



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

GmbH,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

GmbH,

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsgesellschaft KPW Kurz Pfitzer Wolf & Partner, Königstraße 40,
70173 Stuttgart,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Nöhre, die Richterin am Oberlandes-
gericht Dr. Meckel und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hasse aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 22.4.2021 für Recht erkannt:

**I. Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil der 8. Kam-
mer für Handelssachen des Landgericht Frankfurt am Main vom
11.12.2019 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:**

1. Die Beklagte wird verurteilt,

**a) der Klägerin Auskunft zu erteilen über Umfang und Dauer des Ver-
triebs von Whirlpools in Deutschland, die ohne ordnungsgemäß bei der
nach dem Elektroggesetz zuständigen Stelle mit der für das jeweilige
Elektro- und Elektronikgerät zugehörigen Marke und zugehörigen Gerä-
teart registriert zu sein, von der Beklagten angeboten, verkauft und/oder
in den Verkehr gebracht wurden, und zwar unter Angabe**

**- der Menge der angebotenen, verkauften und ausgelieferten Whirlpools,
jeweils systematisch aufgeschlüsselt nach Modell und Stückzahl und zu-
gleich gegliedert nach Kalenderquartal und Bundesland des Sitzes des
jeweiligen Käufers;**

**- der hierin erzielten Umsätze einer geordneten Zusammenstellung unter
Angabe Verkaufspreisen für das jeweilige Modell, gegliedert nach Kalen-
derquartal und Bundesland des Sitzes des jeweiligen Käufers;**

- Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer;

- Umfang und die Art der hierfür getätigten Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbemedium und zugleich gegliedert nach Kalenderquartal und räumliche Reichweite und bei Werbung im Internet unter Angabe der Zugriffszahlen;

wobei der Beklagten nach ihrer Wahl vorbehalten wird, die Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer nicht der Klägerin, sondern einem von ihr zu bezeichnenden und ihr gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten vereidigten Wirtschaftsprüfer mitzuteilen, sofern die Beklagte die Kosten seiner Einschaltung trägt und ihn zugleich ermächtigt, der Klägerin auf konkretes Befragen Auskunft darüber zu geben, ob ein bestimmt bezeichneter Name oder eine bestimmt bezeichnete Anschrift in der Rechnungslegung enthalten ist

b) an die Klägerin 2.085,95 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB hieraus seit dem 29.6.2019 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen Schaden zu ersetzen, welcher der Klägerin aufgrund des Vertriebs der Beklagten von Whirlpools, die ohne ordnungsgemäß bei der nach ElektroG zuständigen Stelle mit der für das jeweilige Elektro- und Elektronikgerät zugehörigen Marke und zugehörigen Geräteart registriert zu sein, von der Beklagten seit dem angeboten, verkauft und /oder in den Verkehr gebracht wurden, entstanden ist oder noch entsteht.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Berufung und die weitergehende Anschlussberufung werden zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000,- € abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

I.

Die Parteien streiten über Auskunft-, Schadenersatzfeststellungs- und Abmahnkostenersatzansprüche in Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das ElektroG. Beide Parteien sind Anbieter von Whirlpools, unter anderem auch über das Internet. Ihre Betriebssitze liegen etwa 12 km voneinander entfernt.

Nach den tatbestandlichen Feststellungen vertrieb die Beklagte ihre Whirlpools ohne die nach dem ElektroG notwendige Registrierung bei der Stiftung EAR. Ein Konkurrent der Parteien, die _____ GmbH erwirkte wegen der fehlenden Registrierung am 14.5.2019 eine einstweilige Verfügung (Bl. 27 und 28 d.A.), hinsichtlich derer die Beklagte eine Abschlusserklärung abgab.

Die Beklagte setzte nach Zustellung der einstweiligen Verfügung „den Betrieb“ (so der Tatbestand des angefochtenen Urteils) ihrer Whirlpools fort, jedoch mit folgenden Zusätzen: *„Dieses Angebot steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Registrierung der angebotenen Ware bei der Stiftung EAR...“* bzw. *„Lieferung erst nach erfolgreicher Registrierung bei der Stiftung EAR“*.

