
Datum: 30.04.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 149/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0430.4U149.18.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 19 O 9/18
Schlagworte: Stickstoff; Biozidprodukt; Schädlingsbekämpfung; BiozidVO
Normen: Verordnung (EU) Nr. 528/2012 Art. 17 Abs. 1; Verordnung (EU) Nr. 528/2012 Art. 3; Abs. 1 lit. a); Verordnung (EU) Nr. 528/2012 Art. 86;; Verordnung (EU) Nr. 528/2012 Art. 93 lit. b)
Leitsätze:
In situ hergestellter Stickstoff als Biozidprodukt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO

Tenor:

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 24.09.2018 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass in der Beschlussformel der einstweiligen Verfügung der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund vom 07.05.2018 nach den Worten „zugelassen ist“ die Worte „, wie ersichtlich aus den Anlagen ASt 3 (Blatt 11 der Gerichtsakte), ASt 4 (Blatt 12 der Gerichtsakte), ASt 5 (Blatt 13 der Gerichtsakte), B2 (Blatt 66-67 der Gerichtsakte), ASt 13 (Blatt 100-102 der Gerichtsakte) und ASt 14 (Blatt 103-106 der Gerichtsakte)“ eingefügt werden.

Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

A.

Die beiden in Österreich ansässigen Parteien bieten (auch) auf dem deutschen Markt Leistungen auf dem Gebiet der Schädlingsbekämpfung an. Zu den Kunden beider Parteien gehören u.a. Museen und andere kulturelle Einrichtungen in Deutschland. 3

Am 12.03.2018 bewarb die Verfügungsbeklagte innerhalb ihres Internetauftrittes „www.t.at“ auf der Internetseite „www.t.at/begasungen“ (Internetausdruck Anlage ASt 4 = Blatt 12 der Gerichtsakte) eine von ihr als „Stickstoffbehandlung von Kunst- und Kulturgütern“ bezeichnete Form der Schädlingsbekämpfung. Auf der vorbezeichneten Internetseite hieß es hierzu: 4

„Begasungen“ 5

Von einer Begasung spricht man, wenn ein Raum mit toxischen oder inerten (Anmerkung des Senats: inert = reaktionsträge) Gasen geflutet wird, um Schädlinge zu bekämpfen. Begasungen sind das Mittel der Wahl bei der Lagerung von organischen Materialien wie z.B. bei Getreidelagerungen in Silos oder Mühlen usw. Auch bei der Bekämpfung von tierischen Holzschädlingen können Gase zum Einsatz kommen. 6

Wir führen Begasungen je nach Bedarf und Beschaffenheit des zu behandelnden Objekts mit unterschiedlichen Gasen durch. 7

(...) 8

Stickstoff (N) 9

Stickstoff wird vorwiegend für besonders schonende Bekämpfungsmaßnahmen von Kunstobjekten angewandt. 10

(...) 11

Stickstoffbehandlung von Kunst- und Kulturgütern 12

Kunstwerke sind leider nicht von Schädlingsbefall ausgenommen. Sie sind jedoch oft von besonderer Beschaffenheit und müssen besonders schonend behandelt werden. 13

Mit der innovativen Stickstoffbehandlung können wir ein wirksames Verfahren gegen Holz- und Materialschädlinge anbieten, welches eine kontrollierte Behandlung in sauerstoffarmer Atmosphäre gewährleistet. Eine Stickstoffbehandlung kann direkt vor Ort durchgeführt werden. Hierzu wird ein Zelt aus einer spezialbeschichteten gasdichten Folie individuell an das zu behandelnde Objekt angepasst. Es bestehen daher auch kaum Grenzen bei der Größe des zu behandelnden Objekts. 14

(...)“ 15

Ebenfalls am 12.03.2018 berichtete die Verfügungsbeklagte auf der Internetseite „www.t.at/stickstoffbegasung-hofsalonwagen“ (Internetausdruck Anlage ASt 5 = Blatt 13 der Gerichtsakte) über eine von ihr durchgeführte Schädlingsbekämpfungsmaßnahme mit folgendem Text: 16

„Stickstoffbegasung Hofsalonwagen“ 17

18

Um den Befall von Kleidermotten und Holzschädlingen im wertvollen Hofsalonwagen von Kaiserin Maria Theresia zu bekämpfen, wurde ein Zelt aus einer Spezialfolie gefertigt und mit Stickstoff gefüllt. Diese Methode ist nicht nur sehr schonend zu Materialien jeglicher Art, sie kann auch bei normalem Betrieb des Museums eingesetzt werden.“

