Oberlandesgericht Hamm, 4 U 46/14

Datum:	14.08.2014
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 U 46/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2014:0814.4U46.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Dortmund, 19 O 2/14

Tenor:

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 25. Februar 2014 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Parteien zu jeweils 50 %.

Gründe: 1

I. 2

Der Verfügungskläger vertreibt Kopfhörer. Ob er auch Hersteller von Kopfhörern ist, ist streitig. 3

Die Verfügungsbeklagte betreibt eine Einzelhandelskette mit Filialen im gesamten Bundesgebiet und veräußert u. a. Kopfhörer. 4

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.12.2013 mahnte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte ab. Er rügte, diese verstoße gegen § 7 S. 1 ElektroG und § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG, weil ein von ihr anlässlich eines Testkaufs vom 04.12.2013 veräußerter Stereo-Kopfhörer Nr. ##### nicht ordnungsgemäß nach Maßgabe der vorgenannten Vorschriften gekennzeichnet sei. 5

Dieses Produkt ist zur Kennzeichnung mit einem kunststoffbeschichteten Fähnchen versehen, das an das Kabel angeklebt ist. Wegen der Einzelheiten der Gestaltung des betreffenden Kopfhörers wird auf die Anlage FN 1 zur Klageschrift (Bl. 15 ff. d. A.) und die Anlage AG 3 zur Schutzschrift der Verfügungsbeklagten (Bl. 67 ff. d. A.) Bezug genommen. 6

Die Verfügungsbeklagte verweigerte mit anwaltlichem Schreiben vom 03.01.2014 die Abgabe der geforderten strafbewehrten Unterlassungserklärung. 7

Auf den am 03.01.2014 bei Gericht eingegangenen Antrag des Verfügungsklägers vom selben Tage hat das Landgericht Dortmund der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung durch Beschluss vom 09.01.2014 unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr beim Verkauf von Kopfhörern an Verbraucher zu Zwecken des Wettbewerbs 8

1. 9

wie bei dem Kopfhörer Anlage FN 1, Kopfhörer in Deutschland anzubieten oder zu verkaufen, die keine dauerhafte Kennzeichnung nach § 7 S. 1 ElektroG haben, die den Hersteller oder den Importeur eindeutig identifizieren; 10

2. 11

wie bei dem Kopfhörer Anlage FN 1, Kopfhörer in Deutschland anzubieten oder zu verkaufen, ohne dass diese mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Herstellers oder, sofern dieser nicht im Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist, mit dem Namen und der Kontaktanschrift des Bevollmächtigten oder des Einführers auf dem Verbraucherprodukt selbst gekennzeichnet sind und nicht lediglich in Form eines an einem Kabel klebenden Fähnchens. 12

Hiergegen hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch eingelegt. 13

Nach Erlass der Beschlussverfügung hat der Verfügungskläger am 23.01.2014 bei einem weiteren Testkauf einen sog. In-Ear-Kopfhörer (Anlage FN 10) bei der Verfügungsbeklagten erworben. Auch insoweit rügt er Verstöße der Verfügungsbeklagten gegen § 7 S. 1 ElektroG und § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG. 14

Der Verfügungskläger hat gemeint, die in Rede stehenden Kopfhörer verfügten nicht über eine dauerhafte Herstellerkennzeichnung im Sinne von § 7 S. 1 ElektroG; es fehle auch an der Angabe des Namens und der Kontaktanschrift des Herstellers auf dem Produkt, wie dies § 6 Abs. 1 Nr. 2 ProdSG vorschreibe. Das angeklebte Papierfähnchen sei nicht ausreichend. 15

Der Verfügungskläger hat beantragt, 16

die einstweilige Verfügung vom 09.01.2014 aufrechtzuerhalten. 17

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, 18

unter Aufhebung der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 09.01.2014 den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen, 19

hilfsweise ihre eine Aufbrauchsfrist bis zum 16.05.2014 einzuräumen. 20

Sie hat mit näheren Ausführungen geltend gemacht, ein Verstoß gegen § 7 S. 1 ElektroG und § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG liege nicht vor; das zur Kennzeichnung verwendete kunststoffbeschichtete und an dem Kabel des Kopfhörers fest verklebte Fähnchen sei ausreichend. Es komme nicht darauf an, dass sich das Fähnchen durch mechanische Gewalt entfernen lasse. Die in Rede stehende Form der Kennzeichnung sei vom zuständigen Regierungspräsidium jedenfalls hinsichtlich der Vorschriften des Produktsicherheitsgesetzes 21

als ausreichend angesehen worden.

