februar 2007- II ZR 13/06, jeweils m.w.Nachw.; a.A. OLG Brandenburg, Urt. v. 17. Februar 2004, 6 U 176/02). Die ohne Einwilligung der Klägerin vorgenommenen Befüllung eines in ihrem Eigentum stehenden Flüssiggastanks hat auch dann deren Eigentum i.S. von § 1004 BGB beeinträchtigt, wenn der Behälter nicht mit einer auf das Eigentum der Klägerin hinweisenden Beschriftung oder sonstigen Kennzeichnung versehen war (vgl. BGH Urt. v. 10. Oktober 2005 - II ZR 323/03, WM 2006, 333; Urt. v. 9. Februar 2004 - II ZR 131/03, BGHReport 2004, 972, 973; v. 15. September 2003 - II ZR 367/02, NJW 2003, 3702). Darauf, ob die Beklagte als unmittelbare (Handlungs-) Störerin erkennen konnte, dass der von ihr befüllte Tank Eigentum der Klägerin war, kommt es insoweit nicht an. Der Tatbestand der Eigentumsbeeinträchtigung i.S. des § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt ebenso wenig wie der Unterlassungsanspruch ein Verschulden voraus (BGH Urt. v. 9. Februar 2004, aaO; Urt. v. 15. September 2003, aaO). Ein Zumutbarkeitskriterium besteht

nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur für den mittelbaren Störer (vgl. BGHZ 106, 229, 235; 148, 13, 17).

b. Die Klägerin ist aber verpflichtet, die mit der Fremdbefüllung verbundenen Beeinträchtigungen ihres Eigentums zu dulden, wenn es sich nicht erkennbar um in ihrem Eigentum stehende Behälter handelt.

aa. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten folgt eine solche Duldungspflicht der Klägerin allerdings aus einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB.

Eine Beherrschung des Absatzmarktes für Tankgas durch die Klägerin ist nicht feststellbar. Es ist unstrittig, dass die Klägerin Wettbewerb durch andere Anbieter ausgesetzt ist und die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht vorliegen.

Auch eine überragende Marktstellung der Klägerin im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist nicht anzunehmen. Wichtiges Merkmal für die Feststellung einer überragenden Marktstellung ist der Marktanteil. Neben seiner absoluten Größe kommt in Relation zu Wettbewerbern dem Abstand zu deren Marktanteilen wesentliche Bedeutung zu. Die Klägerin gehört zwar zu dem Kreis der acht größten Anbieter auf dem bundesweiten Absatzmarkt für Flüssiggas, die gemeinsam einen Marktanteil von ca. 60 % halten. Sie hat aber substantiiert dargetan, dass sie – bezogen auf den Gesamtabsatz aller DVFG-Mitglieder – im Jahr 2004 bundesweit einen Marktanteil von nur rund 13 % erreicht und dass sich dieser auch in der Folgezeit nicht verändert habe. Diesem Vorbringen ist die Beklagte nicht in erheblicher Weise entgegengetreten; insbesondere hat sie keine abweichenden auf den bundesweiten Gasabsatzmarkt bezogenen Marktanteilsberechnungen vorgelegt. Da in dem Verband nicht alle Flüssiggasanbieter erfasst sind, sondern der Anteil des Absatzes der Mitglieder am Gesamtgasabsatz ausweislich der Angaben des Verbandes weniger als 50 % ausmacht und auch ausweislich der Ausführungen des Bundeskartellamtes im Termin zur mündlichen Verhandlung der Anteil der nicht verbandsgebundenen Unternehmen in einer Größenordnung von 15 % liegt, ist der Marktanteil der Klägerin bezogen auf den bundesweiten Gesamtabsatzmarkt möglicherweise sogar geringer als 13 %. Infolgedessen kann weder eine überragende Marktstellung der Klägerin im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB festgestellt werden, noch liegen – ungeachtet dessen, welche rechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen

wären - die Voraussetzungen für den Eintritt der Vermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB vor.

