

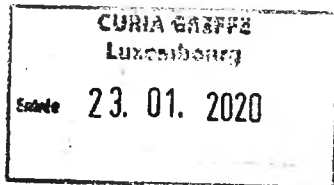
C-29/20-1

759

6 U 74/19
31 O 131/16
Landgericht Köln



Verkündet am 10.01.2020
Krieger, JBe
als Urkundsbeamtin/Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Oberlandesgericht Köln

Beschluss

In dem Rechtsstreit

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr.	1140510
Luxemburg, den	23. 01. 2020
Fax/E-mail:	<i>[Signature]</i>
eingegangen am:	23. 1. 20
	Der Kanzler, im Auftrag Daniel Dittert Referatsleiter

der Biofa AG, vertr. d. d. Mitglieder des Vorstands
Rudolf-Diesel-Str. 2, 72525 Gutsbezirk Münsingen,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Novacos, Schadowplatz 12,
40212 Düsseldorf,

gegen

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co KG, vertr. d. d. Geschäftsführer
Schürmannstr. 28, 48935 Everswinkel,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Bernward Münster, Mettfelder
Straße 1, 50996 Köln,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 04.12.2019
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Nolte, die Richterin am Ober-
landesgericht Chang-Herrmann und den Richter am Oberlandesgericht Büch

beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung von Art. 3 Abs.
1 Buchst. a, Art. 9 Abs. 1 Buchst. a, Art. 95 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr.

528/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2012 über die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht mit der Genehmigung eines Wirkstoffs durch eine Durchführungsverordnung gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 für ein Gerichtsverfahren in einem Mitgliedsstaat verbindlich fest, dass der der Genehmigung zugrundeliegende Stoff dazu bestimmt ist, im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 auf andere Art als durch bloße physikalische oder mechanische Einwirkung zu wirken oder obliegen die tatsächlichen Feststellungen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 erfüllt sind, auch nach Erlass einer Durchführungsverordnung dem zur Entscheidung berufenen Gericht des Mitgliedsstaates?

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Frage, ob die Beklagte berechtigt ist, ein Produkt zur Schädlingsbekämpfung, das Kieselgur als Wirkstoff enthält, in den Verkehr zu bringen, auch wenn dieses nicht von einem gelisteten Importeur oder Hersteller stammt.

Die Klägerin ist ein mittelständisches Unternehmen und entwickelt Produkte für die Landwirtschaft, überwiegend auf biologischer Basis, beantragt Zulassungen und bringt die zugelassenen Produkte im Bereich der Bundesrepublik Deutschland, anderer EU-Staaten oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr.

Zu diesen Produkten gehören auch Produkte, welche den Wirkstoff Kieselgur (der Wirkstoff ist unter zahlreichen weiteren Bezeichnungen bekannt) enthalten und von der Klägerin unter dem Handelsnamen „InsectoSec®“ in Verkehr gebracht werden. Diese Produkte dienen der Bekämpfung von kriechendem Ungeziefer, insbesondere der roten Vogelmilbe, in Geflügelställen.

Der Wirkstoff „Kieselgur“ ist ein Mineral, das aus mikroskopisch kleinen Schalen abgestorbener Kieselalgen gewonnen wird und überwiegend aus Siliziumdioxid besteht. Durch Kontakt mit dem Wirkstoff stäuben sich die Schadinsekten und Milben ein, wodurch die auf ihren Panzern befindliche (die Tiere eigentlich vor Austrocknung schützende) Wachsschicht beeinflusst wird. Die Schadinsekten und Milben dehydrieren in der Folge und sterben.

Die Klägerin beantragte die Zulassung des Wirkstoffs Kieselgur gemäß der Verordnung (EU) Nr. 528/2012. Hierfür reichte sie das erforderliche Dossier ein, welches sie unter nicht unerheblichem finanziellem Aufwand erstellen ließ.

Gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2017/794 der Kommission vom 10.05.2017 zur Genehmigung von Siliciumdioxid/Kieselgur als altem Wirkstoff zur Verwendung in Biozidprodukten der Produktart 18 ist Siliciumdioxid/Kieselgur als Wirkstoff zur Verwendung in Biozidprodukten der Produktart 18 vorbehaltlich der Spezifikationen und Bedingungen im Anhang genehmigt worden. Die Durchführungsverordnung ist am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft getreten. Die Klägerin ist - derzeit als einziger Hersteller dieses Wirkstoffs – in der Liste gemäß Art. 95 VO (EU) 528/2012 unter der Nr. CAS 61790-53-02 eingetragen worden.

Die Beklagte bietet Produkte für Tierhalter und die Mischfutterindustrie unter anderem zum „Parasitenmanagement speziell im Geflügelbereich“ über einen Online-Shop sowie über den Online-Marktplatz eBay an. So vertreibt sie unter anderem ein Produkt mit dem Handelsnamen „HS Mikrogor“ zur Bekämpfung von Geflügelmilben, insbesondere der roten Vogelmilbe, das ebenfalls den Wirkstoff Kieselgur enthält, ohne den Wirkstoff von der Klägerin zu beziehen.

Die Klägerin hält dieses Angebot der Beklagten für wettbewerbswidrig, weil diese gegen §§ 3, 3a UWG i.V.m. Art. 95 Abs. 2, 3 VO (EU) 528/2012 verstoße. Der Wirkstoff Kieselgur wirke nicht allein auf bloß physikalische oder mechanische Weisen. Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung, Auskunft, Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen. Die geltend gemachten Ansprüche bestünden nicht gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 3a UWG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, Art. 95 Abs. 2 und 3 VO (EU) 528/2012.

II.

Die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit hängt von der Auslegung der Art. 3 Buchst. a, Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 sowie der Bindungswirkung einer auf ihrer Basis erlassenen Durchführungsverordnung ab. Vor einer Entscheidung über das Rechtsmittel kann deshalb das Verfahren ausgesetzt werden und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union eingeholt werden. Dies hält der Senat im vorliegenden Verfahren für geboten.

1. Das Landgericht hat die Klage für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt:

Zwar seien die Parteien Mitbewerber und es bestehe ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Auch sei Art. 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG. Die Beklagte habe aber nicht entgegen Art. 3 Abs. 1 a, 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 Biozid-Produkte auf dem Markt bereitgestellt. Das Vertreiben des Produkts des Beklagten verstoße nicht gegen die VO (EU) 528/2012, weil das Produkt kein Produkt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 a, erster Spiegelstrich VO (EU) 528/2012 sei. Das Produkt der Beklagten sei nicht dazu bestimmt, auf andere Art als durch bloß physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, sie unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen. Das Landgericht sei trotz der Durchführungsverordnung (EU) 2017/794 der Kommission berechtigt, diese Frage zu prüfen. Aus der Beweisaufnahme habe sich ergeben, dass das Produkt der Beklagten die dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfülle.

2. Im Streitfall stellt sich die Frage, ob mit der Genehmigung eines Wirkstoffs durch eine Durchführungsverordnung gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 für ein Gerichtsverfahren in einem Mitgliedsstaat verbindlich feststeht, dass der Stoff dazu bestimmt ist, im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 auf andere Art

als durch bloß physikalische oder mechanische Einwirkung zu wirken oder die tatsächlichen Feststellungen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 erfüllt sind, dem Gericht des Mitgliedsstaates obliegen.

2. Die Begründetheit der in Rede stehenden Ansprüche kann sich aus § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit dem Rechtsbruchtatbestand des Lauterkeitsrechts gemäß § 3a UWG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, Art. 95 Abs. 2 und 3 VO (EU) 528/2012 ergeben. Bei der Anwendung dieser Bestimmung stellen sich klärungsbedürftige Fragen zur Auslegung des Unionsrechts.

a) Die allgemeinen Voraussetzungen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG) liegen vor.

Wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, sind die Parteien Mitbewerber im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Bei Art. 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 handelt es sich um eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG, deren Missachtung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern und Verbrauchern im Sinne des § 3a UWG spürbar zu beeinflussen. Art. 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 dient der Regelung von Gesundheits- und Sicherheitsaspekten von Biozidprodukten und damit auch dem Interesse der Verbraucher. Jedenfalls dient die Vorschrift dem Interesse der Mitbewerber, die die Zulassung mit erheblichem finanziellem Aufwand erreicht haben.

b) Für die Begründetheit des Klageantrags kommt es darauf an, ob das konkret zum Gegenstand der Anträge gemachte Produkt „HS Mikroгур“ in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a, 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 fällt. Dabei stellt sich die klärungsbedürftige Frage zur Bindungswirkung einer gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 erlassenen Durchführungsverordnung.

aa) Gemäß Artikel 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 darf ein Biozidprodukt ab dem 01.09.2015, das einen Wirkstoff enthält, für den kein Hersteller oder Importeur oder gegebenenfalls kein Importeur des Biozidprodukts in der von der Agentur veröffentlichten Liste aufgeführt ist, nicht in den Verkehr gebracht werden.

(1) Bei dem Stoff „Kieselgur“ handelt es sich um einen „Wirkstoff“ im vorgenannten Sinn, der eine Wirkung auf oder gegen Schadorganismen entsprechend Art. 3 Abs. 1 Buchst. g VO (EU) 528/2012 entfaltet. Unstreitig dehydrieren bestimmte Milben – mit hin Schadorganismen – nach Kontakt mit Kieselgur und verenden sodann aufgrund der Dehydrierung. Auch hat die Beklagte die entsprechenden Produkte auf dem Markt bereitgestellt, die mit Kieselgur einen in der Liste nach Art. 95 Abs. 1 VO (EU) 528/2012 aufgeführten Stoff enthalten, nämlich einen Wirkstoff, der auf Antrag und nach Einreichung eines Dossiers zum 01.11.2018 genehmigt wurde.

Das Produkt „HS Mikrogur“ ist zur Bekämpfung von Schadorganismen bestimmt. Für die Beurteilung der „Bestimmung“ eines Produktes ist maßgeblich, wie dieses einem durchschnittlich informierten Verbraucher gegenübertritt. Wenngleich Kieselgur ein breites Anwendungsspektrum beispielsweise im Bereich der Lebensmittel als Nahrungsergänzung und als Futtermittel hat, wird es im konkreten Fall unter dem Handelsnamen „HS Mikrogur“ von der Beklagten zur Schädlingsbekämpfung beworben, angeboten und in den Verkehr gebracht.

(2) Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass die Klägerin als einzige Stofflieferantin oder Produktlieferantin in der Liste nach Art. 95 Abs. 2 VO (EU) 528/2012 aufgeführt ist und die Beklagte den Stoff nicht, auch nicht mittelbar, über die Klägerin bezog. Dies wäre aber nach Art. 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 erforderlich, wenn es sich bei dem Stoff um ein Biozid im Sinne der VO (EU) 528/2012 handeln würde. Denn nach Art. 95 Abs. 1 VO (EU) 528/2012 veröffentlicht die Agentur eine Liste aller Wirkstoffe und aller einen Wirkstoff erzeugenden Stoffe, für die ein Dossier, das den Anforderungen von Anhang II der Verordnung oder von Anhang IIA oder IVA der Richtlinie 98/8/EG und gegebenenfalls von Anhang IIIA der genannten Richtlinie genügt übermittelt und von einem Mitgliedsstaat in einem in dieser Verordnung der der genannten Richtlinie vorgesehenen Verfahren akzeptiert oder validiert wurde. Nach Art. 95 Abs. 3 VO (EU) 528/2012 darf ein Biozidprodukt, das aus einem in der Liste gemäß Abs. 1 aufgeführten betreffenden Stoff besteht, einen solch Stoff enthält oder einen solchen Stoff erzeugt, nur dann auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn der Stofflieferant oder der Produktlieferant in der Liste gemäß Abs. 2 für die Produktart oder die Produktarten, zu denen das Produkt gehört, aufgeführt ist.

(3) Fraglich ist, ob es sich bei dem von der Beklagten vertriebenen Produkt um ein Biozid-Produkt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 a, erster Spiegelstrich VO (EU) 528/2012,

d.h. um ein Stoff(-gemisch), das aus einem oder mehreren Wirkstoffen besteht bzw. diese enthält und dazu bestimmt ist, auf andere Art als durch bloß physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen zu zerstören, abzuschrecken, sie unschädlich zu machen, ihre Wirkung zu verhindern oder sie in anderer Weise zu bekämpfen, handelt.

Das Landgericht ist nach Beweisaufnahme davon ausgegangen, das Beklagtenprodukt bekämpfe nicht auf andere Art als durch bloß physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 528/2012. Dies stehe aufgrund der überzeugenden Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen fest.

Wirkmechanismus sei die Sorption, d.h. die Anreicherung von Stoffen in einer Phase, und zwar bei Kieselgur die Adsorption, also die Anlagerung von Atomen und Molekülen an einer Oberfläche. Primärer Wirkmechanismus sei genauer die Physisorption, bei der die elektronischen Strukturen von Adsorbat und Oberfläche weitgehend unverändert bleiben. Die wirkenden Kräfte seien schwach und mit den Van-der-Waals-Kräften in Molekülen vergleichbar, d.h. auf Dipol- oder Multipolwechselwirkungen zurückzuführen. Die adsorbierten Moleküle als solche blieben erhalten, sie würden allenfalls polarisiert (anders als bei der Chemisorption, bei der es zu einem Zerfall der Moleküle und einer neuen chemischen Bindung zum Adsorbens kommen könne).

Da Kieselgur chemisch inert (reaktionsträge) sei, sei von einer direkten chemischen Interaktion nach Aufnahme nicht auszugehen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei davon auszugehen, dass keine chemischen Bindungen gemacht oder gebrochen würden und die Wechselwirkungen im Wesentlichen auf Van-der-Waals-Kräften mit der ein oder anderen Dipol-Dipol-Wechselwirkung zurückzuführen seien. Die Wirkung sei vergleichbar der eines Schwammes. Durch die Adsorption an den groben Diatomeenerdepartikeln werde die Wasserbarriere unterbrochen und durch die Oberflächenunterbrechung komme es dann zur Austrocknung. Die Lipidschicht könne jedoch – in feuchter Atmosphäre – regeneriert werden.

Abrasive Wirkungen könnten nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Sie könnten für die zugrundeliegende Fallkonstellation und Fragestellung außer Acht bleiben, da es sich dabei um rein mechanische Wirkungen handele.

Der Senat beabsichtigt, diesen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts beizutreten. Der Sachverständige, der von beiden Parteien übereinstimmend vorgeschlagen wurde und der für seine Forschungen auch im Bereich des Kieselgurs bekannt ist, verfügt ohne weiteres über die notwendige Sachkenntnis, die durch zahlreiche wissenschaftliche Publikationen belegt ist. Weiter hat der Sachverständige in Bezug auf die Beweisfrage die Wirkweise des Stoffs „Kieselgur“ auf Schädlinge im Einzelnen beschrieben. Diese Beschreibung stimmt im Wesentlichen mit der unstreitigen Darlegung der Parteien überein. Sodann hat er die Wirkweise – nachdem er die Entwicklung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung erläutert hat – anschaulich und nachvollziehbar erklärt. Dabei hat er eine überzeugende Einordnung vorgenommen. Fachliche Mängel des Gutachtens sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

Daher ist für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich, ob die Zulassung als Wirkstoff, die vorliegend im Rahmen der Durchführungsverordnung (EU) 2017/794 der Kommission vom 10.05.2017 erfolgt ist, zwangsläufig die Eigenschaft des Produkts als Biozid im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 bedingt, so dass im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu prüfen wäre, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Einordnung als Biozid im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Buchst. a VO (EU) 528/2012 erfüllt sind.

Nolte

Chang-Herrmann

Büch