Die Verfügungsbeklagte hat ferner den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) erhoben und dazu unter Vorlage einer Wirtschaftsauskunft der Creditreform vom 11.02.2014 behauptet, die Abmahntätigkeit des Verfügungsklägers und seine Prozessführung stünden außer Verhältnis zu seiner eigentlichen Geschäftstätigkeit. 22

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 09.01.2014 aufrecht erhalten und den Antrag der Verfügungsbeklagten auf Einräumung einer Aufbrauchsfrist zurückgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils verwiesen. 23

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Verfügungsbeklagten, die sie wie folgt begründet: 24

Das Landgericht habe zu Unrecht ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Verfügungsklägers verneint. Die Verfügungsbeklagte wiederholt und vertieft ihr Vorbringen, die Abmahntätigkeit und Prozessführung des Verfügungsklägers stehe außer Verhältnis zu seiner eigentlichen Geschäftstätigkeit, und überreicht eine weitere Creditreform-Wirtschaftsauskunft betreffend den Verfügungskläger vom 23.04.2014 sowie eine Aufstellung der in der Kanzlei ihrer Prozessbevollmächtigten geführten Verfahren in Bezug auf Abmahnungen des Verfügungsklägers. Sie weist darauf hin, der Verfügungskläger lasse Testkäufe am Kanzleisitz seiner Prozessbevollmächtigten durchführen und Gebührenansprüche gegen die Verfügungsbeklagte doppelt geltend machen. Im Verfahren 19 O 47/14 LG Dortmund nehme er sie u. a. auf Erstattung von Kosten einer Abmahnung vom 28.12.2013 in Höhe von 1.141,90 € sowie von Testkaufkosten (2,99 €) in Anspruch, obwohl insoweit bereits im Verfahren 19 O 9/14 ein Urteil des Landgerichts Dortmund ergangen sei. Zudem seien in dem Verfahren Abmahn- und Testkaufkosten bezüglich einer Abmahnung vom 06.02.2014 wegen angeblich fehlerhafter CE-Kennzeichnung gegen die Verfügungsbeklagte geltend gemacht worden, während die entsprechenden Unterlassungsansprüche nicht weiter verfolgt worden seien. 25

Mit näheren Ausführungen meint die Verfügungsbeklagte weiterhin, ein Verstoß gegen § 7 S. 1 ElektroG und gegen § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG liege nicht vor. Die Kennzeichnung sei dauerhaft im Sinne von § 7 S. 1 ElektroG. Ein Abreißen des Klebefähnchens sei aufgrund seiner Konsistenz nicht möglich. Ein Abschneiden stelle eine mechanische Einwirkung dar. Da sich mit gewaltsamen Mitteln jede Kennzeichnung entfernen lasse, könne dies kein belastbares Kriterium für das Merkmal der Dauerhaftigkeit sein. Dieses erfordere lediglich ein Mindestmaß an Unzerstörbarkeit. Auch bei Kleidungsstücken, die nach der Textilkennzeichnungsverordnung gekennzeichnet sein müssten, seien die Kennzeichnungen üblicherweise mittels eines eingenähten Fähnchens angebracht, das ebenso mühelos abgeschnitten werden könne. Ferner ist die Verfügungsbeklagte nach wie vor der Ansicht, ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ProdSG sei nicht gegeben. 26

Die Verfügungsbeklagte beantragt, 27

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 09.01.2014 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen. 28