Hierauf mahnte die Klägerin die Beklagte wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 ElektroG ab. Die Beklagte gab eine Unterlassungserklärung ab, verweigerte jedoch die Erfüllung der Folgeansprüche.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 11.12.2019, auf das gemäß § 540 Abs. 2 ZPO Bezug genommen wird, die Beklagte zur Auskunftserteilung sowie zum Ersatz der Abmahnkosten verurteilt und die Schadenersatzpflicht festgestellt. Hinsichtlich der Auskunft über Umsatz und Gewinn der Beklagten sowie der Namen und Anschriften

der gewerblichen Abnehmer oder des Umfangs der Werbung hat das Landgericht die Klage indes abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Klägerin stehe ein Schadensersatzanspruch zu, da die Beklagte bis zum 25.7.2019 Whirlpools vertrieben habe, ohne bei der Stiftung Ear registriert gewesen zu sein. Auch der Schadensersatzanspruch sei dem Grunde nach gegeben, da dieser lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts voraussetze. Nach den vorliegenden Umständen sei es wahrscheinlich, dass der Klägerin durch den Vertrieb der Whirlpools der Beklagten Gewinn entgangen sei. Beide Parteien böten Whirlpools über das Internet an und verfügten über Ausstellungsräume am jeweiligen Betriebssitz, die lediglich 12 km auseinanderlägen. Auch ein Auskunftsanspruch bestehe dem Grunde nach. Hinsichtlich der abgewiesenen Auskunftsparameter seien die begehrten Auskünfte nicht erforderlich, da die Klägerin nur entgangenen Gewinn geltend machen könne, nicht jedoch die Herausgabe des Verletzergewinns.

Hiergegen richten sich die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin.

Die Beklagte ist der Auffassung, ein Schadenersatzanspruch bestehe schon dem Grunde nach nicht, da der sachliche Schutzzweck von § 6 Abs. 2 ElektroG einen Schadensersatzanspruch ausschließe. Daher bestehe auch kein Auskunftsanspruch, jedenfalls nicht in dem ausgeurteilten Umfang.

Die Beklagte beantragt,

das am 11.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main, Az. 3-08 O 74 / 19 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Klägerin,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 11.12.2019 (Az. 3-08O4 70 / 19) in Ziffer 1 des Urteils wie folgt abzuändern:

1. der Klägerin Auskunft zu erteilen über Umfang und Dauer des Vertriebs von Whirlpools in Deutschland, die ohne ordnungsgemäß bei der nach dem Elektroggesetz zuständigen Stelle mit der für das jeweilige Elektro- und Elektronikgerät zugehörigen Marke und zugehörigen Geräteart registriert zu sein, von der Beklagten angeboten, verkauft und/oder in den Verkehr gebracht wurden, und zwar unter Angabe

- der Menge der angebotenen, verkauften und ausgelieferten Whirlpools, jeweils systematisch aufgeschlüsselt nach Modell und Stückzahl und zugleich gegliedert nach Kalenderquartal und Bundesland des Sitzes des jeweiligen Käufers;

- der hierin erzielten Umsätze und Gewinne einer geordneten Zusammenstellung unter Angabe von Einkaufspreisen und Verkaufspreisen für das jeweilige Modell, gegliedert nach Kalenderquartal und Bundesland des Sitzes des jeweiligen Käufers;

- Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer;

- Umfang und die Art der hierfür getätigten Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbemedium und zugleich gegliedert nach Kalenderquartal und räumliche Reichweite und bei Werbung im Internet unter Angabe der Zugriffszahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stünden Auskunftsansprüche auch hinsichtlich

der weiteren Informationen zu.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

Die Beklagte hat zuletzt mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 11.05.2021 vorgetragen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg, während die Anschlussberufung teilweise Erfolg hat.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzfeststellungsanspruch aus §§ 9, 3a UWG i.V.m. § 6 Abs. 2 ElektroG zu.

a) Die Beklagte hat gegen § 6 ElektroG verstoßen.

(1) Normadressaten von § 6 ElektroG sind die Hersteller und die Verreiber von Elektro- oder Elektronikgeräten. Hat sich ein Hersteller oder dessen Bevollmächtigter nicht oder nicht ordnungsgemäß mit der Geräteart und der Marke registrieren lassen, unterliegen diese Produkte praktisch einem Handelsverbot, da nach § 6 Abs.2 Satz 2 ElektroG Verreiber derartige Geräte nicht zum Kauf anbieten und Hersteller diese nicht in den Verkehr bringen dürfen.

(2) Untersagt ist dem Hersteller nach § 6 Abs. 2 S. 1 ElektroG, diese Geräte in Verkehr zu bringen. Hersteller ist nach § 3 Nr. 9 ElektroG derjenige, der Elektro- oder Elektronikgeräte unter seinem Namen oder seiner Marke herstellt und innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes anbietet oder konzipieren oder herstellen lässt und sie unter ihrem Namen oder ihrer Marke anbietet. Das dies bei der Beklagten der Fall ist, ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Beklagte hat Whirlpools zudem auch in den Verkehr gebracht.

(3) Dem Vertreiber ist das Anbieten nicht erlaubt. Die Beklagte ist auch Vertreiberin, da sie im Sinne von § 3 Nr. 11 ElektroG Elektro- oder Elektronikgeräte anbietet oder auf dem Markt bereitstellt. Sie hat Whirlpools angeboten. Dies ist in § 3 Nr. 6 ElektroG legal definiert als das im Rahmen einer gewerbsmäßigen Tätigkeit auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtete Präsentieren oder öffentliche Zugänglichmachen von Elektro- oder Elektronikgeräten im Geltungsbereich dieses Gesetzes; dies umfasst auch die Aufforderung, ein Angebot abzugeben. Soweit die Beklagte einwendet, mangels rechtsgeschäftlich verbindlichen Angebots liege kein Anbieten vor, verkennt sie, dass § 3 Nr. 6 ElektroG gerade kein Angebot in diesem Sinne verlangt. Unter das Anbieten wurde auch bewusst die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots („*invitatio ad offerendum*“) gefasst. Damit unterfallen bereits das Ausstellen und Präsentieren der Ware zum Zwecke des Verkaufs dem Begriff des Anbietens. Durch die Erweiterung der Definition soll bei Zuwiderhandlungen der Nachweis erleichtert werden, da nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 ElektroG bereits ein solches Anbieten zur Feststellung eines bußgeldrelevanten Verhaltens ausreichend ist. Zuvor musste ein Inverkehrbringen festgestellt werden, was regelmäßig die Durchführung von Testkäufen erforderlich machte (vgl. BR-Drucks. 216/11 S. 256 f. zum ElektroG 2005; Erbs/Kohlhaas/Häberle, 233. EL Oktober 2020 Rn 7, ElektroG § 3 Rn 7).

b) Der Verstoß gegen § 6 Abs. 2 ElektroG stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen § 3a UWG dar.

(1) § 6 Abs. 2 ElektroG stellt eine verbraucherschützende Norm dar.

Die Bestimmungen des ElektroG dienen zwar primär abfallwirtschaftlichen Zielen. Sie sollen nach § 1 S. 3 ElektroG ausdrücklich das Marktverhalten der Verpflichteten regeln (vgl. auch BGH GRUR 2017, 203 Rn 28 - Quecksilberhaltige Leuchtstofflampen). Ob eine sekundäre verbraucherschützende Wirkung vorliegt, ist umstritten (bejahend: OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2019, 381 Rn 13; OLG Celle GRUR-RR 2014, 152; OLG München GRUR-RR 2011, 424; OLG Hamm MMR 2013, 95; OLG Hamm, GRUR-RR 2015, 60; verneinend: OLG Köln BeckRS 2014, 11 266; BeckRS 2015, 07 009).

Der Senat hat dies unter Verweis auf § 1 S. 3 ElektroG und die Entscheidung BGH, GRUR 2017, 203 Rn 28 - Quecksilberhaltige Leuchtstofflampen bejaht. Die BGH-

Entscheidung betraf zwar Stoffverbote nach § 5 Abs. 1 S. 1 ElektroG (a.F.), was bei der möglichen Gesundheitsgefährdung - z.B. durch Quecksilber in Lampen - nahe liegt und sicher nicht vergleichbar ist mit einer Herstellerangabe. Allerdings stellen produktbezogene Absatzverbote regelmäßig Marktverhaltensregeln im Sinne von § 3a UWG dar (BGH GRUR 2010, 754 Rn 19 ff - Golly Telly). Bei § 6 Abs. 2 S. 5 ElektroG handelt es sich um ein produktbezogenes Absatzverbot. Die Norm dient in erster Linie dem Umweltschutz, daneben aber auch dem Schutz der Verbraucher, die die Gewähr haben sollen, dass der Hersteller die von ihnen erworbenen Geräte zurücknimmt und sie dadurch von der Entsorgungslast befreit. Für den Wettbewerb ist es von großer Bedeutung, dass sich alle Anbieter bestimmter Waren an die Sicherung der Rücknahme dieser Produkte halten, die wiederum durch das Absatzverbot sichergestellt werden soll. Wer dagegen verstößt, beeinträchtigt den Wettbewerb (OLG Hamm GRUR-RR 2015, 60; OLG München GRUR-RR 2011, 424 - für § 6 Abs. 2 Satz 5 ElektroG).

(2) Die Verstöße der Beklagten gegen die Registrierungspflicht sind auch geeignet, die Interessen von Mitbewerbern im Sinne von § 3a I UWG spürbar zu beeinträchtigen.