Eine Duldungspflicht der Klägerin folgt auch nicht daraus, dass sich die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs im Hinblick auf Behälter, die nicht als in ihrem Eigentum stehend erkennbar sind, als Bestandteil einer von der Klägerin mit anderen Anbietern getroffenen Vereinbarung oder Abstimmung zur Verhinderung oder Beschränkung von Wettbewerb durch freie Anbieter und damit als ein verbotenes Verhalten im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG, § 1 GWB darstellen kann. Dass die Klägerin sich mit Wettbewerbern darüber abgestimmt oder vereinbart hat, keinen Preiswettbewerb zuzulassen und wettbewerbliche Vorstöße anderer Anbieter dadurch zu erschweren, indem Gasbehälter nicht gekennzeichnet werden, kann nicht festgestellt werden. Der einigen Anbietern von Flüssiggas, u.a. auch der Klägerin, insbesondere in Bußgeldbescheiden vorgeworfene Sachverhalt ist derzeit noch ungeklärt und unbewiesen. Den diesbezüglichen Ausführungen in der Stellungnahme des Bundeskartellamtes, die auf die Bußgeldbescheide Bezug nehmen und die sich die Beklagte zu Eigen gemacht hat, ist die Klägerin entgegen getreten. Sie hat die systematische Nichtkennzeichnung als Teil einer abgesprochenen oder abgestimmten Strategie zur Verhinderung von Wettbewerb substantiiert in Abrede gestellt.

Der auf die Ausführungen des Bundeskartellamtes gestützten Argumentation der Beklagten, eine Duldungspflicht ergebe sich aus einer von den etablierten Gasanbietern verfolgten Marktabschottungsstrategie, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Soweit die Klägerin durch Bezugnahme auf die Stellungnahme des Bundeskartellamtes behauptet, bei den Gasliefer- und Nutzungsverträgen für Flüssiggastanks der großen Anbieter handele es sich um ein Bündel gleichartiger Verträge, die infolge der typischen Vertragsgestaltung, insbesondere durch das typischerweise vereinbarte Fremdbefüllungsverbot, die Vertragslaufzeiten zwischen fünf und fünfzehn Jahren und die Höhe der regelmäßig zu Beginn des Vertrages zu errichtenden Nutzungsentgelte dazu führten, dass der Gasabsatzmarkt im Sinne der Delimitis-Doktrin schwer zugänglich und gegen Wettbewerb abgeschottet sei, ist dieses – von der Klägerin bestrittene - Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht unsubstantiiert. Es fehlen konkrete und nachprüfbar Angaben zur Vertragspraxis und –gestaltung der Klägerin und anderer Anbieter. Auch ist weder vorgetragen noch ersichtlich, wie hoch der An-

teil der gekoppelten Nutzungs- und Lieferverträge ist. Gleiches gilt im Hinblick auf die Behauptung, die Vertragslaufzeiten beliefen sich regelmäßig auf fünf bis fünfzehn Jahre. Aus dem Vorbringen der Beklagten geht nicht hervor, welche Anbieter derartige Vertragsgestaltungen anbieten und durchsetzen bzw. wie hoch der Anteil ist.

Zudem hat der EuGH in der von der Beklagten in Bezug genommenen Entscheidung vom 28. Februar 1991 (RS C/234/89, Slg. 1991 I-935, „Delimitis“) für das Verbot eines Vertrages nach Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag (nunmehr Art. 81 Abs. 1 EG) gefordert, dass der streitige Vertrag in erheblichem Maße zu der Abschottungswirkung beiträgt, die das Bündel gleichartiger Verträge aufgrund ihres wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs entfaltet. Überträgt man diesen Grundsatz auf den Streitfall, so könnte der Klägerin eine Berufung auf ihr Eigentumsrecht nur versagt werden, wenn die Vertragspraxis und –gestaltung der Klägerin in dem geforderten erheblichen Umfang zu der Abschottungswirkung beitragen würde. Diesbezügliche Feststellungen lassen sich nicht treffen. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass dem streitgegenständlichen Vertrag bzw. den weiteren von der Klägerin nach diesem Muster gestalteten Vertragsbeziehungen zu ihren Kunden eine erhebliche Bedeutung im Gesamtzusammenhang des deutschen Flüssiggasmarktes zukommt.

bb. Im Hinblick auf nicht als in ihrem Eigentum stehend erkennbare, d.h. nicht gekennzeichnete Behälter, an denen der Kunde sein Eigentum behauptet, ist der Klägerin die Berufung auf ihr Eigentumsrecht und die Geltendmachung des Anspruchs aus § 1004 BGB wegen Verstoßes gegen das Gebot von Treu und Glauben, das eine allen Rechten und damit auch dem Anspruch aus § 1004 BGB immanente Inhaltsbegrenzung darstellt, zu versagen.