Der Verfügungskläger beantragt, 29

die Berufung zurückzuweisen. 30

Er verteidigt das Urteil des Landgerichts mit näheren Ausführungen. Insbesondere weist er den Einwand des Rechtsmissbrauchs zurück. Er hält die Auskunft der Creditreform für nicht aussagekräftig. Er habe unlängst ein „kleines Haus mit Grundstück“ erworben; aus laufender Geschäftstätigkeit habe er im Jahr 2013 sechsstellige Umsätze und erhebliche fünfstellige Gewinne erwirtschaftet; in den ersten beiden Monaten 2014 habe er einen Gewinn aus dem Verkauf von Kopfhörern von über 15.000,00 € erzielt; die wegen Verfahrenskosten entstehenden Risiken könne er sich leisten. Er sei nicht freigestellt; Kosten begleiche er auch aus Vertragsstrafenvorgängen. Ihm gehe es um die Bereinigung des Wettbewerbs im Hinblick auf die gerügten Verstöße. Die Verfügungsbeklagte sei eine starke Wettbewerberin, die renitent rechtswidrig agiere. 31

Der Verfügungskläger räumt ein, Abmahnkosten in derselben Sache gegen die Verfügungsbeklagte zwei Mal gerichtlich geltend gemacht zu haben, und weist darauf hin, dies beruhe auf einem Versehen seiner Prozessbevollmächtigten. 32

Schließlich meint er, aufgrund der Verletzung der europarechtlichen Kennzeichnungsvorgaben liege zugleich ein unsicheres Produkt im Sinne von § 6 Abs. 5 ProdSG vor. 33

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 14.08.2014 verwiesen. 34

Der Senat hat den Verfügungskläger gem. § 141 ZPO persönlich angehört. 35

Im Senatstermin vom 14.08.2014 hat der Verfügungskläger den Verfügungsantrag zu 2. zurückgenommen. 36

II. 37

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 38

Nach Rücknahme des Verfügungsantrags zu 2. ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nur noch der mit dem Verfügungsantrag zu 1. verfolgte Verstoß gegen die Vorschrift des § 7 S. 1 ElektroG. 39

1. 40

Der Verfügungsantrag ist zulässig. 41

a) 42

Mit der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung ist er hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 43

b) 44

Der Verfügungskläger ist antragsbefugt. Denn die Parteien sind Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG). Zwischen ihnen besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Mit dem bundesweiten Vertrieb von Kopfhörern sind sie auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt geschäftlich tätig. 45

c) 46

Der Antragsbefugnis des Verfügungsklägers steht im vorliegenden Verfügungsverfahren nicht der prozessuale Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 8 Abs. 4 UWG) entgegen. 47

Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG ist grundsätzlich der Verletzer, hier die Verfügungsbeklagte. Erst wenn in ausreichendem Umfang Indizien vorgetragen sind, die für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruches sprechen, obliegt es sodann dem Anspruchsteller, diese Umstände zu widerlegen (BGH, GRUR 2006, 243 – *MEGA-Sale*; *Köhler*/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 8 Rn. 4.25). Die hierzu seitens der Verfügungsbeklagten angeführten Indizien lassen nicht den Schluss zu, dass der Verfügungskläger überwiegend sachfremde, mithin keine schutzwürdigen wettbewerbsrechtlichen Interessen verfolgt. 48

Der Umstand, dass er bereits in größerem Umfang Abmahnungen ausgesprochen haben mag, ist für sich genommen nicht geeignet, einen Missbrauch zu belegen (vgl. BGH, GRUR 2012, 286 – *Falsche Suchrubrik; Senat*, Urteil vom 28.04.2009 - 4 U 216/08). Anders wäre dies zwar, wenn sich die Abmahntätigkeit des Verfügungsklägers verselbständigt hätte, d. h. in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis mehr zur eigentlichen Geschäftstätigkeit steht und damit bei objektiver Betrachtung an der Verfolgung bestimmter Wettbewerbsverstöße kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann (vgl. BGH, GRUR 2001, 260, 261 – *Vielfachabmahner*; GRUR 2012, 286 – *Falsche Suchrubrik*; *Köhler*/Bornkamm, 32. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.12a). Hiervon kann im vorliegenden Verfügungsverfahren indes nicht ausgegangen werden. Die von der Verfügungsbeklagten vorgetragenen Umstände lassen einen solchen Schluss letztlich nicht zu. Die vorgelegten Auskünfte der Creditreform vom 11.02.2014 und 23.04.2014 sprechen zwar dafür, dass der Verfügungskläger nur in geringem Umfang geschäftlich tätig ist. Jedoch ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, worauf die darin enthaltenen Angaben konkret beruhen. Lediglich hinsichtlich der Passiva findet sich in den Auskunftsschreiben jeweils der Hinweis, es handele sich um „branchenübliche Durchschnittswerte“. Demgegenüber ergibt sich aus dem vom Verfügungskläger eingereichten Schreiben seines Steuerberaters vom 07.08.2014, dass er im Jahr 2013 sowie im 1. Quartal 2014 nicht unerhebliche vorläufige Gewinne aus gewerblicher Tätigkeit erzielt hat. 49

