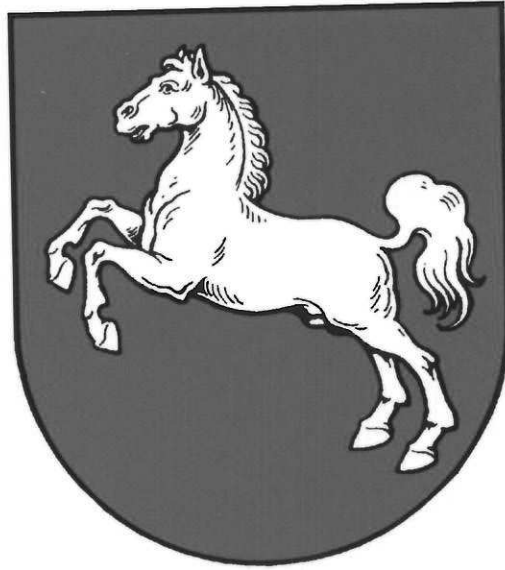


Eingegangen

14. Okt. 2015

Geulen & Klinger
Rechtsanwälte



**Oberlandesgericht
Celle**


Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes



Urteil

13 U 15/13
8 O 112/12 Landgericht Stade

Verkündet am
8. Oktober 2015


als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Brilliant AG, vertreten durch  und
 Brilliantstraße 1, 27442 Gnarrenburg,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:



gegen

Deutsche Umwelthilfe e. V., vertreten durch den Bundesgeschäftsführer
Jürgen Resch, Fritz-Reichle-Ring 4, 78315 Radolfzell,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Geulen & Klinger, Schaperstraße 15, 10719 Berlin,

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] und den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] auf die mündliche Verhandlung vom 8. September 2015 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13. Dezember 2012 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stade teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, letztere zu vollziehen an dem jeweils verantwortlichen Vorstand, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einseitig gesockelte Kompakt-Leuchtstofflampen mit einer Leistung von bis zu 30 Watt mit einer Menge von mehr als 5 mg Quecksilber je Brennstelle in Verkehr zu bringen, soweit das in flüssiger oder fester Form in die Leuchtstofflampen eingebrachte Quecksilber oder die Quecksilber-Amalgam-Verbindung (homogener Werkstoff) mehr als 0,1 Gewichtsprozent Quecksilber enthält.

Im Übrigen werden die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert für die Berufungsinstanz: 30.000 €.

Gründe

I.

Der Kläger, ein nach dem Wettbewerbsrecht klagefähiger Umwelt- und Verbraucherschutzverband, macht gegenüber der Beklagten wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend, die sich insbesondere auf die Unterlassung des Verkaufs von einseitig gesockelten Kompakt-Leuchtstofflampen mit einer Menge von mehr als 5 mg Quecksilber je Lampe richten.

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz und darin gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich bei den vom Prüflabor [REDACTED] geprüften Energiesparlampen um solche handele, die die Beklagte herstellen und vertreiben lasse. In den Prüfberichten seien die geprüften Energiesparlampen mit ihrer Seriennummer konkret bezeichnet und auch fotografisch abgebildet. Die Beklagte habe insoweit nicht behauptet, dass es sich bei den geprüften Lampen um Fälschungen handele. Soweit die Beklagte pauschal die Untersuchungsergebnisse der [REDACTED] angreife, reiche dies nicht aus, da es sich bei dem Prüflabor um ein nach DIN EN ISO/IEC 17025 akkreditiertes Prüflaboratorium handele.

Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die [REDACTED] entgegen dem mit Entscheidung der EU-Kommission vom 9. September 2002 (2002/747/EG) vorgeschriebenen Prüfverfahren keine Prüfung von insgesamt zehn Lampen aus einer Serie durchgeführt habe. Denn nach § 5 Abs. 2 ElektroG sei es bereits verboten, auch nur eine einzige Lampe mit einem zu hohen Quecksilbergehalt in Verkehr zu bringen. Bei § 5 Abs. 2 ElektroG handele es sich auch um eine Marktverhaltensregelung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG, die verbraucherschützende Wirkung habe.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Das Landgericht habe verkannt, dass sie bestritten habe, die von der [REDACTED] geprüften Energiesparlampen vertrieben zu haben. Ihr Bestreiten sei auch zulässig gewesen, da sie weder den Beschaffungsweg der angeblich untersuchten Leuchtmittel kenne noch bei der behaupteten Untersuchung zugegen gewesen sei. Insoweit könne es zu Verwechslungen oder Vertauschungen gekommen sein. Sie habe zudem die ermittelten Quecksilber-Gehalte bestritten. Im Übrigen fehle es an der Wiederholungsgefahr, da § 5 ElektroG zwischenzeitlich aufgehoben worden sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 13. Dezember 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Stade, Az.: 8 O 112/12, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass es in dem Klageantrag unter Ziff. 1 am Ende anstatt „zu vertreiben“ heißt: „in Verkehr zu bringen“.