Soweit der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15. September 2003 (II ZR 367/02, NJW 2003, 3702 ff.) die Frage aufgeworfen hat, ob dem Eigentümer eines Gastanks „eine Berufung auf den durch § 1004 eröffneten Eigentumsschutz nach Treu und Glauben zu versagen wäre, wenn es ihm ausschließlich darum ginge, Besitzstände gegen eine sich verändernde Marktlage zu schützen“, ist die missbräuchliche Rechtsausübung unterhalb der Schwelle von kartellrechtlich verbotenen Verhaltensweisen angesprochen. Der Bundesgerichtshof verweist insoweit auf den als Kategorie des Rechtsmissbrauchs anerkannten Fall, in dem durch die Rechtsausübung ein Interesse verfolgt wird, das nicht mehr dem Schutzbereich zuzurechnen ist, auf den die Gewährung des fraglichen Rechts ausgerichtet ist (vgl. Bamber-

ger-Roth, BGB, § 242, Rdn. 388 und MK-Grüneberg, BGB, § 242 Rdn. 82). So kann Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen die rechtliche Beachtlichkeit abgesprochen werden, wenn derjenige, der sich auf sie beruft, durch sie gar nicht in seinen Interessen beeinträchtigt wird, sondern sie sich zunutze machen will, um andere Interessen zu verfolgen (Bamberger-Roth, BGB, § 242 Rdn. 389).

Die Ausübung des Unterlassungsanspruchs durch die Klägerin ist im Hinblick auf von ihr nicht gekennzeichnete Behälter, an denen der Kunde eigenes Eigentum behauptet, rechtsmissbräuchlich. Sie dient nicht dem durch § 1004 BGB geschützten Integritäts- und Amortisationsinteresse des Eigentümers, sondern wird zur Aufrechterhaltung des Status quo auf dem Tankgasmarkt und damit zur Verfolgung rechtlich missbilligter Interessen eingesetzt.

Die Nichtkennzeichnung eines Tanks hat zur Folge, dass ein freier Anbieter – im Unterschied zu den Mitgliedern des DVFG, die sich der Gemeinschaftslieferunternehmen bedienen und somit nicht Gefahr laufen, „falsche“ Tanks zu befüllen – nicht ohne weiteres erkennen kann, ob der Tank im Eigentum der Klägerin bzw. anderer Anbieter oder im Eigentum des Kunden steht. Entgegen der Annahme des Oberlandesgerichts München (Urteil vom 29. Juni 2005, 20 U 3147/04) ist es ihm auch nicht ohne weiteres möglich, die Eigentumsverhältnisse an dem Tank zu klären. Zwar weiß der Anbieter, ob es sich um seinen eigenen Tank handelt. Ist das aber nicht der Fall, kann er nur den Kunden nach der Eigentumslage befragen. Dessen Auskunft, es handele sich um einen in seinem Eigentum stehenden Tank, ist aber nicht sicher überprüfbar. Andere praktisch umsetzbare Möglichkeiten zur Klärung der Eigentumsverhältnisse stehen dem Anbieter bei der Befüllung eines Tanks, der keinen Hinweis auf den Eigentümer aufweist, nicht zur Verfügung. Die Gefahr, eine Eigentumsverletzung zu begehen und mit einer Unterlassungsklage überzogen zu werden, ist für den freien Anbieter mithin vergleichsweise hoch.

Die Nichtkennzeichnung eröffnet damit in zahlreichen Fällen – wie die Praxis belegt – die Möglichkeit, freie Anbieter durch Unterlassungsklagen vom Absatzmarkt fernzuhalten. Die Rechtsverfolgung durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen entfaltet dabei eine abschreckende Wirkung nicht nur im Verhältnis der unmittelbar betroffenen Parteien, sondern auch im Hinblick auf weitere Wettbewerber. Um Abmahnungen sowie gerichtliche Auseinandersetzungen sicher zu vermeiden, müssen freie Anbieter bei nicht gekennzeichneten Behältern entweder vorsichtshalber

von der Befüllung absehen oder das Risiko einer Abmahnung und gerichtlichen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen – verbunden mit den nicht unerheblichen Kostenbelastungen - in Kauf nehmen. Die durch die Nichtkennzeichnung ausgelöste Unsicherheit stellt sich damit für freie Anbieter als Erschwerung und Beschränkung des Marktzutritts dar.