Im vorliegenden Verfügungsverfahren kann auch nicht angenommen werden, dass die Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers die Abmahntätigkeit „in eigener Regie“ betreiben (vgl. *Köhler*/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 8 Rn. 4.12b). So hat der Verfügungskläger den der Abmahnung zugrunde liegenden Testkauf in der M Filiale der Verfügungsbeklagten selbst durchgeführt. Das spricht dafür, dass er die Abmahntätigkeit bislang nicht vollständig aus der Hand gegeben hat, auch wenn er offenbar anderweitige Testkäufe am Sitz der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten hat vornehmen lassen. 50

Auf ein im Vordergrund stehendes Gebührenerzielungsinteresse kann es zwar hindeuten, dass der Verfügungskläger unstreitig Kostenerstattungsansprüche gegen die Verfügungsbeklagte in derselben Sache in zwei gerichtlichen Verfahren, also „doppelt“, geltend gemacht hat. Er hat jedoch dazu vorgetragen, dies beruhe auf einem Versehen seiner Prozessbevollmächtigten. Dass dies unzutreffend ist, hat die Verfügungsbeklagte weder konkret dargetan noch glaubhaft gemacht. 51

Soweit der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte auf Erstattung von Abmahn- und Testkaufkosten bezüglich einer Abmahnung vom 06.02.2014 in Anspruch genommen hat, ohne den entsprechenden Unterlassungsanspruch weiterzuverfolgen, begründet das möglicherweise den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber der Abmahnung vom 52

06.02.2014. Das führt aber nicht automatisch zur Rechtsmissbräuchlichkeit der vorliegenden Abmahnung.

2. 53

Der Verfügungsantrag ist auch begründet. 54

a) 55

Das Bestehen eines Verfügungsgrundes wird nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Diese Vermutung ist nicht widerlegt. 56

b) 57

Der im Berufungsverfahren allein noch im Streit stehende Unterlassungsanspruch des Verfügungsklägers folgt aus §§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 S. 1 ElektroG. 58

Das Anbieten und Verkaufen des mit dem Verfügungsantrag zu 1. in Bezug genommenen Kopfhörers (Anlage FN 1) stellt eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Diese ist nach § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 S. 1 ElektroG unlauter. 59

aa) 60

§ 7 S. 1 ElektroG stellt eine Marktverhaltensregelung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG dar (OLG Celle, Urteil vom 21.11.2013 - 13 U 84/13 = WRP 2014, 228; *Senat,* Urteil vom 03.04.2014 – 4 U 25/14 und Urteil vom 24.07.2014 – 4 U 142/13). 61

bb) 62

Die Verfügungsbeklagte hat gegen § 7 S. 1 ElektroG verstoßen. 63

Nach dieser Norm müssen Elektro- und Elektronikgeräte, die nach dem 13.08.2005 in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union erstmals in Verkehr gebracht werden - von dem Vorliegen dieser zeitlichen Voraussetzung ist hier mangels anderweitiger Anhaltspunkte auszugehen -, dauerhaft u. a. so gekennzeichnet werden, dass der Hersteller eindeutig zu identifizieren ist. 64