Sie wiederholt und vertieft ebenfalls im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die in den beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschlüssen vom 21. Januar 2014, vom 15. Mai 2014 und vom 16. Juni 2014 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] und Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen [REDACTED]. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Inhalt des schriftlichen Sachverständigengutachtens vom 17. August 2015 sowie der Sitzungsprotokolle vom 25. Februar 2014 und vom 8. September 2015.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg. Die Klage ist überwiegend begründet.

1. Der Senat hat das von dem Kläger begehrte Unterlassungsgebot dahingehend eingeschränkt, dass die den Grenzwert von 5 mg übersteigende Menge Quecksilber in seiner flüssigen oder festen Form mehr als 0,1 Gewichtsprozent Quecksilber enthält. Damit verstößt der Senat nicht gegen § 308 Abs. 1 ZPO, da nicht über einen anderen Streitgegenstand entschieden wird, sondern vielmehr der von dem Kläger bestimmte Streitgegenstand eine Einschränkung erfährt.

Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 - I ZR 235/03 - Anschriftenliste, juris Rn. 15). Bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot gerade der bestimmten - als rechtswidrig angegriffenen - Verhaltensweise (Verletzungsform), die der Kläger in seinem Antrag sowie seiner zur Antragsauslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat (BGH, Urteil vom 29. Juni 2006, a. a. O.). Die Grenzen des vom Kläger bestimmten Streitgegenstands hält der Senat ein. Der von dem Kläger als unzulässig angesehene absolute Quecksilbergehalt pro Leuchtstofflampe erfährt die Einschränkung, dass der Erfolg des Unterlassungsbegehrens auch vom relativen Quecksilberanteil je homogenem Werkstoff abhängt.

2. Der vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG i. V. mit § 5 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F., §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 ElektroStoffV begründet.

a) Beim Kläger handelt es sich um eine „qualifizierte Einrichtung“ im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, da er unstreitig mit Wirkung vom 11. Oktober 2004 in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen worden ist. Anhalts-

punkte für das Bestehen begründeter Zweifel am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

b) Es ist nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F. bzw. nach dem seit dem 9. Mai 2013 geltenden §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 ElektroStoffV verboten, Elektrogeräte in den Verkehr zu bringen, die mehr als 0,1 Gewichtsprozent Quecksilber je homogenem Werkstoff enthalten. Dies ist hier bei den von der Beklagten in Verkehr gebrachten Kompaktstoffleuchten der Fall. Wegen der Rückausnahme in § 2 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F. galt § 5 Abs. 1 ElektroG a. F. auch für Leuchtstofflampen (Schmalz in Bullinger/Fehling, ElektroG, § 5 Rn. 9). Insoweit ist nunmehr § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 ElektroStoffV einschlägig.

Der Senat sieht die vorgenannten Vorschriften als die hier zu beachtenden Verbotsnormen an. Das Verbot folgt hingegen nicht aus § 5 Abs. 2 ElektroG a. F. bzw. § 3 Abs. 3 ElektroStoffV. Denn diese Regelungen statuieren lediglich eine Ausnahme von dem Verbot nach dem jeweiligen Absatz 1 (anders OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. September 2014 - 6 U 148/13, II. B. 1. d). Eine Ausnahme von dem Stoffverbot gemäß § 5 Abs. 2 ElektroG a. F. bzw. § 3 Abs. 3 ElektroStoffV jeweils i. V. mit Anhang III der Richtlinie 2011/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten (RoHS-Richtlinie) liegt nicht vor. Die in Anhang III der Richtlinie zu Nr. 1 bzw. 1a festgelegte Höchstwert von maximal 5 mg bzw. nach dem 31. Dezember 2011 3,5 mg und nach dem 31. Dezember 2012 2,5 mg je Lampe ist vorliegend überschritten.

c) Es ist weiterhin von einer Wiederholungsgefahr auszugehen, auch wenn § 5 ElektroG mit dem Gesetz zur Änderung des Elektro- und ElektronikgeräteG mit Ablauf des 8. Mai 2013 aufgehoben worden ist. Denn das dort geregelte Stoffverbot ist in die ab dem 9. Mai 2013 in Kraft getretene (§ 16 ElektroStoffV) Verordnung zur Beschränkung der Verwendung gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten (ElektroStoffV), dort in § 4 Abs. 1 ElektroStoffV i. V. mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 ElektroStoffV übernommen worden, ohne dass sich die Anforderungen für den Hersteller geändert haben.

Das bisher in § 5 ElektroG geregelte Stoffverbot ist nunmehr in §§ 3, 4 ElektroStoffV übernommen worden; § 5 ElektroG ist aufgehoben worden. Nach den hier im maßgeblichen § 3 Abs. 1 Nr. 1 ElektroStoffV i. V. mit § 4 Abs. 1 ElektroStoffV darf ein Hersteller nur Elektro- und Elektronikgeräte in Verkehr bringen, die die Anforderungen des § 3 Abs. 1 ElektroStoffV erfüllen. Die Beklagte ist Hersteller i. S. des § 2 Nr. 5 ElektroStoffV. Danach ist jede natürliche oder juristische Person Hersteller, die ein Elektro- oder Elektronikgerät herstellt oder entwickeln oder herstellen lässt und es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke vermarktet. Das Landgericht hat insoweit im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Beklagte Kompaktleuchtstofflampen herstellen lässt und diese in Deutschland vertreibt (§ 314 Satz 1 ZPO). Dies erfolgt auch unter ihrem Namen mit der Marke „Brilliant“. Die streitgegenständlichen Kompaktleuchtstofflampen sind auf ihrer Verpackung und auf dem Lampensockel jeweils mit „Brilliant“ bezeichnet. Die Beklagte hat sich ausdrücklich darauf berufen, den Vertrieb der beanstandeten Artikel mit den Bezeichnungen „Brilliant E14 13W 220-240V red color 90659A01“ und „Brilliant PL 11W 6400K 220-240V 1140“ eingestellt zu haben.

Die Beklagte war daher auch nach § 3 Abs. 11 Nrn. 1 und 3 ElektroG a. F. als Hersteller anzusehen, wonach Hersteller jeder ist, der gewerbsmäßig Elektro- und Elektronikgeräte unter seinem Markennamen herstellt und erstmals im Geltungsbereich dieses Gesetzes in Verkehr bringt, bzw. Elektro- oder Elektronikgeräte erstmals in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einführt und in Verkehr bringt. Bei den Kompaktleuchtstofflampen handelt es sich um Beleuchtungskörper im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. Anhang I Nr. 5 ElektroG a. F. und damit um Elektro- bzw. Elektronikgeräte im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F., jetzt § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5, 2 Nr. 1 ElektroStoffV.

d) Der Kläger hat mit der in der Berufungsinstanz geänderten Antragsfassung dem Rechnung getragen, dass sowohl § 5 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F. als auch § 4 Abs. 1 ElektroStoffV das Inverkehrbringen von nicht stoffverbotskonformen Elektro- oder Elektronikgeräten verbieten.

Die Bedeutung des Begriffs hat sich nicht wesentlich geändert. Während ein Inverkehrbringen im Sinne des § 3 Abs. 11 ElektroG a. F. als die entgeltliche oder

unentgeltliche Abgabe an Dritte mit dem Ziel des Vertriebs, des Verbrauchs oder der Verwendung bezeichnet wurde, definiert § 2 Abs. 11 ElektroStoffV „Inverkehrbringen“ als die erstmalige Bereitstellung eines Elektro- oder Elektronikgeräts auf dem Markt zum Vertrieb, zum Verbrauch oder zur Verwendung.

e) Bei § 5 Abs. 1 ElektroG a. F. bzw. §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 ElektroStoffV handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Januar 2015 - 4 U 266/13, juris Rn. 8). Dies ist aber im Einzelnen höchst umstritten.

aa) Die Beklagte, die verneint, dass es sich bei § 5 ElektroG a. F. um eine Marktverhaltensregelung handelt, beruft sich insbesondere auf die Antwort der Bundesregierung vom 11. Oktober 2006 auf die kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der FDP (Drucksache 16/2689). Danach handele es sich bei § 5 ElektroG a. F. nicht um eine Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, da die Vorschrift Art. 4 der Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 27. Januar 2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten umsetzen und dem Schutz der menschlichen Gesundheit und der natürlichen Lebensbedingungen dienen, nicht aber eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs gerichtete Schutzfunktion zukommen würde. Die Bundesregierung habe aber weiter ausgeführt, dass es sich um eine Frage des Einzelfalles handele, die der Entscheidung der Gerichte vorbehalten wäre.

Gegen einen Marktbezug spreche insbesondere der gesetzgeberische Zweck des Elektroggesetzes. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ElektroG werde die abfallwirtschaftliche Zielrichtung dahingehend beschrieben, dass vorrangig die Vermeidung von Abfällen von Elektro- und Elektronikgeräten und darüber hinaus die Wiederverwendung, die stoffliche Verwertung und andere Formen der Verwertung solcher Abfälle erreicht werden sollen, um die zu beseitigende Abfallmenge zu reduzieren sowie den Eintrag von Schadstoffen aus Elektro- und Elektronikgeräten in Abfälle zu verringern. Das Interesse der Verbraucher, vor den gefährlichen Stoffen geschützt zu werden, finde hingegen keine Erwähnung und ergebe sich daher allenfalls als Reflex (Grotelüschen/Karenfort, BB 2006, 955 (959/960); Giesberts in Giesberts/

Hilf, ElektroG, 2. Aufl., § 5 Rn. 14a). Ebenso würde es sich mit den Erwägungsgründen zur RoHS-Richtlinie verhalten, die in § 5 ElektroG umgesetzt worden ist. Hier würde im Mittelpunkt stehen, dass die ordnungsgemäße Entsorgung von Elektro- und Elektronikaltgeräten ohne die gefährlichen Substanzen einfacher und sicherer erfolgen könne: Die Erwägungsgründe 3 und 5 würden ausschließlich auf die Bedeutung einer ordentlichen Abfallbewirtschaftung abstellen. Soweit die menschliche Gesundheit überhaupt als Schutzgut genannt würde, geschehe dies in Verbindung mit dem Tier- und Umweltschutz; Erwägungsgrund 6 befasse sich darüber hinaus mit den schädlichen Auswirkungen auf die Gesundheit der Beschäftigten von Recycling-Betrieben (Grotelüschen/Karenfort, a. a. O., 955 (959/960)). Der Schutz der Umwelt allein reiche nicht aus, um eine Bestimmung als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG anzusehen (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - I ZR 224/13 - Kopfhörer-Kennzeichnung, juris Rn. 15 zu § 7 Satz 1 ElektroG).

bb) Eine andere Ansicht begründet hingegen die wettbewerbliche Relevanz damit, dass Art. 4 Abs. 3 der RoHS-Richtlinie die Möglichkeit weiterer Stoffverbote an die Bedingung knüpft, dass die Substitutstoffe „mindestens das gleiche Schutzniveau für den Verbraucher gewährleisten“. Auch würde das Ziel des Gesundheitsschutzes, das einen engen Bezug zum Verbraucherschutz aufweise und häufig einen Rückschluss auf eine verbraucherschützende Wirkung rechtfertige, häufig in der vorgenannten Richtlinie erwähnt, insbesondere in den Erwägungsgründen Nrn. 1, 4, 5, 6 u. 8 (OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Januar 2015, a. a. O., juris Rn. 8; Luster mann, NJW 2006, 3097 (3101); Giesberts in Giesberts/Hilf, a. a. O., § 5 Rn. 14 a; Prella in Prella/Thärichen/Versteyl, ElektroG, § 5 Rn. 35). Ferner ergebe sich die Marktrelevanz der Grenzwertregelung daraus, dass durch die jeweilige Richtlinie in den Erwägungsgründen Nr. 1 zu der Richtlinie 2002/95/EG bzw. Erwägungsgründen Nr. 2 zu der Richtlinie 2011/65/EU Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Beschränkungsregelungen vermieden werden sollen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Januar 2015, a. a. O., juris Rn. 10).

cc) In der Rechtsprechung ist diese Frage nicht abschließend beantwortet. Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf in der Entscheidung vom 19. April 2007

(20 W 18/07) in § 6 Abs. 2 ElektroG eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG gesehen hat, hat es ausdrücklich offen gelassen, ob dies gleichfalls für § 5 ElektroG gilt. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 4. August 2011 (6 U 3128/10) verhält sich ebenso wie das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. August 2012 (4 U 59/12) nur zu § 6 Abs. 2 ElektroG. Dies gilt gleichfalls für die maßgeblichen Kommentierungen in Köhler/Bornkamm (UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 11.155b) sowie Link (Ullmann, juris-PK UWG, 3. Aufl., § 4 Nr. 11 UWG Rn. 235).