Für die Annahme, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs dem Interesse der Klägerin am Eintritt dieses Effekts und nicht dem von § 1004 geschützten Integritäts- und Amortisationsinteresse des Eigentümers dient, spricht der bewusste Verzicht auf einen effektiven Schutz des Eigentums vor Beeinträchtigungen durch einen entsprechenden Hinweis auf das Eigentum.

Auch wenn die Klägerin eine systematische Nichtkennzeichnung in Abrede stellt, hat sie auch im Senatstermin am 1. Juli nochmals eingeräumt, jedenfalls einen beachtlichen Teil ihrer Behälter nicht gekennzeichnet zu haben. Angesichts ihres Vorbringens, eine Kennzeichnung sei geeignet, ihr Eigentum effektiv vor Beeinträchtigungen zu schützen und entspreche damit ihren wirtschaftlichen Interessen, ist nicht nachvollziehbar, warum diese bei einem Teil der Behälter bislang unterblieben ist. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass die Kennzeichnung der Behälter nicht möglich oder mit einem wirtschaftlich unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist.

Ihrem Vorbringen, ein Teil der nicht gekennzeichneten Tanks sei infolge der Übernahme von Wettbewerbern in ihr Eigentum gelangt und bislang sei es aus rein tatsächlichen Gründen nicht gelungen, sämtliche übernommenen Behälter mit einem Hinweis auf ihre Eigentümerstellung zu versehen, ist nicht zu entnehmen, dass im Hinblick auf die Anzahl der Behälter oder anderer Erschwernisse eine Kennzeichnung praktisch unmöglich gewesen ist. Auch einen unverhältnismäßig hohen Aufwand hat die Klägerin nicht dargelegt. Soweit sie darauf abstellt, dass sie mit der Kennzeichnung aller Behälter begonnen habe, diese aber noch nicht abgeschlossen sei, hat sie dafür keine konkreten Gründe genannt. Sie hat weder zu der Anzahl der noch nicht gekennzeichneten Behälter noch zu den Kosten der Kennzeichnung vorgebracht. Da die Kennzeichnung sämtlicher Behälter folglich nicht deswegen unterblieben ist, weil sie unmöglich ist oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand zu bewerkstelligen wäre, ist davon auszugehen, dass die Klägerin von einer Kennzeichnung bewusst absieht.

Durch den Verzicht auf effektive Schutzmaßnahmen gegen diejenigen Beeinträchtigungen, deren Abwehr der Anspruch aus § 1004 BGB dient, schafft die Klägerin erst eine Situation, in der es zu Eingriffen in ihr Eigentumsrecht kommt, auf die sie durch die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs reagieren kann. Im Streitfall dient die Rechtsausübung deshalb nicht der durch § 1004 bezweckten Sicherung des gesetzmäßigen Zustandes. Die Klägerin verfolgt durch die Inanspruchnahme der Beklagten nicht ihr durch § 1004 BGB geschütztes Interesse, die Integrität ihrer Behälter vor den Eingriffen der Beklagten zu bewahren, so dass sich ihre Investitionen amortisieren können, sondern verbindet mit der Rechtsausübung, die den oben beschriebenen Abschreckungseffekt auf das Wettbewerbsverhalten der Beklagten sowie anderer Anbieter entfaltet, ihr nicht mehr dem Schutzbereich des § 1004 BGB zuzurechnendes sowie zugleich rechtlich missbilligendes Interesse an der Wahrung ihres Besitzstandes gegen eine sich verändernde Lage auf dem Tankgasabsatzmarkt. Da das Verhalten der Klägerin, nämlich die Nichtkennzeichnung und die dadurch ermöglichte Rechtsverfolgung, diese Wirkung automatisch und reflexartig auslöst, kann sie nicht damit gehört werden, dass es ihr auf diesen Effekt nicht ankomme und er von ihr nicht beabsichtigt sei. Wer weiß, dass die Nichtkennzeichnung der Gasbehälter den beschriebenen Abschreckungseffekt hat und die Behälter gleichwohl nicht kennzeichnet, setzt das Unterbleiben einer Kennzeichnung bewusst im Wettbewerb ein.