Die Kennzeichnung ist bei dem betreffenden Kopfhörer nicht dauerhaft im Sinne dieser Vorschrift. Sie besteht hier in einem kunststoffbeschichteten Fähnchen, das an das Kabel des Kopfhörers geklebt ist und auf dem die Firma und die Kontaktanschrift der Verfügungsbeklagten abgedruckt sind (Anlage FN 1). Auf die Herstellerkennzeichnung auf der Verpackung kommt es im Rahmen des § 7 S. 1 ElektroG nicht an. Wie sich im Umkehrschluss aus § 7 S. 3 ElektroG ergibt, genügt es zur Erfüllung der Anforderungen des § 7 S. 1 ElektroG nicht, dass sich die Kennzeichnung des Herstellers auf der Verpackung befindet. 65

Die erforderliche Dauerhaftigkeit einer Kennzeichnung ist nur dann gegeben, wenn die Kennzeichnung ein Mindestmaß an Unzerstörbarkeit besitzt, was jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn die Kennzeichnung - wie hier - ohne nennenswerte Schwierigkeiten, insbesondere ohne die Gefahr einer Beschädigung des Produktes selbst, durch einen einfachen Schnitt mit einer Schere vom Produkt entfernt werden kann. Damit bei der Entsorgung auf die Herstellerinformation zurückgegriffen werden kann, ist es erforderlich, 66

dass die Kennzeichnung regelmäßig bis zur Entsorgung Bestand hat (vgl. OLG Celle, a. a. O.).

Der Senat geht davon aus, dass zahlreiche Nutzer des Produkts das an dem Kabel des Stereo-Kopfhörers angebrachte Fähnchen entfernen. Denn es ist deutlich sichtbar und wirkt ästhetisch eher störend (Anlage FN 1). Daran ändert es im Ergebnis nichts, dass das Kabel des hier gegenständlichen Produkts nicht wie in dem vom Oberlandesgericht Celle (a. a. O.) entschiedenen Fall schwarz, sondern weiß ist. 67

Der Einwand der Verfügungsbeklagten, mit gewaltsamen Mitteln lasse sich jede Kennzeichnung entfernen, so dass dies kein belastbares Kriterium für das Merkmal der Dauerhaftigkeit sei, greift nicht durch. Denn es kann durchaus sachgerecht danach unterschieden werden, ob die Kennzeichnung ohne Beschädigung des Produkts entfernt werden kann oder nicht. 68

Die Kennzeichnungspflicht nach § 7 S. 1 ElektroG trifft den Hersteller im Sinne des ElektroG (vgl. Giesberts/Hilf, ElektroG, 2. Aufl., § 7 Rn. 2). Die Verfügungsbeklagte ist jedenfalls nach § 3 Abs. 11 Nr. 3 ElektroG als Herstellerin des Kopfhörers anzusehen. Denn sie hat das Produkt erstmals in den Geltungsbereich des ElektroG eingeführt und in Verkehr gebracht. Sie trägt selbst vor, „Einführer“ des Produkts zu sein. 69

cc) 70

Der Verstoß der Verfügungsbeklagten ist spürbar im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG. Die Regelung in § 7 S. 1 ElektroG dient nicht nur Belangen des Umweltschutzes, sondern soll auch Marktteilnehmer davor schützen, dass andere Marktteilnehmer die Regelungen des ElektroG über die Belastung mit Entsorgungskosten zu umgehen versuchen. Die Norm soll vermeiden, dass die Herstellergemeinschaft bei fehlender Kennzeichnung der Geräte - in gleicher Weise wie bei einer fehlenden Registrierung des Herstellers - mit Entsorgungskosten belastet würde (OLG Celle, WRP 2014, 228; *Senat,* Urteil vom 03.04.2014 – 4 U 25/14 und Urteil vom 24.07.2014 – 4 U 142/13). 71

dd) 72

Das Bestehen einer Wiederholungsgefahr wird tatsächlich vermutet. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung der Verfügungsbeklagten liegt nicht vor. 73

III. 74

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1; 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Der Senat sieht die beiden Verfügungsanträge kostenmäßig als gleichwertig an. Nach Rücknahme des Verfügungsantrags zu 2. ist es somit angemessen, dass die Parteien die Kosten des Verfügungsverfahrens jeweils hälftig tragen. 75

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE