
Datum: 25.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 131/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1025.4U131.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 20 O 16/08

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 18. Mai 2011 verkündete Urteil der VI. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Gründe

1

A.

2

Die Klägerin und die Beklagte zu 1) sind auf dem Gebiet der Herstellung von Verpackungen, insbesondere auch Kunststofftragetaschen, die Sekundär-Kunststoffe enthalten, tätig. Hierbei beliefern beide Parteien auch Einzelhandelsmärkte, die bedruckte Tragetaschen zur Abgabe an den Kunden bereit halten.

3

Der Beklagte zu 2) ist Geschäftsführer der Beklagten zu 1). Daneben waren die Beklagte zu 2) bis zum 11.11.2008 und der Beklagte zu 4) bis zum 18.12.2008 Geschäftsführer der Beklagten zu 1).

4

Die Beklagte zu 1) stellt Kunststofftragetaschen für die I GmbH & Co. KG her. Die Tragetaschen tragen das Umweltzeichen „DER BLAUE ENGEL“.	5
Das Umweltzeichen „DER BLAUE ENGEL“ wird von der S e.V. – heute S2 GmbH - als staatlich beliehene Zeichengeberin auch für Produkte aus Recycling-Kunststoffen vertraglich vergeben.	6
Die Beklagte zu 1. ist Zeichennehmerin gemäß (Grund-)Vertrag Nr. 13338 aus dem Jahr 2000, welcher durch Erweiterungsvertrag Nr. 18076 aus dem Jahr 2007 auf Schlaufentragetaschen für die I2 GmbH erweitert wurde.	7
In den vorgenannten Verträgen findet sich jeweils unter Ziffer 4. folgende Klausel:	8
„Das/die zu kennzeichnende Produkt (Waren und Dienstleistungen) muss während der Dauer der Zeichenbenutzung allen in der „Vergabegrundlage für Umweltzeichen #####“ in der jeweils gültigen Fassung enthaltenen Anforderungen und Zeichenbenutzungsbedingungen entsprechen.“	9
Wegen der weiteren Einzelheiten der Verträge wird auf die als Anlage K4 zur Klageschrift vom 27.02.2008 (Bl. 45/46 d.A.) zu den Akten gereichten Kopien derselben Bezug genommen.	10
In der Vergabegrundlage für Umweltzeichen #####, und zwar sowohl in der Ausgabe Januar 2004 wie auch in der Fassung März 2010 heißt es unter „3. Anforderungen“ u.a. wie folgt:	11
„Mit den auf der ersten Seite abgebildeten Umweltzeichen können die unter Abschnitt 2 genannten Fertigerzeugnisse gekennzeichnet werden, sofern die nachstehenden Anforderungen erfüllt sind:	12
3.1 Die Fertigerzeugnisse müssen zu mindestens 80% aus Kunststoffrezyklaten bestehen. ...“	13
Im Abschnitt „2 Geltungsbereich“ heißt es zuvor:	14
„Kunststoffrezyklate im Sinne dieser Vergabegrundlage sind Mahlgüter, Folienschnitzel, Granulate oder Agglomerate, die aus bereits gebrauchten Produkten gewonnen werden.“	15
Wegen der weiteren Einzelheiten der Vergabegrundlage Ausgabe Januar 2004 wird die als Anlage K3 zur Klageschrift vom 27.02.2008 (Bl. 32ff. d.A.) zu den Akten gereichte Kopie derselben Bezug genommen.	16
Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Schadensersatz in Anspruch. Sie hat ihre Behauptung, die von der Beklagten zu 1) im Jahre 2007 an die Firma I ausgelieferten, mit dem Umweltzeichen „DER BLAUE ENGEL“ versehenen Tragetaschen seien nicht zumindest aus 80% Kunststoffrezyklaten hergestellt, mit der vergleichsweise hellen Farbe, geringen Geruchsentfaltung und glatten Oberfläche der Taschen begründet und hierzu eine Reihe von Privatgutachten vorgelegt (Anlagen K6 bis K13 zur Klageschrift/Bl. 72ff. d.A.).	17
Die Beklagten sind dem auch mit Hinweis auf die von ihnen eingesetzten Maschinen entgegengetreten. Sie haben ihrerseits ein von der Firma F in Auftrag gegebenes Privatgutachten vorgelegt (Anlage ROP2 zur Klageerwiderung/Bl. 171ff. d.A.). Sie haben darauf verwiesen, dass die Klägerin selbst in der Lage sei, eine vergleichbare Tragetasche	18

herzustellen, und hierzu eine von der Klägerin für die Firma D produzierte Tasche vorgelegt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 19

Das Landgericht hat zunächst aufgrund Beweisbeschlusses vom 29.06.2009 Beweis erhoben durch die Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Prof.Dr. K. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des schriftlichen Gutachtens vom 01.12.2009 Bezug genommen. 20

Das Landgericht hat mit weiterem Beweisbeschluss vom 15.11.2010 die Fortsetzung der Beweisaufnahme, und zwar mittels eines Betriebsversuches bei der Beklagten zu 1) angeordnet. Nach der sich anschließenden ausführlichen Korrespondenz zwischen den Parteien, dem erstinstanzlichen Gericht und dem Sachverständigen haben die Beklagten die Durchführung eines solchen Betriebsversuches schließlich mit Schriftsatz vom 10.03.2011 abgesagt. 21

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, es bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, für Kunststofftragetaschen mit dem Umweltzeichen „DER BLAUE ENGEL“ zu werben, wenn diese Kunststofftragetaschen als Fertigerzeugnis nicht zu mindestens 80% aus Kunststoffzyklaten (Mahlgüter, Folienschnitzel, Granulate oder Agglomerate aus bereits gebrauchten Produkten) bestehen, insbesondere wenn dies wie im Falle der an die Firma I gelieferten Taschen als Aufdruck auf Kunststofftragetaschen geschehe. Es hat die Beklagten ferner zur Auskunftserteilung über die vorbezeichneten Handlungen, und zwar unter Angabe der Namen und Anschriften der gewerblichen Werbungsempfänger sowie deren Umfang, insbesondere die Stückzahl der ausgelieferten Kunststofftragetaschen verurteilt. Es hat ihnen hierbei vorbehalten, die Namen und Anschriften ihrer nicht gewerblichen Abnehmer sowie die Namen und Anschriften ihrer Empfänger von Angeboten statt der Klägerin einem von dieser zu bezeichnenden, zur Verschwiegenheit verpflichteten, vereidigten Wirtschaftsprüfer mitzuteilen, sofern sie dessen Kosten tragen und ihn ermächtigen, ihr Auskunft darüber zu geben, ob eine bestimmte Lieferung, ein bestimmter Abnehmer, ein bestimmtes Angebot oder ein bestimmter Angebotsempfänger in der Rechnungslegung enthalten ist. Es hat schließlich festgestellt, dass die Beklagte zu 1.) verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die vorbezeichneten Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird. 22

Es hat dies im Wesentlichen wie folgt begründet: 23

Der Klägerin stehe ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 5, 8 UWG a.F. bzw. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008 zu. Für den Unterlassungsanspruch der Klägerin sei das UWG sowohl in seiner zur Zeit des Vertriebs der Plastiktragetaschen als auch in seiner am 30.08.2008 in Kraft getretenen Fassung anwendbar. Eine für die Beurteilung des Streitfalles maßgebliche Rechtsänderung sei nicht eingetreten. Die mit der UWG-Novelle umgesetzte Richtlinie 2005/29 EG sei auch schon vorher zu berücksichtigen gewesen. 24

Die Werbung mit Umweltzeichen sei nach altem wie neuem Recht grundsätzlich nach strengen Maßstäben zu beurteilen. Mit Zeichen, die auf eine Umweltverträglichkeit schließen ließen, dürfe nur geworben werden, wenn sie eindeutig belegt seien und eine Irreführung der umworbenen Verbraucher auszuschließen sei. Dies gelte auch für Produkte, die mit dem „BLAUEN ENGEL“ ausgezeichnet seien. 25

Die Kammer könne nicht feststellen, dass diese Voraussetzungen bei den von der Beklagten zu 1.) für die Firma I hergestellten Plastiktragetaschen vorlägen. Denn es sei nicht nachgewiesen dass diese – wie von der Vergabegrundlage für das Umweltzeichen vorgesehen - tatsächlich zu mindestens 80% aus Kunststoffrezyklaten bestünden. Daran ändere auch die Neufassung der Vergaberichtlinie im März 2010 nichts.

Die Beklagten könnten sich nicht darauf berufen, dass dem Produkt das Umweltzeichen bindend verliehen worden sei. Denn dies schließe die Annahme einer irreführenden Werbung nicht aus. Auch eine objektiv richtige Angabe könne irreführend sein, wenn der Verkehr, für den sie bestimmt sei, ihr etwas Unrichtiges entnehme und die dadurch geweckte Fehlvorstellung geeignet sei, das Verhalten eines nicht unbeachtlichen Teils des Verkehrs zu beeinflussen. Hinzu komme, dass dem Abschluss des Vertrages mit der S e.V. lediglich eine Versicherung der Beklagten zu 1.) zugrunde gelegen habe, dass die eingesetzten Kunststoffrezyklate ausschließlich aus zurückgenommenen Altfolien gewonnen würden. 27

Die Klägerin sei darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die von der Beklagten zu 1.) hergestellten Kunststofftragetaschen nicht der Vergabegrundlage für das Umweltzeichen genügen und dementsprechend nicht zumindest zu 80% aus Kunststoff-Rezyklaten bestehen würden. Die Klägerin habe das Vorliegen dieser negativen Tatsache unter Bezugnahme auf die von ihr vorgelegten Gutachten hinreichend substantiiert vorgetragen. Dem seien die Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast dadurch hinreichend entgegen getreten, dass sie dargelegt hätten, aus welchen Inhaltsstoffen die Kunststofftragetaschen bestünden und auf welche Weise der Produktionsprozess im Groben ablaufe. Konkrete Angaben hätten die Beklagten nicht machen müssen, da es ihnen im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht zugemutet werden könne, Betriebsgeheimnisse zu offenbaren. 28

Der Klägerin sei es sodann nicht verwehrt, sich zum Beweis ihres Sachvortrages auf ein Sachverständigengutachten zu beziehen. Dabei handele es sich nicht um eine Ausforschung, da die Klägerin hinreichend Verdachtsmomente für ihre Behauptung vorgetragen habe. 29

Der Beweisaufnahme stehe nicht entgegen, dass die einzige analytische Möglichkeit auf einen Rezyklat-Gehalt von mindestens 80% zu schließen, die vergleichende Analyse sei. Denn auch dies könne theoretisch zu einem eindeutigen Beweisergebnis führen. Jedenfalls habe der Sachverständige dies nicht grundsätzlich verneint. Er habe lediglich ausgeführt, dass hierzu ein Betriebsversuch nötig sei. 30

Grundsätzlich könne ein Sachverständiger zur Aufklärung der Beweisfrage im Rahmen der Leitung seiner Tätigkeit durch das Gericht alle Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfen. Hierzu könne auch ein Betriebsversuch gehören. 31