Die Verfügungsbeklagte setzt bei dem von ihr auf die vorstehend wiedergegebene Art und Weise beworbenen und beschriebenen – und von ihr in Deutschland auch bereits mehrfach angewandten – Schädlingsbekämpfungsverfahren den Stickstoff-Generator „IMT-PN OnTouch“ (Informationsblatt Anlage B2 = Blatt 66-67 der Gerichtsakte) ein. Es handelt sich hierbei um ein technisches Gerät, das Luft (Luft besteht im Wesentlichen aus den zwei Gasen Stickstoff [rund 78,08 Vol.-%] und Sauerstoff [rund 20,95 Vol.-%]), welche das Gerät durchströmt, unter Einsatz von Aktivkohle die Sauerstoffmoleküle entzieht und sodann den verbleibenden Stickstoff – mit Reinheitsgraden von bis zu 99,9999% (so jedenfalls die Eigendarstellung des Geräteherstellers) – zur weiteren Verwendung wieder bereitstellt. 19

Über eine behördliche Zulassung des von dem Generator bereitgestellten Stickstoffes für die Verwendung als Schädlingsbekämpfungsmittel nach der „Verordnung (EU) Nr. 528/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten“ (im Folgenden: BiozidVO) verfügt die Verfügungsbeklagte nicht. In Deutschland verfügt – soweit ersichtlich – lediglich die „Rentokil Initial Limited“ über eine derartige behördliche Zulassung für ein Insektizid mit dem Wirkstoff „Stickstoff“, und zwar für das Produkt „Rentokil N2 Controlled Atmosphere“, bei dem es sich um industriell hergestellten Stickstoff in Gasflaschen handelt. 20

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 14.03.2018 (Anlage ASt 9 = Blatt 25-31 der Gerichtsakte) mahnte die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte unter Bezugnahme auf deren Internetauftritt ab. Bei dem von der Verfügungsbeklagten im Rahmen des beworbenen Schädlingsbekämpfungsverfahrens verwendeten Stickstoff handele es sich um ein „Biozidprodukt“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO. Eine – nach der BiozidVO erforderliche – behördliche Zulassung für dieses Biozidprodukt existiere indes nicht, die Verfügungsbeklagte dürfe es demnach nicht verwenden. 21

Mit E-Mail vom 23.03.2018 (Anlage ASt 10 = Blatt 32 der Gerichtsakte) teilte ein in Wien ansässiger Rechtsanwalt namens der Verfügungsbeklagten mit, diese weise den in der Abmahnung erhobenen lauterkeitsrechtlichen Vorwurf zurück. Der von der Verfügungsbeklagten verwendete Stickstoff sei ein Naturprodukt, das nicht unter die Regelungen der BiozidVO falle. Der Stickstoff diene auch weder primär der Schädlingsbekämpfung, noch erfolge bei dem hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren eine im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO „andere als bloße physikalische oder mechanische Einwirkung“. 22

Die Verfügungsklägerin hat zur Begründung ihres am 06.04.2018 beim Landgericht Dortmund eingegangenen Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung das Vorbringen aus ihrer Abmahnung wiederholt und vertieft. Bei dem von der Verfügungsbeklagten verwendeten Stickstoff handele es sich um ein Biozidprodukt, das dazu bestimmt sei, auf chemisch-biologische Art Schadorganismen zu bekämpfen. Die Verfügungsbeklagte verwende den Stickstoff bei dem hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren als Wirkstoff zur Schädlingsbekämpfung und nicht lediglich zu anderen Zwecken (etwa als „Schutzgas“ für die von Schädlingen befallenden Gegenstände). Dies ergebe sich bereits aus den eigenen Äußerungen der Verfügungsbeklagten zu dem hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren. So habe die Verfügungsbeklagte im Jahre 2012 eine Schädlingsbekämpfungsmaßnahme im „Essl Museum“ in Klosterneuburg (Österreich) 23

durchgeführt, zu der sich eine Mitarbeiterin der Verfügungsbeklagten ausweislich eines Internet-Blog-Eintrages des Museums (Internetausdruck Anlage ASt 13 = Blatt 100-102 der Gerichtsakte) wie folgt geäußert habe:

„(...) Die zu begasenden Objekte werden in eine sauerstoffarme Atmosphäre versetzt, die einen biophysikalischen Austrocknungseffekt bei den vorhandenen Schädlingen bewirkt. (...)“ 24

Im Jahre 2014 habe die Verfügungsbeklagte eine Schädlingsbekämpfungsmaßnahme an einem hölzernen Reiterstandbild im Bad Doberaner Münster durchgeführt, zu der sich in einem Presseartikel in der „Ostsee-Zeitung“ (Anlage ASt 14 = Blatt 103-106 der Gerichtsakte) folgende Angaben fänden: 25

„(...) Drei Firmen hatten sich beworben. Die Sanierungsgesellschaft N T aus X erhielt den Zuschlag. N T und seine Tochter N2 hatten gestern Morgen die großen Folien ausgebreitet, mit denen das Standbild eingehüllt werden sollte. „Es sind mehrfach beschichtete Planen, die zusammengeschweißt werden“, erklärt N2 T. Ein Klimagerät und Luftbefeuchter werden installiert und alles werde mit einer Steuerungsanlage überwacht, erklärt die Österreicherin. 26

„Wir haben extra eine zusätzliche Starkstromleitung verlegt“, sagt N3 I (Anmerkung des Senats: bei „N3 I“ handelt es sich nicht um einen Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten, sondern um den Kustos des Bad Doberaner Münsters). In das geschlossene Folienzelt werde Stickstoff gepumpt, der den Sauerstoff verdrängt. Um die notwendige Konzentration an Stickstoff zu erreichen, müssen die Objekte komplett in gasdichte Spezialfolie gehüllt sein. In einem Generator wird technischer Stickstoff vor Ort erzeugt. Beträgt der Sauerstoffgehalt weniger als 0,5 Prozent, trocknen die Schädlinge aus und sterben ab, erklärt die Wiener Schädlingsbekämpferin. (...)“ 27

Die Fachzeitschrift „Restauro“ habe in ihrer Ausgabe 2/2018 in einem Artikel mit der Überschrift „Wiener Firma bekämpft Berliner Schädlinge“ (Anlage ASt 3 = Blatt 11 der Gerichtsakte) über eine von der Verfügungsbeklagten durchgeführte Schädlingsbekämpfungsmaßnahme im Ethnologischen Museum Berlin berichtet. In diesem Zeitschriftenartikel werde die bereits vorerwähnte N2 T mit den Worten zitiert: 28

„Schlussendlich wurde, soweit bekannt, zuvor noch nie ein solch großes Zelt für eine anoxische Behandlung gebaut.“ 29

Das Ersticken oder Austrocknen von Schädlingen (Insekten) in einer mit Stickstoff angereicherten und dementsprechend sauerstoffarmen Atmosphäre sei schließlich auch nicht lediglich eine „bloße physikalische oder mechanische Einwirkung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO. Erstickungs- und Austrocknungsvorgänge seien vielmehr physiologisch-biologische Vorgänge. 30

Es entspreche schließlich auch der einhelligen Auffassung der Unionsbehörden und der zuständigen nationalen Behörden der EU-Mitgliedstaaten, vor Ort (in situ) mit Hilfe von Generatoren aus der Umgebungsluft hergestellten Stickstoff als Biozidprodukt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO einzustufen. Die Verfügungsklägerin hat hierzu ein Diskussionspapier der Europäischen Kommission (englischsprachige Originalversion: Anlage ASt 17 = Blatt 129-130 der Gerichtsakte; deutschsprachige Übersetzung: Anlage ASt 18 = Blatt 131-132 der Gerichtsakte) für ein Treffen der für die Durchführung der BiozidVO zuständigen nationalen Behörden im Mai 2015 sowie den Entwurf des Protokolles dieses Treffens (englischsprachige Originalversion: Anlage ASt 19 = Blatt 133-135 der Gerichtsakte; deutschsprachige Übersetzung: Anlage ASt 20 = Blatt 136-137 der Gerichtsakte) vorgelegt. 31

Indem die Verfügungsbeklagte das Biozidprodukt „in situ hergestellter Stickstoff“ ohne behördliche Zulassung verwende, verstoße sie gegen die eine Verwendung ohne Zulassung untersagende Regelung in Art. 17 Abs. 1 BiozidVO, die als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG anzusehen sei.	32
Die Verfügungsklägerin hat beantragt,	33
der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln aufzugeben, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Schädlingsbekämpfungen mit dem Wirkstoff „Stickstoff“ (CAS-Nr. 7727-37-9) anzubieten oder durchzuführen, ohne dass das entsprechende Biozidprodukt gemäß Art. 17 Abs. 1 BiozidVO für die Produktart, zu der das Produkt gehört, zugelassen ist.	34
Die V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund hat mit Beschluss vom 07.05.2018 die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Gegen diese einstweilige Verfügung hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch erhoben.	35
Die Verfügungsklägerin hat beantragt,	36
die einstweilige Verfügung vom 07.05.2018 zu bestätigen.	37
Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,	38
die einstweilige Verfügung vom 07.05.2018 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.	39
Die Verfügungsbeklagte hat in ihrer Widerspruchsbegründungsschrift vom 17.08.2018 (Blatt 59 ff der Gerichtsakte) zunächst behauptet, bei dem von ihr angewandten Schädlingsbekämpfungsverfahren erfolge die Abtötung der Schadinsekten innerhalb der luftdichten Zelle, in die die zu behandelnden Gegenstände eingehaust würden, durch Wärme und durch Druckveränderungen. Die Erhöhung der Stickstoffkonzentration innerhalb der Einhausung führe nicht zum Tode der Insekten, sondern erhöhe lediglich die Sensibilität der Insekten für Wärme. Ihr, der Verfügungsbeklagten, Schädlingsbekämpfungsverfahren sei damit ein rein physikalisches Verfahren. Stickstoff habe bei ihrem Verfahren lediglich die Funktion eines Schutzgases. Er verdränge den Sauerstoff aus der Atmosphäre innerhalb der Einhausung und verhindere so Reaktionen zwischen dem Sauerstoff und den zu behandelnden Gegenständen (Oxidationen), die angesichts der erhöhten „Reaktionsfreudigkeit“ von Sauerstoff bei Temperaturerhöhungen drohen könnten.	40
Am 03.09.2018 haben die Parteien vor dem Landgericht Dortmund mündlich zur Sache verhandelt.	41
Mit Schriftsatz vom 05.09.2018 (Blatt 185 ff der Gerichtsakte) hat die Verfügungsbeklagte nochmals zu dem von ihr angewandten Schädlingsbekämpfungsverfahren vorgetragen und Folgendes ausgeführt: das Absterben der Schädlinge – einschließlich der Eistadien – erfolge durch die Absenkung des Sauerstoffgehaltes innerhalb der Einhausung (Zelt). Die Temperaturerhöhung der Umgebungstemperatur auf 25°C bis 28°C bewirke eine Öffnung der Tracheen der Schädlinge, und es komme zu einem Ersticken der Schädlinge. Die Schädlingsbekämpfung dauere insgesamt vier bis sechs Wochen. Hinzu trete eine Erhöhung des Umgebungsdruckes innerhalb der Einhausung. Insgesamt gesehen, erfolge das Absterben der Insekten durch Erstickung und Austrocknung. Es handele sich um eine physikalische Behandlung. Die Anreicherung des Stickstoffes und die Erhöhung des	42

Stickstoffgehaltes in der Einhausung erfolgten, um unerwünschte thermische Reaktionen (Brand- und Explosionsgefahr) zu vermeiden; Stickstoff werde ausschließlich als Schutzgas eingesetzt. Die Wirkungsweise von sauerstoffarmen und modifizierten Atmosphären auf Insekten werde in der wissenschaftlichen Literatur beschrieben: es werde zum einen von einer „äußeren Erstickung“ berichtet, daneben komme es auch zu einer Austrocknung der Insekten. Es werde berichtet, dass Insekten in modifizierten Atmosphären nach Weitung ihrer Atemöffnungen nicht primär erstickten, sondern es zu einem Absterben durch Wasserentzug komme. Für die Abtötung von Insekten in einer kontrollierten Atmosphäre spielten die Sauerstoffkonzentration, die Einwirkungsdauer, die relative Luftfeuchtigkeit und die Temperatur eine Rolle.

Mit dem angefochtenen, am 24.09.2018 verkündeten Urteil hat die V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund die einstweilige Verfügung bestätigt. In den Entscheidungsgründen des Urteils hat das Landgericht ausgeführt, der Geschäftsführer der Komplementärin der Verfügungsbeklagten sei in der mündlichen Verhandlung persönlich angehört worden und habe hierbei Folgendes erklärt: bei dem in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren werde eine abgeschlossene Einhausung in Form eines Zelts aus luftdicht verschweißten Bahnen um das zu behandelnde Objekt aufgebaut. Es werde ein Generator eingesetzt, der zunächst der Luft innerhalb der Einhausung die Sauerstoff- und Kohlendioxidmoleküle entziehe und nur den reinen Stickstoff wieder abgebe; damit aber kein Unterdruck entstehe, werde aber auch Außenluft angesogen und der (aus dieser Außenluft) herausgefilterte Stickstoff sodann in das Zelt eingelassen. Insgesamt werde ein leichter Überdruck von ca. 0,5 bar erzeugt, damit das Zelt nicht in sich zusammenfalle. In der im Zelt geschaffenen Atmosphäre betrage der Sauerstoffgehalt schließlich weniger als 2%, und es herrschten Temperaturen zwischen 25°C und 30°C. In dieser Atmosphäre bewirke der hohe Stickstoffgehalt – zumindest als Nebeneffekt –, dass die Atmungsorgane der Schädlinge sich öffneten und sie in der Wärme vertrockneten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Verfügungsbeklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung.

Die Verfügungsbeklagte behauptet zu dem von ihr angewandten Schädlingsbekämpfungsverfahren, die veränderte Atmosphärenzusammensetzung und die Erhöhung der Stickstoffkonzentration innerhalb der Einhausung (Zelt) erhöhe die Sensibilität der Insekten für Wärme. Das Abtöten der Insekten erfolge dabei nicht durch die Erhöhung der Stickstoffkonzentration. Auch eine mittelbare Wirkung des Stickstoffs im Zusammenhang mit der Tötung der Insekten liege nicht vor. Die Abtötung der Insekten erfolge durch die Erhöhung der Umgebungstemperatur und des Druckes sowie die Dauer der Behandlung. Sie, die Verfügungsbeklagte, verwende Stickstoff lediglich als Schutzgas im „nicht bioziden Bereich“. Stickstoff selbst sei nicht giftig. Die von ihrem, der Verfügungsbeklagten, Geschäftsführer in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gemachten Angaben seien nicht verwertbar, weil sie nicht protokolliert worden seien.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern, die einstweilige Verfügung vom 07.05.2018 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Berufung der Verfügungsbeklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass in der Beschlussformel der einstweiligen Verfügung vom 07.05.2018 nach den Worten „zugelassen

ist“ die Worte „, wie ersichtlich aus den Anlagen ASt 3 (Blatt 11 der Gerichtsakte), ASt 4 (Blatt 12 der Gerichtsakte), ASt 5 (Blatt 13 der Gerichtsakte), B2 (Blatt 66-67 der Gerichtsakte), ASt 13 (Blatt 100-102 der Gerichtsakte) und ASt 14 (Blatt 103-106 der Gerichtsakte)“ eingefügt werden.

Die Verfügungsklägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 50

Soweit in den Gründen dieses Urteils Fundstellen in der Gerichtsakte angegeben sind, wird wegen der Einzelheiten auf die jeweils dort befindlichen Dokumente verwiesen. 51

B. 52

Die – zulässige – Berufung der Verfügungsbeklagten ist unbegründet. 53

I. Fristgemäße Vollziehung der Beschlussverfügung 54

Die Verfügungsklägerin hat die vom Landgericht im Beschlusswege erlassene einstweilige Verfügung innerhalb der in § 936, § 929 Abs. 2 ZPO bestimmten Monatsfrist durch Zustellung an die Verfügungsbeklagte im Parteibetrieb vollzogen. Die zum Zwecke der Zustellung im Parteibetrieb bestimmte Beschlussausfertigung der einstweiligen Verfügung ist der Verfügungsklägerin am 14.05.2018 zugestellt worden. Diese Ausfertigung ist sodann auf Antrag der Verfügungsklägerin gemäß § 191, § 192 Abs. 1, § 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO im Rechtshilfewege an die Verfügungsbeklagte in Österreich zugestellt worden. Die Zustellung erfolgte ausweislich der Zustellungsbescheinigung des zuständigen österreichischen Gerichts (Blatt 50 ff der Gerichtsakte) am 14.06.2018. 55

II. Verfügungsgrund 56

Die Dringlichkeitsvermutung nach § 12 Abs. 2 UWG ist nicht widerlegt. 57

III. Verfügungsanspruch 58

Es besteht auch ein Verfügungsanspruch. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch findet seine Grundlage – unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr – in § 8 Abs. 1 Satz 2, § 3 Abs. 1, § 3a UWG iVm Art. 17 Abs. 1 BiozidVO. 59

1. Zuwiderhandlung gegen Art. 17 Abs. 1 BiozidVO 60

Eine Anwendung des hier zu beurteilenden Schädlingsbekämpfungsverfahrens verstößt – seit dem Ablauf der in Art. 93 lit. b) BiozidVO bestimmten Übergangsfrist am 01.09.2017 – gegen die als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG anzusehende Bestimmung des Art. 17 Abs. 1 BiozidVO. 61

Nach Art. 17 Abs. 1 BiozidVO dürfen Biozidprodukte nur auf dem Markt bereitgestellt oder verwendet werden, wenn sie gemäß der BiozidVO zugelassen wurden. Diese Regelung – in der Tatbestandsalternative des „Verwendens“ – steht der weiteren Anwendung des hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahrens entgegen. 62

a) Fehlen einer Zulassung nach der BiozidVO für den in situ hergestellten Stickstoff 63

Unstreitig verfügt die Verfügungsbeklagte über keine behördliche Zulassung als Biozidprodukt (hier konkret: Produktart 18 – „Insektizide, Akarizide und Produkte gegen 64

andere Arthropoden“) nach der BiozidVO für den von ihr bei dem hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren mittels eines Generators in situ aus der Außenluft hergestellten und sodann von außen in die Einhausung (Zelt) eingeblasenen Stickstoff.

b) in situ hergestellter Stickstoff als Biozidprodukt 65

Bei dem von der Verfügungsbeklagten bei dem hier in Rede stehenden Schädlingsbekämpfungsverfahren mittels eines Generators in situ aus der Außenluft hergestellten und sodann von außen in die Einhausung (Zelt) eingeblasenen Stickstoff handelt es sich um ein Biozidprodukt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO. Diese Vorschrift hat folgenden Wortlaut: 66

„Artikel 3 67

Begriffsbestimmungen 68

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck 69

a) „Biozidprodukt“ 70

- jeglichen Stoff oder jegliches Gemisch in der Form, in der er/es zum Verwender gelangt, und der/das aus einem oder mehreren Wirkstoffen besteht, diese enthält oder erzeugt, der/das dazu bestimmt ist, auf andere Art als durch bloße physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen; 71

- jeglichen Stoff oder jegliches Gemisch, der/das aus Stoffen oder Gemischen erzeugt wird, die selbst nicht unter den ersten Gedankenstrich fallen und der/das dazu bestimmt ist, auf andere Art als durch bloße physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen. 72

Eine behandelte Ware mit einer primären Biozidfunktion gilt als Biozidprodukt.“ 73

Einschlägig ist hier (jedenfalls) die Definition im zweiten Gedankenstrich. 74

aa) Der von der Verfügungsbeklagten in situ hergestellte Stickstoff ist ein „Stoff“, der aus einem nicht unter den ersten Gedankenstrich der Vorschrift fallenden „Gemisch“, nämlich der – nicht unter den ersten Gedankenstrich fallenden – Außenluft, die ein Gasgemisch aus Sauerstoff, Stickstoff und weiteren Gasen darstellt, „erzeugt wird“. Ohne Belang ist, dass dieser Stickstoff ein natürlicher Bestandteil der Außenluft ist und mit dieser Begründung als ohnehin vor Ort befindliches „Naturprodukt“ bezeichnet werden könnte. Entscheidend ist vielmehr, dass dieser Stickstoff erst durch ein – als „Erzeugung“ im Sinne der hier in Rede stehenden Vorschrift zu qualifizierendes – besonderes technisches Verfahren – hier den Einsatz eines Stickstoff-Generators – für weitere Verwendungen verfügbar gemacht werden muss. 75

bb) Die Verfügungsklägerin hat namentlich durch die Bezugnahme auf die eigenen Aussagen der Verfügungsbeklagten zu dem von ihr angewandten Schädlingsbekämpfungsverfahren glaubhaft gemacht (§ 936, § 920 Abs. 2, § 294 Abs. 1 ZPO), dass der in situ hergestellte und sodann von außen in die Einhausung (Zelt) eingeblasene Stickstoff „dazu bestimmt ist, (...) Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen“. 76

- (1) Verwertbar sind hierbei nicht nur die schriftsätzlichen Angaben der Verfügungsbeklagten im vorliegenden Verfahren, sondern auch die in den von der Verfügungsklägerin angeführten Presseberichten und Internetveröffentlichungen wiedergegebenen Aussagen sowie die Angaben des Geschäftsführers der Komplementärin der Verfügungsbeklagten bei seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht. Die Verfügungsbeklagte hat nicht in Abrede gestellt, dass die in den Presseberichten und Internetveröffentlichungen wiedergegebenen Aussagen tatsächlich so getätigt worden sind, und hat im Berufungsverfahren auch nicht bestritten, dass die in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Angaben des Geschäftsführers tatsächlich von diesem so gemacht worden sind. Dass das Landgericht diese Angaben nicht im Protokoll der mündlichen Verhandlung festgehalten hat, ist schon allein deshalb unschädlich, weil Erklärungen einer Partei im Rahmen einer Parteianhörung – anders als die Angaben bei einer förmlichen Partei vernehmung – grundsätzlich keiner Protokollierung bedürfen (vgl. Zöller/*Schultzky*, ZPO, 32. Aufl. [2018], § 160 Rdnr. 3). 77
- (2) Es ist glaubhaft gemacht, dass der Stickstoff dazu bestimmt ist, Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen. 78
- Der Sach- und Streitstand des vorliegenden Verfahrens liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass das als solches ungiftige und reaktionsträge Gas Stickstoff unmittelbar selbst auf die zu bekämpfenden Schadorganismen einwirkt oder einwirken soll. Entscheidend sind vielmehr die Wirkungen der mit der Erhöhung der Stickstoffkonzentration innerhalb der Einhausung automatisch und denknotwendig einhergehenden Verringerung der Sauerstoffkonzentration in der Einhausungsatmosphäre. 79
- Es kann dahinstehen, ob die von der Verfügungsbeklagten aufgestellte Behauptung, sie setze den Stickstoff als „Schutzgas“ ein, glaubhaft ist. Das Vorbringen der Verfügungsbeklagten zum Sinn und Zweck des Stickstoffeinsatzes weist – teilweise innerhalb ein und desselben Schriftsatzes – mehrfach Widersprüche auf. Es fällt auch auf, dass in den von der Verfügungsklägerin angeführten Veröffentlichungen – anders als im Sachvortrag im vorliegenden Verfahren – keine Rede davon ist, dass Stickstoff als „Schutzgas“ eingesetzt werde. Es ist vor diesem Hintergrund nicht auszuschließen, dass es sich bei der im vorliegenden Verfahren aufgestellten Behauptung, Stickstoff werde als „Schutzgas“ eingesetzt, lediglich um eine Schutzbehauptung handelt. Letztlich bedarf es aber keiner abschließenden Klärung dieser Frage. 80
- Denn die Verfügungsbeklagte hat mehrfach – sowohl in ihrem schriftsätzlichen Vorbringen als auch bei der persönlichen Anhörung des Geschäftsführers ihrer Komplementärin durch das Landgericht – erklärt, dass die Erhöhung der Stickstoffkonzentration die Schadinsekten (wohl durch die Öffnung der Atmungsorgane) für die Faktoren „Wärme“ und gegebenenfalls auch „Druck“, die angeblich erst die endgültige Abtötung der Tiere durch Austrocknen bewirken, zumindest empfindlicher mache. Jedenfalls an diesem Vorbringen muss sich die Verfügungsbeklagte festhalten lassen. Diese Wirkungsweise reicht zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals „Bestimmung zur Bekämpfung von Schadorganismen“ aus. Die Erhöhung der Empfindlichkeit von Schadorganismen für die letztendlich zu ihrer Zerstörung führenden Faktoren stellt zumindest eine „Bekämpfung in anderer Weise“ dar. Der Regelung in Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO lässt sich auch nicht entnehmen, dass die Bestimmung zur Bekämpfung von Schadorganismen die einzige Bestimmung der Produktverwendung sein muss. Im Gegenteil: eine wirksame Kontrolle der Verwendung von Biozidprodukten ist nur gewährleistet, wenn die Regelungen der BiozidVO auch Fälle der vorliegenden Art, in denen 81

die Schadorganismenbekämpfung (angeblich) nur eine von mehreren Bestimmungen der Produktverwendung ist, erfassen.

cc) Bei der hier zugrundegelegten Wirkungsweise des Stickstoffeinsatzes handelt es sich schließlich auch nicht um eine „bloße physikalische oder mechanische Einwirkung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte der BiozidVO. 82

Vorgängerregelung der BiozidVO auf Unionsebene war die „Richtlinie 98/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten“ (Biozid-RL). Nach der Legaldefinition für „Biozid-Produkte“ in Art. 2 Abs. 1 lit. a) Biozid-RL war die Biozid-RL nur auf Wirkstoffe und Zubereitungen anwendbar, die dazu bestimmt sind, auf chemischem oder biologischem Wege (Hervorhebung durch den Senat) Schadorganismen zu bekämpfen. Die Biozid-RL enthielt als „Anhang I“ eine „Liste der Wirkstoffe mit auf Gemeinschaftsebene vereinbarten Anforderungen zur Verwendung in Biozid-Produkten“. In diese Liste wurde durch die „Richtlinie 89/2009/EG der Kommission vom 30. Juli 2009 zur Änderung der Richtlinie 98/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zwecks Aufnahme des Wirkstoffs Stickstoff in Anhang I“ unter der „Nr. 27“ Stickstoff als Wirkstoff aufgenommen. Die Richtlinie 89/2009/EG enthält hierfür u.a. folgende Erwägungsgründe: 83

„(...)“ 84

(3) Irland wurde zum Bericht erstattenden Mitgliedstaat bestimmt und hat der Kommission am 13. November 2007 gemäß Artikel 14 Absätze 4 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1451/2007 den Bericht der zuständigen Behörde und eine Empfehlung übermittelt. 85

(4) Die Mitgliedstaaten und die Kommission haben den Bericht der zuständigen Behörde geprüft. Das Ergebnis dieser Überprüfung wurde gemäß Artikel 15 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1451/2007 am 28. November 2008 im Ständigen Ausschuss für Biozid-Produkte in einem Bewertungsbericht festgehalten. 86

(5) Die Prüfungen haben ergeben, dass als Insektizide verwendete Biozid-Produkte, die Stickstoff enthalten, die Anforderungen gemäß Artikel 5 der Richtlinie 98/8/EG erfüllen. Daher sollte Stickstoff in Anhang I der Richtlinie 98/8/EG aufgenommen werden, damit die Zulassung von Biozid-Produkten, die als Insektizide verwendet werden und Stickstoff enthalten, in allen Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 98/8/EG erteilt, geändert oder aufgehoben werden kann. 87

(...)“ 88

Der in Erwägungsgrund (4) genannte Bewertungsbericht vom 28.11.2008 liegt dem Senat in der englischsprachigen Originalversion (Anlage BB8) sowie in deutschsprachiger Übersetzung (Anlage ASt 22 [= Blatt 141-144 der Gerichtsakte] sowie Anlage BB9) vor. Nach diesem Bericht wirkt Stickstoff auf Schadinsekten durch die Verdrängung des Sauerstoffes, den diese zur Atmung benötigen. Der Richtliniengeber der Richtlinie 89/2009/EG hielt damit offenkundig durch Sauerstoffmangel hervorgerufene physiologische Vorgänge im Körper von Insekten für eine „chemische oder biologische“ Bekämpfungsweise – und damit gerade nicht für eine „physikalische oder mechanische Einwirkung“. 89

Diese Sichtweise hat der Verordnungsgeber der BiozidVO (konkulent) übernommen, indem er in Art. 86 BiozidVO angeordnet hat, dass Wirkstoffe, für die die Kommission Richtlinien zu ihrer Aufnahme in Anhang I der Richtlinie 98/8/EG erlassen hat, als gemäß der BiozidVO 90

genehmigt gelten. Durch Sauerstoffmangel hervorgerufene physiologische Vorgänge im Körper von Insekten – und nur um solche Vorgänge geht es im vorliegenden Rechtsstreit – stellen mithin „andere als bloße physikalische oder mechanische Einwirkungen“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO dar.	
Überdies widerspricht es auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, Vorgänge wie das Ersticken oder Austrocknen eines Lebewesens oder den bei Sauerstoffmangel unternommenen Versuch eines Lebewesens, durch Öffnung seiner Atmungsorgane seinen Sauerstoffbedarf zu decken, als „physikalisch“ oder „mechanisch“ zu bezeichnen. Diese Vorgänge sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch vielmehr als biologische Vorgänge zu beschreiben. Angesichts des demnach eindeutigen Wortlautes des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO und der oben dargestellten Umstände der Entstehungsgeschichte der BiozidVO bedarf es im vorliegenden Verfahren keiner Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Klärung der Reichweite des Art. 3 Abs. 1 lit. a) BiozidVO.	91
<u>c) Übergangsregelungen</u>	92
Art. 17 Abs. 1 BiozidVO ist auf das hier zu beurteilende Schädlingsbekämpfungsverfahren seit dem Ablauf der in Art. 93 lit. b) BiozidVO bestimmten Übergangsfrist am 01.09.2017 anwendbar. Die Übergangsbestimmungen des Art. 93 BiozidVO sind einschlägig, weil „in situ“ hergestellte Produkte nicht von der früheren Biozid-RL erfasst waren (vgl. hierzu <i>Stallberg</i> , <i>StoffR</i> 2013, 257). Dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 93 lit. a) BiozidVO vorliegen, ist weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.	93
<u>2. Spürbarkeit der Zuwiderhandlung</u>	94
Der Verstoß ist spürbar im Sinne des § 3a UWG.	95
<u>3. Erstbegehungsgefahr</u>	96
Die Veröffentlichungen im Internetauftritt der Verfügungsbeklagten sowie die von der Verfügungsbeklagten bereits durchgeführten Schädlingsbekämpfungsmaßnahmen begründen die Gefahr, dass die Verfügungsbeklagte das hier in Rede stehende Schädlingsbekämpfungsverfahren auch zukünftig – also nach dem Ablauf der in Art. 93 lit. b) BiozidVO bestimmten Übergangsfrist am 01.09.2017 – anwenden wird. Gesichtspunkte, die diese Gefahr ausräumen könnten, sind nicht ersichtlich.	97
<u>C.</u>	98
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	99