Die Spürbarkeitsklausel hat den Zweck, solche Fälle des Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung von der Verfolgung auszunehmen, die keine nennenswerte Auswirkung auf andere Marktteilnehmer haben. Denn daran besteht kein Interesse der Allgemeinheit. Ein Verbot ist vielmehr nur dann erforderlich, wenn dies der Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer erfordert (ebenso OLG Frankfurt am Main WRP 2020, 758 Rn 13). Das ist aber nur dann der Fall, wenn sich die unlautere geschäftliche Handlung tatsächlich auf die anderen Marktteilnehmer auswirkt oder doch auswirken kann. Die Spürbarkeitsklausel des § 3a UWG entspricht daher dem Schutzzweck des UWG (§ 1 S. 1) und dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. Erwägungsgrund 6 S. 2 UGP-RL; KG WRP 2018, 839 Rn 42; Lettl WRP 2019, 1265).

Die Eignung setzt daher eine gewisse objektive Wahrscheinlichkeit voraus, dass die konkrete Handlung bei Mitbewerbern einen Schaden durch Einbuße an vorhandenen Vermögenswerten oder durch Minderung ihrer Marktchancen herbeiführen kann. Dafür ist zwar nicht ein bestimmtes Ausmaß der Beeinträchtigung erforderlich;

sie muss aber zumindest tatsächlich eintreten können (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 39. Aufl. 2021, UWG § 3a Rn 1.100). Dies hängt maßgeblich davon ab, welche Interessen die verletzte Norm schützen soll, wie hoch sie zu bewerten sind und wie schwerwiegend ihre Verletzung ist. Bei Zuwiderhandlungen gegen Normen im Sinne von § 3a UWG kann dabei eine wettbewerbliche Relevanz nur insoweit bestehen, als diese Norm Marktbezug aufweist. Andere Interessen sind hingegen im Rahmen der Spürbarkeit nicht zu berücksichtigen.

An der Spürbarkeit bestehen hier aufgrund des zumindest sekundären Marktbezuges von § 6 Abs. 2 ElektroG keine Zweifel.

c) Ein möglicher Schaden der Klägerin wäre auch vom Schutzzweck der Norm umfasst.

Die Lehre vom „Schutzzweck der Norm“ besagt zweierlei: Erstens muss der konkret Geschädigte vom persönlichen Schutzbereich der Norm erfasst sein, er muss also zum Kreis der Personen gehören, deren Schutz das Gesetz bezweckt. Zweitens muss der entstandene Schaden in den sachlichen Schutzbereich der Norm fallen, d.h. zu den Schäden gehören, vor denen die Norm schützen soll (vgl. Palandt/Sprau BGB, § 823 Rn 59; BGH NJW 2015, 1174 Rn 10; BGH GRUR 2016, 526 Rn 31 - Irreführende Lieferantenangabe; BGH WRP 2016, 866 Rn 15 - Lebens-Kost). Bezogen auf § 9 S. 1 UWG gehören daher Mitbewerber kraft gesetzlicher Anordnung grundsätzlich zum Kreis der Personen, die vor einem Verstoß gegen die § 3 und § 7 UWG geschützt werden sollen. Da diese Bestimmungen allerdings nur bestimmte Verhaltensnormen zusammenfassen, ist weiter zu fragen, ob auch die einzelne Verhaltensnorm zumindest *auch* dem Schutz aller oder doch einzelner Mitbewerber dient. Dies ist durch Auslegung unter umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs der jeweiligen Norm zu ermitteln (vgl. BGH NJW 2012, 1800 Rn 21) und ist nach den obigen Ausführungen der Fall.

Der Umstand, dass § 3a UWG nicht den Schutz der Mitbewerber bezweckt, steht einer Schadensersatzpflicht nicht grundsätzlich entgegen (BGH GRUR 2010, 754 - Golly Telly). Entscheidend ist insoweit, ob der Schaden, dessen Ersatz die Klägerin fordert, nicht außerhalb des Schutzzwecks der Anspruchsnorm des § 9 UWG liegt.

Diese Vorschrift unterscheidet - ebenso wie die Bestimmung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG bei der Klagebefugnis und Anspruchsberechtigung der Mitbewerber in Bezug auf Abwehransprüche - nicht danach, ob der vom Wettbewerber begangene Wettbewerbsverstoß allein die Interessen der Mitbewerber, deren Interessen und zugleich die Interessen der Verbraucher oder aber allein die Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. Dementsprechend kann auch ein Mitbewerber von demjenigen, der sich durch die Verletzung einer ausschließlich dem Schutz der Verbraucher dienenden Marktverhaltensregelung einen Vorsprung im Wettbewerb verschafft hat, gemäß § 9 UWG den ihm dadurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen (BGH a.a.O.). Nach Ansicht des BGH ist daher nicht auf den Schutzzweck der verletzten materiellen Norm abzustellen, sondern auf den Schutzzweck von § 9 UWG bzw. § 3a UWG.