Diesen Betriebsversuch hätten die Beklagten vereitelt, indem sie der Anwesenheit eines Parteisachverständigen der Klägerin widersprochen hätten. Dies führe nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung zu einer Umkehr der Beweislast. 32

Die Beklagten könnten sich nicht darauf berufen, dass bei Durchführung der Beweisaufnahme die Gefahr bestünde, dass Betriebsgeheimnisse an die Klägerin verraten würden. Das Prinzip der Parteiöffentlichkeit könne sachgerecht nur soweit eingeschränkt werden, als die andere Partei ihr Mitwirkungsrecht durch einen zur beruflichen Verschwiegenheit auch ihr gegenüber verpflichteten Sachverständigen ausübe. 33

Diesen Weg habe die Kammer bei der Anleitung des Sachverständigen im Einverständnis mit der Klägerin gewählt. Der Sachverständige Prof. Dr. K habe darüber hinaus ausgeführt, dass es nach seiner Auffassung zur Beantwortung der Beweisfrage nicht der Offenbarung von Betriebsgeheimnissen der Beklagten zu 1.) bedürfe.	
Die Beklagten könnten sich nicht auf den Standpunkt stellen, dass zu erwarten sei, dass der Sachverständige, der für die Klägerin an dem Ortstermin teilnehme, bei der Beweisaufnahme offenbar werdende Betriebsgeheimnisse der Beklagten verraten werde, weil er ansonsten in Konflikt zu seinen Vertragspflichten gegenüber der Klägerin gerate. Denn das Gericht habe ihm im Beweisbeschluss vom 15.11.2010 ausdrücklich untersagt, Betriebsgeheimnisse an die Klägerin weiterzugeben.	35
Die Beklagten hätten damit die weitere Beweisaufnahme zu Lasten der Klägerin vereitelt, so dass nur eine Umkehr der Beweislast in Betracht käme, zumal die Beklagte zu 1.) gegenüber dem S e.V. keinen Nachweis erbracht habe, dass die von ihr hergestellten Kunststofftragetaschen der Vergabegrundlage entsprächen.	36
Die Beklagten hätten den Beweis, dass die von der Beklagten zu 1.) gefertigten Tragetaschen zu mindestens 80 % aus Rezyklat-Kunststoff bestünden, auch nicht anderweitig erbracht. Nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen sei zwar davon auszugehen, dass die I-Tragetaschen Rezyklat-Kunststoff enthielten. Klare Aussagen zu den Anteilen habe der Sachverständige jedoch nicht treffen können. Eine weitere Offenlegung des Produktionsprozesses bzw. der Lieferanten von Altfolie hätten die Beklagten wiederum unter Bezugnahme auf ihre Betriebsgeheimnisse nicht vorgenommen. Die Untersuchung von im Jahre 2011 gefertigten Tragetaschen und die Vernehmung des Produktionsleiters zum Mischungsverhältnis könne den angeordneten Betriebsversuch durch einen Sachverständigen nicht ersetzen.	37
Die Beklagten zu 2.) bis 4.) würden als GmbH-Geschäftsführer persönlich haften, soweit sie selbst die Verletzung (mit-)verursacht hätten. Dies liege hier in der Natur der Sache und sei von diesen auch nicht bestritten worden.	38
Die Wiederholungsgefahr werde durch den einmaligen Wettbewerbsverstoß begründet. Sie sei auch bezüglich der Beklagten zu 2.) und 4.), die zwischenzeitlich die Geschäftsführung der Beklagten zu 1.) niedergelegt hätten, nicht entfallen.	39
Die Klägerin könne nach § 242 BGB zum Nachweis oder zur Bezifferung eines eventuellen Schadensersatzanspruches auch Auskunft über Art und Umfang der Verletzungshandlungen in der begehrten Form verlangen.	40
Auch der Feststellungsantrag sei begründet.	41
Hiergegen richten sich die Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung wie folgt:	42
Die Klage sei schon aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme abweisungsreif.	43
Das Landgericht gehe zwar zutreffend davon aus, dass mit dem streitgegenständlichen Umweltzeichen nur geworben werden dürfe, wenn die Berechtigung hierzu eindeutig belegt und eine Irreführung des Verbrauchers auszuschließen sei.	44
Der Beleg bestehe in dem unstreitigen Nachweis für die streitgegenständliche I-Tasche aus dem Jahre 2007, dass der S die Einhaltung der in den Vergabegrundlagen gestellten	45

Anforderungen überprüft und das Zeichen im Zusammenhang mit einem Zeichennutzungsvertrag vergeben habe.

Der gerichtliche Sachverständige habe nach keiner der von ihm eingesetzten Untersuchungsmethoden bestätigen können, dass die visuelle, haptische und olfaktorische Erscheinung des untersuchten Materials auf eine Herstellung mit weniger als 80% Kunststoffrezzyklat hinweise. Danach gebe es hierfür nicht einmal Verdachtsmomente. Die dahingehende Behauptung der Klägerin habe somit ohne jegliche Anhaltspunkte im Raum gestanden. 46

Eine sekundäre Beweislast bestehe für die Beklagte nicht. Erst recht sei eine vollständige Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt. 47

Das Landgericht gehe davon aus, dass die Klägerin eine negative Tatsache zu beweisen habe, obwohl diese eine solche nicht vorgetragen habe. Denn die streitige Behauptung werde aus positiven Tatsachen hergeleitet. Zudem ändere die Schwierigkeit eines Negativbeweises nichts an der Verteilung der Beweislast. Im Übrigen sei es für die Klägerin nicht schwieriger zu beweisen als für die Beklagte zu widerlegen, dass sich die behauptete Unterschreitung des Mindestanteils aus den visuellen, haptischen und olfaktorischen Merkmalen der streitigen I-Tasche ergebe. 48

Die Entscheidung „Fruchtextrakt“ des BGH sei nicht einschlägig. Dort sei es nicht um die Werbung mit Umweltzeichen gegangen. Außerdem sei die Beweislastverteilung vor dem Hintergrund vorgenommen worden, dass das Inverkehrbringen der dort streitigen Produkte keiner vorherigen Genehmigung bedurft habe. Ein Genehmigungsverfahren spreche damit im Zweifel gegen eine Beweiserleichterung oder gar -umkehr. 49

Es sei nicht sachgerecht, die Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten aus der Vergabe- und Kontrollpraxis der S herzuleiten. Die „mittelbare“ Angabe des Mindestanteils von 80% Kunststoffrezzyklat aufgrund der Kennzeichnung mit dem Umweltzeichen unterscheide sich insoweit nicht von einer ausdrücklichen Angabe. Auch in einem solchen Fall trage die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast. Etwaige Unzulänglichkeiten des Vergabeverfahrens des S würden keine Darlegungs- und Beweislast für den ordnungsgemäßen Zeichennutzer rechtfertigen. Andernfalls bestehe ein Generalverdacht, dass der berechtigte Nutzer eines Umweltzeichens die Vergabegrundlagen missachtet und sich auf Rüge gegenüber dem Wettbewerber zu exkulpieren habe. Damit seien schon auf Zuruf eines Wettbewerbers aufwändige, nicht ohne Beweisaufnahme mögliche Überprüfungen vorzunehmen. 50

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gebe es keine greifbaren Anhaltspunkte für einen Verstoß der Beklagten gegen die S-Vergabegrundlagen. Der vom Landgericht angeordnete Betriebsversuch laufe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. 51

Mit seiner Erwägung, ein gerichtlicher Sachverständiger dürfe zur Aufklärung der Beweisaufnahme alle Erkenntnisquellen ausschöpfen, verkenne das Landgericht, dass die Beweisfrage nur insoweit zulässig sei, als sie den streitigen Sachvortrag der Klägerin betreffe. Streitig könne jedoch nur sein, was eine Partei hinreichend substantiiert vorgetragen habe. Ein Sachvortrag, der über die vom Sachverständigen abgearbeiteten Verdachtsmomente hinausgehe, fehle jedoch. 52

Das Landgericht habe einer Anregung des Sachverständigen folgen und die im Betriebsversuch gewonnenen Ergebnisse mit dem streitgegenständlichen Muster einer I-Tasche vergleichen wollen. Der Sachverständige habe insoweit eine ausforschende 53

Aufklärung zu einer von ihm selbst aufgeworfenen Frage angeregt, nämlich ob die Beklagten technisch in der Lage seien, eine Tasche herzustellen, die in ihren Eigenschaftsparametern dem streitigen Muster einer I-Tasche entspreche. Eine solche Untersuchung sei nicht mehr am Streitstoff orientiert und schon deshalb nicht notwendig.

Es bestehe nämlich kein Streit darüber, dass die Herstellung von Kunststofftaschen von der Qualität der I-Tasche auch unter Einhaltung der Anforderungen des S möglich sei. Die Klägerin sei selbst – wie sich anhand der D – Tasche aus ihrer Herstellung zeige - hierzu in der Lage. 54

Die Klägerin habe auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Beklagten technisch nicht in der Lage sein könnten, unter Einsatz von mindestens 80% Kunststoff-Rezyklat eine dem I-Muster entsprechende Qualität herzustellen. Die Beklagten hätten im Einzelnen dargelegt, dass insbesondere die Verwendung von sauberem Ausgangsmaterial und Farbzusätzen eine solche Qualität ermögliche. Insoweit sei von Bedeutung, dass mit den S-Vergabe-Grundlagen März 2010 klar gestellt sei, dass so saubere Abfälle wie unverkaufte Produkte zugelassen seien. 55

Das Landgericht habe nicht gewürdigt, dass die Beklagten – unter Protest gegen ihre Beweislast – Alternativen zu dem angeordneten Betriebsversuch angeboten hätten. Die gebotene Bewertung der Zumutbarkeit einer Beweislastumkehr bzw. der insoweit durchgeführten Betriebsversuche sei versäumt worden. 56

Das Landgericht habe nicht begründet, warum das mit Schriftsatz der Beklagten vom 09.02.2011 vorgeschlagene Verfahren einen Betriebsversuch nicht ersetzen könne. Die Beklagten hätten das bei einer Beweissicherung in Patentstreitsachen etablierte Verfahren angeboten. Hiermit habe das Landgericht sich nicht auseinandergesetzt. 57

Das Landgericht erkenne im Grundsatz an, dass ein Betriebsversuch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beklagten gefährden würde. 58

Der Betriebsversuch am 10.03.2011 sei aus organisatorischen Gründen ausgefallen. Eine Teilnahme des klägerischen Sachverständigen hätten die Beklagten nicht dulden können. Anders seien ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht wirksam zu schützen gewesen. Eine Beweisvereitelung stelle dies nicht dar. Denn dies setze ein schuldhaftes Verhalten voraus. Die Beklagten hätten jedoch in Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen gehandelt. 59