Im Rahmen des § 6 ElektroG wird zur Begründung auf die Kosten der mit der Registrierung entstehenden Kostenlast abgestellt. Derjenige Marktteilnehmer, der sich dem kostenintensiven Registrierungsverfahren nicht stellt, erlangt einen Vorsprung gegenüber seinen registrierten Mitbewerben, da er keine Gewähr für die Rücknahme der von ihm in Verkehr gebrachten Elektronikgeräten übernimmt und dadurch von der Entsorgungslast befreit ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. April 2007, a. a. O., juris Rn. 6; Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 4 Rn. 11.155b). Diese Entsorgungskosten spielen aber im Rahmen des § 5 ElektroG a. F. keine Rolle, so dass auf diesen Gesichtspunkt hier nicht abgestellt werden kann.

dd) Die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 ElektroG a. F. stellt deshalb eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG dar, weil es sich um eine Bestimmung handelt, die produktbezogen ein Absatzverbot regelt. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 10. Dezember 2009 (I ZR 189/07 - Golly Telly, juris Rn. 21) darauf abgestellt, dass auch bei Verstößen gegen produktbezogene Absatzverbote, die vor oder bei der Marktentscheidung des Kunden von seiner Seite her bestehende berechnete und damit schutzwürdige Erwartung enttäuscht wird, ein Produkt (angeboten) zu bekommen, das den im Interesse des Kunden bestehenden gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Anerkannt ist dies bei Vorschriften, die eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der hergestellten Waren gewährleisten sollen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 222/11 - Meisterpräsenz, juris Rn. 15 zur Handwerksordnung). Entscheidend dürfte hier sein, dass in Art. 1 der RoHS-Richtlinie 2011/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 ausdrücklich neben den abfallwirtschaft-

lichen Zielen auch den Gesundheitsschutz des Menschen aufgeführt wird und damit eng verknüpft auch der Schutz der Verbraucher vor schädlichen Stoffen zu berücksichtigen ist. Der Verbraucher soll nach dem Schutzgedanken des § 5 ElektroG a. F. davon ausgehen können, dass er Elektro- und Elektronikgeräte erwirbt, die die vorgeschriebenen Grenzwerte für gefährliche Stoffe einhalten. Hierbei handelt es sich für den durchschnittlichen Verbraucher auch um ein wesentliches Kriterium für seine Kaufentscheidung.

ee) Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Verbotstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) nach ihrem Artikel 4 eine vollständige Harmonisierung bezweckt, steht der Anwendung der nationalen Vorschriften nicht entgegen. Bei einer Bestimmung, die - wie ausgeführt - einen Sicherheits- und Gesundheitsbezug im Sinne von Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 Satz 2 und 3 der Richtlinie 2005/29/EG aufweist, bleibt die Anwendung des § 11 Nr. 4 UWG zulässig (BGH, Urteil vom 17. Juli 2013, a. a. O., juris Rn. 15; Köhler in Köhler/Bornkamm a. a. O. § 4 Rn. 11.6a, 11.6h).

f) Die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Leuchtstoffkörper enthalten mehr als 0,1 Gewichtsprozent Quecksilber je homogenem Werkstoff. Dies steht nach dem Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] fest.

Maßgeblich für die Feststellungen in Bezug auf den homogenen Werkstoff sind die identischen Begriffsbestimmungen in § 2 Nr. 19 ElektroStoffV bzw. Art. 3 Nr. 20 der Richtlinie 2011/65/EU. Der Begriff „homogenen Werkstoff“ meint danach

„einen Werkstoff von durchgehend gleichförmiger Zusammensetzung oder einen aus verschiedenen Werkstoffen bestehenden Werkstoff, der nicht durch mechanische Vorgänge wie Abschrauben, Schneiden, Zerkleinern, Mahlen und Schleifen in einzelne Werkstoffe zerlegt oder getrennt werden kann“.