2. Ein Unterlassungsanspruch besteht auch nicht im Hinblick auf im Eigentum der Klägerin stehende und entweder durch eine Kennzeichnung oder auch durch entsprechende Angaben des Kunden als solche erkennbare Behälter, deren Fremdbefüllung dem jeweiligen Besitzer nicht gestattet ist. Zwar ist die Klägerin nicht verpflichtet, Fremdbefüllungen derartiger Behältnisse zu dulden. Trägt der Behälter einen Hinweis auf das Eigentum der Klägerin oder gibt der Kunde wahrheitsgemäß an, dass der zu befüllende Tank im Eigentum der Klägerin steht, entsteht keine Duldungspflicht der Klägerin, denn der oben beschriebene Verunsicherungs- und Abschreckungseffekt kann dann nicht eintreten.

Die Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin durch die Befüllung des Tanks des Kunden [REDACTED] begründet aber nicht die tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr im Hinblick auf Tanks, die sich erkennbar im Eigentum der Klägerin befinden. Der Tank des Kunden [REDACTED] war unstrittig nicht gekennzeichnet. Dass das

Eigentum der Klägerin anderweitig erkennbar war, insbesondere durch entsprechende Hinweise des Kunden, ist nicht anzunehmen. Zwar hat die Klägerin, die für das Vorliegen der Beeinträchtigung die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. Palandt-Bassenge, BGB, § 1004, Rdn. 52) das Vorbringen der Beklagten, der Kunde [REDACTED] habe versichert, es handele sich um seinen eigenen Tank, bestritten. Sie hat aber weder dargetan noch Beweis dafür angeboten, dass der Kunde [REDACTED] den Auslieferungsfahrer der Beklagten über das Eigentum der Klägerin aufgeklärt hat.

Auch eine erstmals ernsthaft drohende Beeinträchtigung, die trotz des Gesetzeswortlauts für die Bejahung eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs genügt (vgl. BGHZ 160, 232, 236) kann nicht angenommen werden. Die vorangegangene Eigentumsbeeinträchtigung durch Befüllung eines Behälters, der gerade nicht als Eigentum der Klägerin erkennbar war, kann die Annahme einer ernsthaft drohenden Gefahr, dass die Beklagte zukünftig Behälter befüllt, die für sie als Eigentum der Klägerin erkennbar sind, nicht begründen. Zudem hat die Beklagte eine entsprechende strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, die regelmäßig und so auch im Streitfall eine Begehungsgefahr ausräumt (vgl. BGH NJW 1962, 1390; 1392; BB 1967, 182; MK-Medicus, BGB, § 1004, Rdn. 96; Staudinger-Gursky, BGB, § 1004, Rdn. 220 j.m.w.N.)

3. Die Klägerin kann von der Beklagten auch nicht Ersatz der geltend gemachten Anwaltskosten in Höhe von 749, 95 € verlangen, die für die vorgerichtliche Inanspruchnahme der Beklagten auf Abgabe einer Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung angefallen sind. Die Voraussetzungen eines allein in Betracht kommenden Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 677, 670 BGB) liegen nicht vor. Die Klägerin ist nicht im Interesse und im Einklang mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Beklagten tätig geworden, als sie diese zur Abgabe der von ihr vorformulierten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung aufgefordert hat. Objektiv nützlich und damit im Interesse der Beklagten wäre die Abgabe der Erklärung nur gewesen, wenn sie bei einem bestehenden Unterlassungsanspruch der Klägerin dadurch die Wiederholungsgefahr ausgeräumt und eine für sie nachteilige gerichtliche Auseinandersetzung vermieden hätte. Da aber im Hinblick auf Behälter, die nicht als im Eigentum der Klägerin stehend erkennbar sind, ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gemäß § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist und ein sich auf erkennbar im Eigentum der Klägerin befindende Behälter beziehender vorbeugender Unterlassungsanspruch wegen Fehlens einer vorangegangenen Beeinträchtigung nicht

besteht, entsprach die Abgabe der geforderten Erklärung nicht dem Interesse der Beklagten.

### III.

Die Zulassung der Revision erfolgt wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 91 Abs. 1 S. 1, § 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eines Ausspruchs zur Zulassung einer Bürgschaft als Sicherheitsleistung bedarf es im Hinblick auf § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht.

**Streitwert für die Berufungsinstanz und Wert der Beschwer der Beklagten:**

80.749,95 Euro

Dicks

Dieck-Bogatzke

Frister