Bei Teilnahme eines Sachverständigen seien die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einer Partei nicht minder gefährdet als bei der unmittelbaren Teilnahme sachkundiger Parteivertreter. Insbesondere mit dem Schriftsatz vom 16.02.2011 habe die Klägerin offenbart, dass sie auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beklagten zum Streitgegenstand zähle und damit zum Beweisgegenstand machen wolle. Angesichts dessen sei zu erwarten gewesen, dass der klägerische Sachverständige der Klägerin über seine Beobachtungen und Erkenntnisse berichten würde. 60

Es sei im Übrigen nicht vorhersehbar gewesen, wie der Betriebsversuch ablaufen würde. Denn der gerichtliche Sachverständige habe mitgeteilt, dass er sich auch über die Verfahrenstechnik ein Bild machen müsse, vorab aber mangels Kenntnissen von dieser nicht festlegen könne, wie er vorgehen werde. 61

Zwar habe das Landgericht dem klägerischen Sachverständigen im Beweisbeschluss aufgegeben, ihm offenbar werdende Betriebsgeheimnisse der Beklagten nicht an die Klägerin weiterzugeben. Diese Auflage sei jedoch unzureichend.	
Die Ankündigung des gerichtlichen Sachverständigen, im Gutachten keine Einzelheiten zur Herstellungstechnik oder dies nur pauschal darstellen zu wollen, sei nur vage und biete keinen Schutz gegen einen Bericht des klägerischen Sachverständigen an seine Auftraggeberin.	63
Der Hinweis des Landgerichts, der klägerische Sachverständige sei gegenüber seiner Auftraggeberin zur Verschwiegenheit verpflichtet, sei nicht ausreichend. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung sei nicht hinreichend sanktioniert. Dies sei schon im Hinblick auf den gerichtlichen Sachverständigen geltend gemacht und eine Belehrung und Verpflichtung gemäß § 1 Abs. 1 Ziffer 3 bzw. Abs. 2 Ziffer 2 VerpflG i.V.m § 353b Abs. 2 Ziffer 1 StGB gefordert worden. Hierfür sei im Einzelnen angegeben worden, welche Art von Informationen geheim seien und welche nicht.	64
Die Beklagten zu 2) und 4) seien trotz ihres Ausscheidens aus der Geschäftsführung der Beklagten zu 1) ohne zeitliche Einschränkung zur Auskunft verurteilt worden. Ein solcher Anspruch bestehe nicht. Ausgeschiedene Geschäftsführer würden nicht für spätere Handlungen der Gesellschaft haften.	65
Die Beklagten beantragen deshalb,	66
das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 18.05.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.	67
Die Klägerin beantragt,	68
die Berufung zurückzuweisen.	69
Sie trägt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vor:	70
Die Argumentation der Berufung, das Landgericht habe den Beklagten zu Unrecht vollständig die Darlegungs- und Beweislast auferlegt, vor allem weil sie aufgrund der Wahrung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse eine Betriebsbegehung habe verhindern müssen, sei nicht stichhaltig.	71
Wenn das Ausgangsmaterial der Tragetaschen mit dem Hinweis „DER BLAUE ENGEL“ Recycleprodukte seien, könnten diese nicht so „rein“ sein wie übliche Tragetaschen. Sie seien vielmehr in visueller, haptischer und olfaktorischer Hinsicht in der Qualität eingeschränkt. Denn das Ausgangsmaterial sei aufgrund der vorhergegangenen Benutzung verschmutzt und enthalte Reste von Fremdpartikeln. Diese Verschmutzungen des Materials bzw. des eingeschlossenen Fremdmaterials würden auch nicht im Rahmen des Produktionsprozesses, insbesondere nicht im Rahmen der erforderlichen Reinigung, und zwar aufgrund insoweit bestehender technischer Grenzen vollständig entfernt. Dies führe dazu, dass die Ware eine gräuliche bis graue Oberfläche aufweise, die Oberfläche rau sei und zudem merklich rieche.	72
Die Klägerin habe feststellen müssen, dass die Beklagte zu 1.) mit dem Umweltsiegel „DER BLAUE ENGEL“ versehene Tragetaschen herstelle und vertreibe, die diese typischen Eigenschaften von Tragetaschen aus PCR-Ware nicht aufwiesen.	73

Der daraus herrührende Verdacht, dass die streitgegenständliche Tragetasche der Beklagten nicht aus zumindest 80% Kunststoffrezyklaten bestehe, sei durch mehrere unabhängige Gutachten überprüft worden. All diesen in Auftrag gegebenen Gutachten sei die Aussage eigen, dass die hier streitgegenständliche Tragetasche offensichtlich nicht aus PCR-Material stammen könne. Alle Gutachter seien zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tragetasche nicht die typischen Eigenschaften von PCR-Material aufweise, mithin nicht aus 80% Kunststoffrezyklaten bestehe. Die von den Beklagten gegen die Gutachten erhobenen Bedenken seien nicht stichhaltig. Die Klägerin habe damit substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Tasche Neuware sein müsse und nicht aus 80% Kunststoffrezyklat bestehen könne.