Der Senat sieht das in den Leuchtstoffkörper in flüssiger oder fester Form eingebrachte Quecksilber als homogenen Werkstoff im Sinne der Elektrostoffverord-

nung bzw. der Richtlinie 2011/65/EU an. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten den Herstellprozess von Kompaktleuchtstofflampen beschrieben und die einzelnen typischen Bestandteile dargestellt. Danach wird der Lampenkörper aus Glas entweder mit flüssigem Quecksilber oder mit einem Festkörper bzw. einer Pille bestehend aus einer Quecksilber-Amalgam-Verbindung befüllt. Dabei ist das Quecksilber als eigenständiger Werkstoff anzusehen, der in das herzustellende Endprodukt verbracht wird. Der Quecksilberanteil bei flüssigem Quecksilber beträgt nach den Feststellungen des Sachverständigen 100 % und bei einer Legierung abhängig von der Art des verwandten Amalgams zwischen 25 % und 75 %; er liegt also jeweils deutlich über dem Grenzwert von 0,1 Gewichtsprozent.

g) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann der Senat mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit feststellen, dass die von der [REDACTED] geprüften Energiesparlampen von der Beklagten in Verkehr gebracht worden sind und die beiden Leuchtstoffkörper mit der Probennummer 12-020161-02 und 12-020165-03 einen Quecksilbergehalt von 13 mg bzw. von 7,8 mg aufgewiesen haben.

aa) Dass es sich bei der von der [REDACTED] untersuchten Kompakt-Leuchtstofflampen Brilliant E 1413 W 220 - 240 V red color 90659 A 01 und Brilliant PL 11 W 6400 K 220 - 240 V 1140 um Energiesparlampen handelt, die die Beklagte auf den Markt gebracht hat, ergibt sich aus der Vorlage der Prüfberichte vom 31. Mai 2012 (Anlagen 2 und 3), in denen die untersuchten Kompakt-Leuchtstofflampen konkret mit der Seriennummer bezeichnet und auf Lichtbildern abgebildet sind. Der Zeuge [REDACTED], der für die [REDACTED] tätig ist, hat bekundet, im Auftrag der [REDACTED] Testkäufe durchgeführt zu haben. Er habe Testkäufer beauftragt, Leuchtstoffkörper der Beklagten zu erwerben. Die von der Klägerin als Anlagen 1 bis 3 dem Schriftsatz vom 19. März 2015 beigelegten Belege der [REDACTED] hat der Zeuge den Testkäufen zuordnen können.

Der Zeuge [REDACTED] der Geschäftsbereichsleiter Umweltanalytik der [REDACTED] ist, war bei der Prüfung der Leuchtkörper Projektleiter. Der Zeuge hat das durchgeführte Prüfverfahren im Einzelnen geschildert. Die Lampen seien von der [REDACTED] an die [REDACTED] übersandt worden. Die in den Prüfberichten mit Artikelbezeichnung und Seriennummern genannten und mit Fotos abgebildeten Lampen seien Gegenstand der Prüfung gewesen. Diese Bekundungen werden durch das Vorbringen der Beklagten bestätigt. Die Beklagte hat selbst ausgeführt, dass sie den Vertrieb gerade der Artikel mit den vorgenannten Bezeichnungen eingestellt habe. Daraus folgt, dass die geprüften Lampen, die sowohl auf den Verpackungen als auch auf dem Sockel eindeutig bezeichnet sind, von der Beklagten auf den Markt gebracht worden sind. Die Beklagte behauptet nicht, dass Fälschungen gerade dieser Artikel im Umlauf gewesen seien.

bb) Die geprüften Lampen weisen auch die in den Prüfberichten festgehaltenen Quecksilbergehalte auf. Der Senat schließt aus, dass es bei den beiden durchgeführten Prüfungsverfahren zu Fehlern oder Verwechslungen gekommen ist. Dies beruht auf der Aussage des Zeugen [REDACTED]

Der Zeuge hat bekundet, dass es bei der [REDACTED] ein Qualitätsmanagement gebe; das festlege, wie mit eingehenden Proben verfahren wird. Diese würden in dem „laborinternen Managementsystem“ erfasst werden, das automatisch den Untersuchungskörpern Probennummern zuweise. Es würden Aufkleber mit den Probennummern auf die Verpackungen der Prüfkörper geklebt werden. So dann erhalte ein Labormitarbeiter durch das „laborinterne Managementsystem“ einen Prüfungsauftrag, der mit einer sog. Standard-Arbeitsanweisung verbunden sei. Aus dieser Anweisung könne der Mitarbeiter entnehmen, wie er mit dem Prüfkörper zu verfahren habe. Es gebe ein betriebsinternes Reklamationsmanagement, um eine Vertauschung der Prüfkörper zu vermeiden. Es gebe etwa vier bis fünf Fälle pro Jahr, in denen Vertauschungen vorkommen, bei insgesamt ca. 100.000 Untersuchungen jährlich. Hinweise auf eine Verwechslung oder Vertauschung habe es in dem vorliegenden Fall aber nicht gegeben. Bei den Prüfkörpern der Serie „Brilliant E 1413W220-240V Red Color 90659A01“ habe diesbezüglich eine besondere Prüfung stattgefunden, da einer der Prüfkörper farblich von den anderen beiden Prüfkörpern der Serie deutlich abgewichen sei. Ob es sich dabei