Diese Rechtsprechung ist zwar in der Literatur auf umfangreichen Kritik gestoßen (vgl. die Übersicht bei Podszun/Deuschle WRP 2019, 1102, Fn 52, 53). Teilweise wird verlangt, nur auf den Schutzzweck der verletzten Norm (hier: § 6 ElektroG) abzustellen, teilweise, dass die verletzte Norm zumindest mittelbar auch die Interessen der rechtmäßig handelnden Mitbewerber schützt (Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler, 39. Aufl. 2021, UWG § 9 Rn 1.15d - 1.15f). Dafür spreche, dass dadurch auch das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG) geschützt werde. Zugleich komme dem Schadensersatzanspruch eine Präventionsfunktion zu, verringere er doch den Anreiz für den Verletzer, einen Verstoß so lange wie möglich fortzusetzen. Dass die Schadensberechnung trotz § 287 ZPO große Schwierigkeiten bereite - und ggf. nur eine Schadensersatzfeststellungsklage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann - ändere daran nichts. Der Senat sieht jedoch aus den oben dargestellten Erwägungen keinen Anlass, von der Rechtsprechung des BGH abzuweichen.

Die von der Beklagten weiter zitierten BGH-Entscheidungen führen zu keinem anderen Ergebnis. Sie betreffen entweder Schutzrechte oder Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. § 7 UWG), nicht hingegen § 9 UWG.

d) Der Schadensersatzanspruch ist allerdings zeitlich beschränkt.

Die Klägerin ist unstreitig seit dem bei der Stiftung EAR registriert (Anlage CMS2). Vor diesem Zeitraum wäre es der Klägerin zwar faktisch auch möglich gewesen, Whirlpools zu vertreiben, so dass ein entgangener Gewinn auch in diesem Zeitraum rein wirtschaftlich denkbar wäre. Dieser Vertrieb wäre allerdings seinerseits rechtswidrig gewesen, weil er gegen § 6 Abs. 2 ElektroG verstoßen hätte. Aus normativen Gründen würde ein theoretisch entgangener Gewinn in dem Zeitraum vor dem daher nicht Teil des zu ersetzenden Schadens sein, da der Schadensersatzanspruch nicht darauf gerichtet sein kann, einen entgangenen Gewinn zu ersetzen, der nur durch einen Rechtsverstoß zustande gekommen wäre.

Eine weitergehende zeitliche Einschränkung auf den Zeitraum erst ab 15.8.2018 kommt nicht in Betracht. Soweit die Beklagte anführt, die Pflicht zur Registrierung der Beklagten habe erst ab 15.8.2018 bestanden, kann der Senat dies nicht erkennen. Die damals bestehende Einschränkung, dass ein Elektrogerät nicht vorliegt, wenn das Produkt ohne Strom die ihm zugeordnete Hauptfunktion nicht erfüllt, führt nicht dazu, dass Whirlpools nicht in den Anwendungsbereich des ElektroG fallen. Aus der Werbung der Beklagten (Anlage KPW2) ergibt sich zwanglos, dass ein Whirlpool ohne stromabhängigen „Whirl“ seiner Hauptfunktion beraubt ist. Die Beklagte wirbt mit „Wellnessaktivitäten“ und „Verwöhnen mit Massagen“ sowie einem „Bad in sprudelndem Nass“. Soweit daher die Beklagte den Eindruck erwecken will, die Hauptfunktion der für 6.000 € - 15.000 € angebotenen Whirlpools liege darin, wie in einer Badewanne lediglich ein Bad zu nehmen, überzeugt dies nicht.

e) Soweit schließlich teilweise ein Feststellungsinteresse bei einem Verstoß gegen nicht mitbewerberbezogenen Verstößen abgelehnt wird, da im Ergebnis mangels möglichen Kausalitätsnachweises eine konkrete Schadensberechnung ohnehin nicht möglich sei, kann dahinstehen, ob dies allgemein so begründbar ist (anders: BGH NJW-RR 2001, 620 - Filialleiter).

Das Feststellungsbegehren setzt lediglich voraus, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts dargelegt ist. Daran werden in der Rechtsprechung grundsätzlich keine hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, dass nach der Lebenserfahrung der Eintritt des Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist; einer hohen Wahrscheinlichkeit dafür bedarf es nicht (BGH NJW 1995, 3177 - Feuer, Eis & Dynamit).

Jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem die Parteien auf einem sehr engen Markt agieren und zudem ihre Ladengeschäfte nur 15 km auseinanderliegen, ist nicht ausgeschlossen, dass es der Klägerin gelingt, die Kausalität zwischen Verletzungshandlung und bei ihr eingetretenem Schaden nachzuweisen.

2. Der Klägerin steht der geltend gemachte Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zu. Dieser besteht allerdings nicht in dem geltend gemachten Umfang; er ist zudem durch einen Wirtschaftsprüfervorbehalt zu begrenzen.

a) Der Anspruch auf Auskunft wird als Hilfsanspruch, der die Durchsetzung eines gegen den Auskunftspflichtigen gerichteten Hauptanspruchs vorbereiten soll, gewohnheitsrechtlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet.

b) In zeitlicher Hinsicht beschränkt sich die Auskunftspflicht grundsätzlich nicht auf den Zeitraum von dem Zeitpunkt an, für den der Kläger eine konkrete Verletzungshandlung erstmals schlüssig vorgetragen hat (BGH GRUR 2007, 877 Rn 24 - Windsor Estate; BGH GRUR 2010, 623 Rn 54 - Restwertbörse; Steinbeck GRUR 2008, 110). Damit wird dem Interesse des Gläubigers an einer effektiven Rechtsdurchsetzung Rechnung getragen und zugleich der Gleichlauf zu den sondergesetzlichen Ansprüchen auf Drittauskunft (z.B. § 19 MarkenG) hergestellt, die ebenfalls keine zeitliche Begrenzung kennen (BGH GRUR 2007, 877 Rn 25 - Windsor Estate).

Da der Auskunftsanspruch als unselbstständiger Anspruch ausgestaltet ist, kann er allerdings nicht weiter reichen als zur Bezifferung des Schadensersatzanspruchs notwendig. Die oben dargestellte zeitliche Grenze betrifft daher auch den Auskunftsanspruch.

c) Inhaltlich richten sich die Tatsachen, über die Auskunft zu erteilen ist, nach dem Hauptanspruch. Der Schuldner muss Auskunft nur über solche Tatsachen erteilen, deren Kenntnis zur Vorbereitung oder Durchsetzung des Hauptanspruches geeignet und erforderlich ist.

Der Umfang des Anspruchs auf Auskunft einschließlich der Pflicht des Schuldners, „Kontrolltatsachen“ beizubringen, die eine Überprüfung der erteilten Auskünfte ermöglichen (vgl. § 259 Abs. 2 BGB), ist unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers und des Schuldners sowie der Art und Schwere der Rechtsverletzung zu bestimmen.

Danach ist hier zunächst zu berücksichtigen, dass die ansonsten im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes zulässige Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung (entgangener Gewinn, Verletzergewinn oder Lizenzschadensersatz) bei Wettbewerbsverstößen nicht die Regel, sondern eine auf wenige Fallgestaltungen beschränkte Ausnahme darstellt. Sie ist nur beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz und beim Geheimnisschutz anwendbar, da die allgemeinen Verhaltenspflichten im Wettbewerb für den Mitbewerber keine Rechtspositionen begründen, die gerade ihm unter Ausschluss jeder weiteren Person zugewiesen wären (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, 4. Aufl. 2016, UWG § 9 Rn 149). Daher kommt grundsätzlich nur eine Berechnung des Schadens nach dem entgangenen eigenen Gewinn in Betracht. Für den Auskunftsanspruch hat dies zur Folge, dass nur über solche Tatsachen Auskunft erteilt werden muss, die zur Berechnung des entgangenen eigenen Gewinns erforderlich sind.

d) Die Menge der von der Beklagten verkauften Whirlpools kann nach der Entscheidung des BGH „Kollektion Holiday“ (GRUR 1993, 757, 759) zwar nicht zur Grundlage der Berechnung des entgangenen Gewinns gemacht werden, da nicht einfach davon ausgegangen werden kann, dass der Umsatz des Verletzers in vollem Umfang direkt oder in Form von Lizenzgebühren mittelbar dem Berechtigten zugutegekommen wäre. Sie kann jedoch - wie der BGH ausdrücklich ausgeführt hat - indizielle Bedeutung vor allem auf einem engen Markt haben. Gleiches gilt für die Umsätze.

Informationen über das Bundesland des Sitzes des jeweiligen Käufers können angesichts der Tatsache, dass die Parteien in unmittelbarer Nachbarschaft residieren, für die Berechnung des entgangenen Gewinns relevant sein, da denkbar ist, dass im Hinblick auf die Kausalität entsprechend zu differenzieren ist. Die Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer sind zu Kontrollzwecken erforderlich.