Die Beklagte zu 1.) habe sich vorprozessual nicht zu den Auffälligkeiten ihrer Tragetaschen geäußert. Auch im Rahmen ihres vorprozessualen Vortrages habe sie sich auf den Hinweis beschränkt, sie sei vom S zertifiziert, mithin weise auch die streitgegenständliche Tasche den erforderlichen Anteil an Kunststoffrezyklaten auf. Da die I-Tragetaschen jedoch nicht von der S überprüft worden seien, habe die Zertifizierung keinerlei Aussagekraft im Hinblick auf die Zusammensetzung. 75

In Anbetracht der Fülle und Vielfalt der eingeholten Gutachten hätten die Beklagten jedenfalls im Rahmen des Rechtsstreits im Einzelnen darlegen und unter Beweis stellen müssen, warum die I-Tragetaschen trotz der offensichtlichen Abweichungen vom üblichen PCR-Material aus 80% Kunststoffrezyklaten bestünden. 76

Hierbei handele es sich um eine Frage, die mit letzter Sicherheit allein nur die Beklagten beantworten könnten. Denn sie allein wüssten, welches Ausgangsmaterial verwendet und welches Produktionsverfahren eingesetzt würden und aus welchen Gründen die Eigenschaften ihrer Tragetasche offensichtlich anders sei als die anderer Taschen, die aus PCR-Ware bestünden. Aufgrund dieser besonderen Konstellation habe es nicht bei der allgemeinen Darlegungs- und Beweislast verbleiben können. Vielmehr habe die Beklagte hier „mehr“ darlegen und beweisen müssen. 77

Die Beklagten hätten jedoch nur unsubstantiiert vorgetragen, ihr Ausgangsmaterial sei sauberer bzw. „reiner“ als bei sonstigen Tragetaschen aus PCR-Material und das Produktionsverfahren sei deutlich besser. Welche Besonderheiten dieses Produktionsverfahren habe und wie hierdurch die Abweichungen zu erklären seien, hätten die Beklagten nicht vorgetragen. Die Einlassung der Beklagten überzeuge nicht, stehe in Widerspruch zu den Gegebenheiten des Herstellungsverfahrens von PCR-Material und widerspreche jeglichem technischen und physikalischen Verständnis. 78

Der vom Landgericht bestellte Sachverständige habe bestätigt, dass die streitgegenständliche Tragetasche I nicht aus 80% Kunststoffrezyklat bestehe, da sie unter „normalen Umständen“ nicht die von ihm festgestellte Eigenschaft und Zusammensetzung aufweisen könne. 79

Der Sachverständige habe verschiedene Untersuchungsmethoden angewandt. Da auch ihm Eigenschaften und Zusammensetzung der Tragetasche auffällig vorgekommen seien und er sich diese offensichtlich nicht allein durch die Verwendung des von der Beklagten behaupteten reineren Ausgangsmaterials und/oder dem angeblich besseren Produktionsverfahren habe erklären können, habe er einen Betriebsversuch – und dieser stelle keine unzulässige Ausforschung dar - vorgeschlagen. 80

Die Zweifel an der Herstellbarkeit seien nicht nur durch die augenscheinlich visuellen, haptischen und olfaktorischen Unterschiede, sondern auch im Hinblick auf die physikalische und chemische Zusammensetzung der Tragetasche begründet.

Die Beklagten seien deshalb vollumfänglich darlegungs- und beweispflichtig, dass ihre Tragetasche trotz dieser Feststellung tatsächlich aus 80% Rezyklat bestehe. Sie hätten dezidiert und ausführlich darlegen müssen, worauf die Unterschiede in den Messergebnissen zurückzuführen seien. Wenn die Unterschiede erklärbar gewesen seien, hätten die Beklagten vortragen und unter Beweis stellen können und müssen, worauf dies zurückzuführen ist. Hierzu hätten sie jedoch geschwiegen und seien damit ihrer sekundären Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen. 82

Die Beklagten hätten sich zur Abwehr ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die eine Betriebsbegehung bei ihr unmöglich bzw. nur unter Ausschluss der Klägerin unmöglich machen würden, berufen können. 83

Da sie eine Betriebsbegehung nicht zugelassen hätten, obliege ihnen nicht nur die sekundäre Darlegungslast. Vielmehr seien sie auch aufgrund einer Umkehr der Beweislast bzw. einer Beweisvereitelung beweisfällig geblieben. 84

Die Beklagte könne sich einem Betriebsversuch nicht mit dem Argument widersetzen, hierdurch würden angebliche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beeinträchtigt. Zum einen habe sie nämlich schon nicht substantiiert vorgetragen, welche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Rahmen des Betriebsversuchs tangiert seien bzw. werden könnten. Zum anderen sei den Bedenken der Beklagten im Hinblick auf die Geheimhaltung durch die Stillschweigeverpflichtung im Beweisbeschluss vom 15.11.2010 hinreichend Sorge getragen worden. 85

Die Beklagte habe auch nicht substantiiert behauptet, dass die angeordnete Stillschweigeverpflichtung des Sachverständigen nicht geeignet sei, ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu sichern. Sie habe nicht dargelegt, welche Geschäftsgeheimnisse neben den Betriebsgeheimnissen von der Geheimhaltung nicht umfasst seien. Der Sachverständige habe zudem deutlich gemacht, worauf sich der Betriebsversuch erstrecken solle. Die Beklagte habe selbst zugestanden, dass das von ihr zur Herstellung ihres eigenen Regranulats verwendete Recyclingmaterial sowie das Verfahren, mit dem sie dieses aus Recyclingfolie unter Einsatz bekannter Technologie herstelle, nicht geheim sei. Dementsprechend habe der Sachverständige dieses Ausgangsmaterial und das Produktionsverfahren begutachten können, ohne dass irgendwelche Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse betroffen gewesen wären. 86

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 87

Der Senat hat Beweis erhoben durch mündliche Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. K im Senatstermin am 25.10.2012. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk vom selben Tag Bezug genommen. 88