um einen Produktionsfehler handele oder ob es sich um eine Lampe handele, die nach dem Willen des Herstellers eine andere Farbe habe aufweisen sollen, könne er nicht sagen. Bei der helleren Lampe sei der Quecksilbergehalt von 13 mg festgestellt worden. Die gesonderte Prüfung habe jedenfalls keine Hinweis ergeben, dass ein Messfehler oder eine Vertauschung aufgetreten sei.

Die [REDACTED] versuche, eingehende Aufträge innerhalb von sechs bis acht Wochen abzuarbeiten; er gehe aber davon aus, dass die Prüfkörper innerhalb von wenigen Tagen nach Eingang in das „laborinterne Managementsystem“ eingetragen worden seien. Sein Büro befände sich in [REDACTED]. In dem Labor in [REDACTED] seien die Prüfkörper zerlegt und das Quecksilber in Lösung gebracht worden; die Messungen dieser Lösungen seien in dem Labor in [REDACTED] erfolgt. Zwischen den beiden Standorten bestehe ein Transportdienst, der täglich Proben von [REDACTED] nach [REDACTED] transportiere.

Die [REDACTED] sei nach DIN EN ISO/IEC 17025 akkreditiert. Damit sei eine Qualitätskontrolle verbunden, bei dem die eingesetzten Prüfgeräte und auch die Mitarbeiter nach bestimmten Vorgaben überprüft würden. Es gebe Qualitätsmanagement-Beauftragte, die für die Sicherstellung des Qualitätsmanagements verantwortlich seien. Zudem fänden externe Überprüfungen durch die DAkkS in einem Abstand von drei bis fünf Jahren statt.

Zu jeden einzelnen Prüfungen lägen weitere in den Prüfberichten nicht aufgeführte Unterlagen vor, aus denen sich die Feststellung ergebe, ob das Prüfgerät funktionsstüchtig gewesen sei und Ergebnisse mit ausreichender Genauigkeit produziere. Diese Feststellungen würden werktäglich getroffen und in den genannten Unterlagen vermerkt. Bei der streitgegenständlichen Prüfung des Prüfkörpers der Serie „Brilliant E 1413W220-240V Red Color“ habe er die Überprüfung der Genauigkeit der Messgeräte-Daten per E-Mail übersandt bekommen. Es habe eine Auffälligkeit dahin gegeben, da es bei dem „Standard-Additionsverfahren“ zu einem höheren Wert bei dem Messergebnis gekommen sei. Es sei daher nur der festgestellte niedrigere Wert von 13 mg Quecksilber als Prüfergebnis übernommen worden.

Der Zeuge hat damit detailliert den Ablauf des Prüfungsverfahrens und insbesondere die Vorkehrungen der [REDACTED] beschrieben, Fehler bei den Messverfahren zu vermeiden bzw. eine Fehlerkontrolle durchzuführen. Der Zeuge hat dabei in einem hinreichenden Umfang auch aus eigener Anschauung über das Prüfverfahren zu der Serie „Brilliant E 1413W220-240V Red Color“ berichten können. Er ist insoweit nicht nur ein Zeuge vom Hörensagen. Der Senat hat insbesondere berücksichtigt, dass der Zeuge wegen der beschriebenen Auffälligkeit die Daten über die eingesetzten Messgeräte selbst geprüft und dabei keine Fehler gefunden habe. Angesichts des bei der [REDACTED] vorhandenen Qualitätsmanagement-Systems werden die jeweiligen Prüfkörper zeitnah erfasst und gekennzeichnet, so dass ein Verwechseln oder Vertauschen von Prüfkörpern sehr unwahrscheinlich ist. Bei den streitgegenständlichen sechs Prüfkörpern sieht der Senat Fehler als ausgeschlossen an. Dies gilt gleichfalls für die durchgeführten Messungen, die von dem Zeugen - wie beschrieben - einer gesonderten Überprüfung unterzogen worden sind.