B. 89

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. 90

Denn die Klage hat in der Sache keinen Erfolg. 91

Die Klage ist zwar zulässig. Denn die Klageanträge entsprechen den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Zudem ist die Klägerin klagebefugt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Denn die Parteien sind aufgrund ihres konkreten Wettbewerbsverhältnisses im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Tragetaschen aus Kunststoffrezyklaten Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.	92
Jedoch ist die Klage insgesamt unbegründet.	93
I.	94
Denn der Klägerin steht der mit dem Klageantrag zu 1) verfolgte Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1, Abs. 3; 5 Abs. 1 Nr. 4 UWG – und die insoweit maßgebliche Rechtslage hat sich seit dem Zeitpunkt des beanstandeten Handelns nicht erheblich geändert – nicht zu.	95
1.	96
Die Bewerbung der streitgegenständlichen Kunststofftragetaschen mit dem Umweltzeichen „Der Blaue Engel“ stellt zwar zweifelsohne ein Handeln im geschäftlichen Verkehr im Sinne der §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Denn sie dient dem Absatz der von der Beklagten zu 1.) hergestellten Kunststofftragetaschen.	97
2.	98
Insoweit trifft die Beklagten zu 2.) bis 4.) auch die persönliche Verantwortung für das Handeln der Beklagten zu 1.), da sie sämtlich zum Zeitpunkt des von der Klägerin beanstandeten Handelns noch als deren Geschäftsführer tätig waren (vgl. Köhler/ Bornkamm, 30. Aufl., § 2 Rdnr. 119 zur insoweit schon vor Inkrafttreten der UWG-Novelle 2008 persönlichen Verantwortlichkeit von Vertretern des Unternehmensinhabers).	99
3.	100
Das beanstandete Handeln der Beklagten zu 1.) ist weder per se unlauter i.S.d. Nr. 4 2. Alt. des Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG, der im Wesentlichen mit Nr. 4. des zum Zeitpunkt der konkreten Verletzungshandlung gültigen Anh I der Richtlinie 2005/29/EG identisch ist, noch unlauter i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 4 UWG.	101
a)	102
Allerdings steht der Tatbestandsmäßigkeit des Handelns der Beklagten nach Nr. 4 2. Alt. des Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG nicht etwa von vorneherein entgegen, dass der Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG nur geschäftliche Handlungen im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern erfasst. Nicht zu den Verbrauchern in diesem Sinne gehören die „sonstigen Marktteilnehmer“ nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG wie Unternehmer in ihrer Eigenschaft als (potenzielle) Kunden (Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 3 UWG Rdnr. 29).	103
Bei den von der Werbung der Beklagten unmittelbar angesprochenen Verkehrskreisen handelt es sich zwar um solche Unternehmer. Denn die Werbung der Beklagten richtet sich in erster Linie an ihre eigenen Kunden. Diese sind keine Verbraucher, sondern gewerblichen Abnehmer wie die Einzelhandelskette I.	104
Das Handeln der Beklagten zu 1.) ist jedoch auch ein solches zur Förderung eines fremden Unternehmens gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG (hierzu u.a. Köhler/ Bornkamm, 30. Aufl.,	105

§ 2 UWG Rdnr. 56). Die von der Beklagten hergestellten Tragetaschen sind nämlich von vorneherein dazu bestimmt, von den Abnehmern der Beklagten an Letztverbraucher abgegeben zu werden. Dementsprechend haftet die Beklagte zu 1.) auch für die Wettbewerbshandlungen ihrer Kunden gegenüber dem Verbraucher. Denn sie hat durch eigenes Handeln eine Lage geschaffen, in der ihre Abnehmer in voraussehbarer Weise gegen Nr. 4 2. Alt. des Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG verstoßen würden (vgl. zur Verantwortlichkeit eines Herstellers für Wettbewerbshandlungen des Einzelhändlers u.a. BGH GRUR 1962, 537 – <i>Radkappe</i> ; GRUR 1961, 545 – <i>Plastic-Folien</i> ; GRUR 2003, 624 - <i>Kleidersack</i> ; Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 8 UWG Rdnr. 2.13c; Piper/Ohly/Sosnitza, 5.Aufl., § 8 UWG Rdnr. 132)	
b)	106
Jedoch kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte zu 1.) die Bedingungen für die Erlaubnis zur Kennzeichnung ihrer Tragetaschen mit dem „Blauen Engel“ nicht eingehalten hat.	107
Denn dies würde voraussetzen, dass die streitgegenständlichen Tragetaschen entgegen Ziffer 3.1 der Vergabegrundlage für Umweltzeichen ##### nicht zu 80% aus Kunststoffrezyklaten im Sinne des Satzes 2. des Abschnittes 2 bestehen. Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden.	108
Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, mithin auch die Unwahrheit der durch die Verwendung des Umweltzeichens suggerierten Angabe, die Tragetaschen würden entsprechend den Anforderungen zu 80% aus Kunststoffrezyklaten hergestellt, trägt grundsätzlich die Klägerin, und zwar selbst dann, wenn es sich um negative Tatsachen handelt (vgl. BGH GRUR 1963, 270 – <i>Bärenfang</i> ; GRUR 2009, 625 – <i>Fruchtextrakt</i> ; Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 12 UWG Rdnr. 2.91).	109
Dieser ihr obliegenden Darlegungspflicht wird der Vortrag der Klägerin letztendlich nicht gerecht.	110
aa)	111
Die Klägerin ist der ihr obliegenden Darlegungslast zwar unter den gegebenen Umständen mit der Begründung ihrer Klage zunächst vollumfänglich nachgekommen.	112
Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der vollen Darlegungspflicht nicht ausnahmslos und nicht uneingeschränkt gilt und insbesondere in solchen Fällen einer Einschränkung bedarf, in denen der Kläger außerhalb des Geschehensablaufs steht und den Sachverhalt nicht von sich aus ermitteln kann, während dem Beklagten die erforderliche tatsächliche Aufklärung ohne weiteres möglich und auch zuzumuten ist. In Fällen dieser Art würde es dem Gedanken von Treu und Glauben, der auch das Prozessrecht beherrscht, widersprechen, wollte man den Kläger an der für ihn grundsätzlich bestehenden vollen Darlegungs- und Beweislast festhalten. Es ist vielmehr hinsichtlich derjenigen tatsächlichen Umstände, deren Aufklärung nach Lage der Sache vom Kläger billigerweise nicht erwartet werden kann, eine prozessuale (sekundäre) Erklärungs- und Beweislast des Beklagten anzunehmen, sofern der Kläger über bloße Verdachtsmomente hinaus die für eine Wettbewerbswidrigkeit sprechenden Tatsachen dargetan und unter Beweis gestellt hat (BGH GRUR 1963, 270 - <i>Bärenfang</i> ; GRUR 1997, 229 – <i>Beratungskompetenz</i> ; Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 12 UWG Rdnr. 2.91; Musielak-Stadler, 4. Aufl., § 138 ZPO, Rn. 10).	113

Dem wurde die Klagebegründung grundsätzlich gerecht.

Die Klägerin hat mit der Darlegung der typischen visuellen, haptischen und olfaktorischen Produkteigenschaften von PCR-Ware, d.h. aus Kunststoffrezyklat hergestellten Produkten und deren Unterschieden zu den streitgegenständlichen Tragetaschen unter Vorlage zahlreicher Gutachten nicht nur bloße Verdachtsmomente, sondern greifbare (positive) Anhaltspunkte für ihre Behauptung, die in Rede stehende Ware bestehe nicht, zumindest jedoch nicht zu 80% aus Kunststoffrezyklat, dargetan und diese wie auch die hieraus gezogene Schlussfolgerung, mithin deren Beweiswert unter Beweis gestellt. 115

Ein weitergehender tatsächlicher Vortrag war von der Klägerin (zunächst) nicht zu erwarten. Denn sie hat keinerlei Einblick in die innerbetrieblichen Vorgänge der Beklagten (vgl. BGH GRUR 2005, 1059 – *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*; Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 12 UWG Rdnr. 2.92). 116

bb) 117

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme reduziert sich das Vorbringen der Klägerin zur Begründung ihrer Behauptung, die streitgegenständliche Tragetasche bestehe nicht zu 80% aus Kunststoffrezyklat, jedoch auf bloße Verdachtsmomente. Damit wird die Klägerin den ihr obliegenden Darlegungsanforderungen nicht mehr gerecht. 118

Mit dem Inhalt des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. K vom 01.12.2009 sowie den mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen im Senatstermin am 25.10.2012 liegen keine greifbaren Anhaltspunkte (mehr) vor, die für sich genommen oder in ihrer Gesamtheit für die Behauptung der Klägerin streiten. 119

Dies geht zu Lasten der Klägerin, die (zumindest) für diese positiven Tatsachen die uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast trägt, auch wenn diese der Rechtfertigung einer Behauptung dienen, die eine negative Tatsache beinhaltet und innerbetriebliche Vorgänge der Gegenseite betrifft. 120

Die Ausführungen des Sachverständigen zu den von der Klägerin angeführten Umständen für die von ihr aus diesen gezogene Schlussfolgerung sind durchweg unergiebig, wenn nicht sogar teilweise negativ ergiebig. 121

Ausweislich der Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten vom 01.12.2009 auf Seite 30 kommt den visuellen, haptischen und olfaktorischen Unterschieden der streitgegenständlichen Taschen im Vergleich zu PCR-Taschen kein zwingender naturwissenschaftlich begründbarer Beweiswert für die Behauptung der Klägerin zu. Die genannten Parameter erlauben gerade keine Rückschlüsse auf den Masseanteil an Rezyklatkunststoff. 122

Auch die übrigen vom (gerichtlichen) Sachverständigen durchgeführten Untersuchungen, die in dessen schriftlichen Gutachten im Einzelnen beschrieben werden, lassen weder für sich genommen noch in ihrer Gesamtheit, und zwar auch unter Berücksichtigung der von den Parteien im Vorfeld veranlassten Analysen, eine Schlussfolgerung auf den quantitativen Gehalt an Rezyklatkunststoffen in den streitgegenständlichen Tragetaschen zu. Dies gilt auch für die Ergebnisse der Infrarotspektroskopie. Der Sachverständige hat insoweit im Rahmen seiner Anhörung im Senatstermin am 25.10.2012 klar gestellt, dass er zwar aus dem Umstand, dass der sog. Pic bei der Tragetasche Nr. 4 bei 1734 -1 liege, folgern könne, dass diese Tasche mit erheblich vorbelasteten Rezyklat hergestellt worden sei. Jedoch könne man 123

daraus nicht folgern, dass wenn kein Pic gegeben sei, kein Rezyklat verwendet worden sei.

Tatsächlich sind nach den insoweit unmissverständlichen Ausführungen des hierzu vom Senat mündlich angehörten Sachverständigen beide Parteien in der Lage, - den streitgegenständlichen Taschen vergleichbare - hochwertige Rezyklatware herzustellen, wenn sie hochwertige Rezyklate einsetzen und diese entsprechend aufbereiten. Dies sei schon im Jahre 2007 möglich gewesen. 124

II. 125

Der Klägerin steht damit mangels unlauteren Wettbewerbshandelns der Beklagten auch weder ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 9 S. UWG, dessen Feststellung sie begehrt, noch der hierzu unselbständige Anspruch auf Auskunftserteilung zu. 126

C. 127

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs.1, 709 Nr. 10, 711 ZPO. 128

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 129