Zur Abrundung dieses Beweisergebnisses hat sich der Sachverständige mit dem Prüfverfahren der [REDACTED] auseinandergesetzt und keine Bedenken gegen die Geeignetheit der [REDACTED], entsprechende Quecksilbermessungen durchzuführen, aufgezeigt. Das angewandte Prüfverfahren beruhe auf der einschlägigen DIN62554.

cc) Im Übrigen kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass bei der Überprüfung der Energiesparlampen jeweils nur drei Prüfkörper untersucht worden seien und nicht das in der Entscheidung der EU-Kommission vom 9. September 2002 (2002/747/EG) vorgeschriebene Prüfverfahren mit der Ermittlung des arithmetischen Mittels aus zehn Prüfkörpern unter Streichung des höchsten und des niedrigsten Wertes durchgeführt worden sei (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Januar 2015, a. a. O., juris Rn. 17). Die Beklagte verkennt insoweit, dass das von ihr genannte Prüfverfahren dazu dient, eine entsprechende Zulassung zum Vertrieb der Leuchtstoffkörper zu bekommen. Hier geht es aber vorliegend um die Feststellung, welchen Quecksilbergehalt die einzelnen Leuchtstoffkörper aufweisen.

h) Der weitere Einwand der Beklagten, es handele sich bei den beiden streitgegenständlichen Lampen um sog. „Ausreißer“, ist unerheblich. Eine Spürbarkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG kann insoweit nicht verneint werden. Für die Verneinung der Spürbarkeit reicht es nicht aus, wenn der Unternehmer sich auf ein Versehen oder einen nicht zu vermeidenden „Ausreißer“ beruft. Denn es kommt nicht auf die Verhältnisse im Unternehmen des Verletzers an, sondern auf die Auswirkungen seines Verhaltens auf die Marktteilnehmer (Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 3 Rn. 124; Ullmann in Ullmann jurisPK-UWG, 3. Aufl., § 3 Rn. 70).

Soweit vertreten wird, dass es sich bei den sog. „Ausreißer-Fällen“ lediglich um eine Bagatelle handeln würde, die einem Unterlassungsanspruch entgegenstehen würden (vgl. KG, Urteil vom 20. Dezember 1996 - 5 U 3704/94, juris Rn. 90; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 3 Rn. 61), bedarf es hierzu keiner Entscheidung des Senats. Denn auch nach letztgenannter Ansicht hat der Verletzer darzutun und zu beweisen, dass es sich bei dem Verstoß ausnahmsweise um das Vorliegen eines „Ausreißers“ handeln würde (KG, Urteil vom 20. Dezember 1996, a. a. O., juris Rn. 91; Sosnitza in Ohly/Sosnitza, a. a. O., § 3 Rn. 64). Vorliegend hat die Beklagte insoweit keinen ausreichend substantiierten Vortrag gehalten. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien hat die Beklagte auf die Abmahnung des Klägers dahingehend reagiert, dass sie die Kompakt-Leuchtstofflampen aus der fraglichen Serie überprüft und diese vom Markt genommen hat. Im Rahmen ihrer Darlegungslast wäre die Beklagte gehalten gewesen, eigene Messergebnisse von Lampen der jeweiligen Serien vorzutragen, um ihre Behauptung eines Ausreißers zu substantiieren. Im Übrigen geht aus den Prüfberichten hervor, dass von 6 geprüften Energiesparlampen 2 Leuchtstoffkörper Quecksilbergehalte über dem Grenzwert aufwiesen, so dass nicht von einem Ausreißer ausgegangen werden kann.

3. Der geltend gemachte Anspruch auf Kostenerstattung in Höhe von 121,71 € für die Abmahnung ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet.

4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

5. Der Schriftsatz der Beklagten vom 24. September 2015 gibt dem Senat nach pflichtgemäßem Ermessen keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung gem. § 156 ZPO wiederzueröffnen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Soweit das Unterlassungsbegehren des Klägers wegen der Beschränkung in Bezug auf den homogenen Werkstoff nicht in vollem Umfang Erfolg hatte, handelt es sich um ein nur geringfügiges Unterliegen, das keine höheren Kosten veranlasst hat. Im Übrigen handelt es sich bei der von dem Kläger in zweiter Instanz vorgenommenen Neufassung des Unterlassungsantrags lediglich um eine Klarstellung und nicht um eine teilweise Klagrücknahme.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Die Frage, ob es sich bei der Regelung des § 5 Abs. 1 ElektroG a. F. bzw. nunmehr §§ 3, 4 Abs. 1 ElektroStoffV um eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG handelt, hat grundsätzliche Bedeutung und ist im Einzelnen umstritten.

■

■

■