Die Gewinne sind jedoch nicht auskunftspflichtig, da nicht erkennbar ist, inwieweit diese der Berechnung des entgangenen Gewinns der Klägerin dienen können. Soweit die Klägerin eingewendet hat, der Verkaufspreis sei notwendig, um erkennen zu können, welches Preissegment von Whirlpools betroffen sei, teilt der Senat dies. Die Angabe des Einkaufspreises hingegen ist hierfür nicht erforderlich.

Der Umfang der getätigten Werbung kann der Bezifferung des eigenen Schadens dienlich sein. Hat die Beklagte beispielsweise in gleichen Medien oder im selben Zeitraum wie der Klägerin Werbung geschaltet, können solche Angaben erforderlich sein, um den eigenen Schaden der Klägerin zu beziffern.

e) Die Auskunftsverteilung ist für die Beklagte auch zumutbar, jedoch nur bei Aufnahme eines Wirtschaftsprüfervorbehaltes.

(1) Die Zumutbarkeit hängt wesentlich davon ab, ob das Geheimhaltungsinteresse des Verletzers oder das Aufklärungsinteresse des Verletzten überwiegt. Ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Verletzers kann sich insbesondere aus Wettbewerbsgründen ergeben, etwa, weil die Parteien Wettbewerber sind und der Verletzte die mitgeteilten Daten im Wettbewerb zum Nachteil des Verletzers verwenden kann. Bei der Abwägung sind aber auch übergeordnete Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen, z.B. daran, dass Verstöße mit Auswirkungen auf die Volksgesundheit unterbunden werden (BGH GRUR 2001, 841, 843 - Entfernung der Herstellungsnummer II). Für die Abwägung gilt: Grundsätzlich hat es sich der Verletzer selbst zuzuschreiben, wenn er Daten aus seinem Bereich offenlegen muss (BGH GRUR 1996, 78, 79 - Umgehungsprogramm). Das aus Wettbewerbsgründen an sich berechtigte Interesse des Verletzers an der Geheimhaltung einer Bezugsquelle oder eines Vertriebswegs (z.B. beim Vertrieb von Waren mit unzulässig entfernter Kontrollnummer oder von nachgeahmten Waren) oder an seiner Kalkulation hat daher grundsätzlich gegenüber dem Interesse des verletzten Herstellers zurückzutreten, wenn dieser auf die Angaben angewiesen ist, um seinen Schaden zu berechnen (BGH GRUR 2006, 419 Rn 17 - Noblesse). Darauf, ob die Rechtsposition des Berechtigten empfindlich beeinträchtigt würde, wenn die Verlet-

zung nicht unterbunden wird, kommt es nicht an (BGH GRUR 2001, 841, 843 - Entfernung der Herstellungsnummer II). Bei wettbewerblich sensiblen Daten - z.B. über Kunden - hat das Geheimhaltungsinteresse des Verletzers allerdings Vorrang, wenn die Nachteile der Auskunft für den Verletzer außer Verhältnis zum Wert der Auskunft für den Verletzten stehen (BGH GRUR 1991, 921, 924 - Sahnesiphon; BGH GRUR 1994, 635, 636 - Pulloverbeschriftung; BGH GRUR 2006, 419 Rn 14 - Noblesse).

(2) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sieht der Senat die Auskunftspflicht nur bei Einräumung eines Wirtschaftsprüfervorbehaltes als zumutbar an. Es handelt sich zwar nur um einen geringwertigen Wettbewerbsverstoß, was u.a. dadurch dokumentiert ist, dass die Beklagte den Registrierungsantrag bereits gestellt hatte. Indes ist zu berücksichtigen, dass es sich um unmittelbare Wettbewerber auf einem engen Markt handelt, die noch dazu in unmittelbarer Nachbarschaft ihren Sitz haben, so dass sich die Kundenkreise nicht nur im Internet, sondern auch vor Ort überschneiden.

In Anbetracht dieser Umstände hat der Senat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, einen Wirtschaftsprüfervorbehalt auszusprechen.

Ein Vorrang etwaiger Geheimhaltungsinteressen des Schuldners kann durch einen sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt berücksichtigt werden. Er ermöglicht dem Schuldner, Angaben, deren Offenbarung gegenüber dem Gläubiger als seinem Mitbewerber ihm nicht zumutbar ist, nach seiner Wahl statt gegenüber dem Verletzten selbst gegenüber einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person, in der Regel einem Wirtschaftsprüfer, zu machen, der seinerseits ermächtigt ist, bestimmte Anfragen des Verletzten zu beantworten. Ein solcher Wirtschaftsprüfervorbehalt, aufgrund dessen der Auskunftsberechtigte die zur Durchsetzung seines Anspruchs erforderlichen Angaben nicht selbst erhält und sie nur in einem beschränkten Umfang nachprüfen kann, kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht und setzt ein gegenüber dem Interesse des Gläubigers an der Durchsetzung seines Anspruchs deutlich überwiegendes Geheimhaltungsinteresse des Schuldners voraus. Die Umstände, die die höhergewichtigen Belange begründen, hat der Schuldner aber darzulegen und zu beweisen.

Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte den Vorbehalt weder in erster noch in zweiter Instanz ausdrücklich beantragt hat. Der Vorbehalt kann grundsätzlich von Amts wegen geschehen (vgl. BGH GRUR 1980, 227, 233 - Monumenta Germaniae Historica). In zweiter Instanz hat die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht hierzu jedoch vorgetragen. So sind die Parteien nicht nur unmittelbare, sondern sind auch noch stationär Wettbewerber, weil sie in unmittelbarer Nähe residieren. Dies intensiviert die Wettbewerbssituation auf dem engen Markt hochpreisiger Whirlpools noch einmal, da davon auszugehen ist, dass derart hochwertige Geräte in der Regel nicht ohne Besuch des Ladengeschäfts abgewickelt werden.

3. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folgt aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG (a.F.).

Entgegen der Auffassung der Beklagten war die Abmahnung auch berechtigt, obwohl ein anderer Wettbewerber - wovon die Klägerin Kenntnis hatte - bereits eine einstweilige Verfügung gegen die Beklagte erwirkt hatte. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung - und damit auch die Erforderlichkeit der Abmahnung - stehen nicht in Frage, wenn und soweit eine bereits erlassene einstweilige Verfügung auslegungsfähig ist und ernsthafte Zweifel vorliegen, ob die nunmehr beanstandete Verletzungshandlung gegen den vorhandenen Unterlassungstitel verstößt (OLG Köln, Urteil vom 24.8.2012 - 6 U 72/12 = BeckRS 2012, 19761). So verhielt es sich hier. Es war unklar, ob das Verhalten des Beklagten durch den eingefügten Disclaimer vom bereits bestehenden Unterlassungstitel erfasst war.

4. Der von der Beklagten erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB greift nicht durch.

Die Vertretung eines anderen Wettbewerbers der Beklagten durch denselben Prozessbevollmächtigten ist hierfür nicht ausreichend. Ob die Klägerin die Anzeige beim Umweltbundesamt gestellt hat, ist nach den Ausführungen der Beklagten spekulativ. Im Übrigen würde auch diese - auch in der Gesamtschau - den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht tragen. Die erneute Abmahnung trotz Vorliegen einer Dritunterwerfung ist - wie oben ausgeführt - als Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht geeignet.

5. Soweit die Beklagte schließlich die Einrede der Verjährung erhebt, da der Verstoß der Beklagten der Klägerin schon länger bekannt gewesen sei und daher Verstöße, die weiter als sechs Monate vor der Klageerhebung begangen worden seien, nach § 11 Abs. 1 UWG verjährt seien, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es sich um ein Dauerdelikt handelt, dessen Verjährung hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs nicht beginnen kann, solange der Eingriff noch fort dauert (BGH GRUR 2003, 448, 450 - Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft).

Beim Schadensersatzanspruch und dem Auskunftsanspruch gilt dies nicht, weil die Fortdauer der Handlung fortlaufend neue Schäden und damit neue Ersatzansprüche erzeugt. Diese Ansprüche sind vergangenheitsbezogen und haben jeder für sich ihre wirtschaftliche Bedeutung. Daher ist es gerechtfertigt, für den Beginn der Verjährungsfrist an den Zeitpunkt der einzelnen Handlung anzuknüpfen, die Dauerhandlung also zeitlich in Teilakte (d.h. in Tage) aufzuspalten, für die dann jeweils eine gesonderte Verjährungsfrist läuft (BGH GRUR 2015, 780, Tz 23 - Motorradteile; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schulz, 4. Aufl. 2016, UWG § 11 Rn 80-84).

Allerdings ist Verjährung hier nicht eingetreten, da sie nach § 11 Abs. 2 UWG erst in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Klägerin von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erhalten hat.

Auf die Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters (z.B. Rechtsanwälte) kommt es bei § 11 UWG grundsätzlich nicht an (BGH NJW 2014, 1294 Rn 15; BGH WRP 2016, 958 Rn 61 - Freunde finden). Die Kenntnis des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, der auch die Whirlpool World One hinsichtlich des ersten Verstoßes vertreten hatte, ist danach nicht relevant.

6. Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz der Beklagten vom 11.05.2021 war gem. § 296a ZPO nicht zu berücksichtigen. Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO bestand nicht.

7. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO.

Die Einräumung des Wirtschaftsprüfervorbehalts hat keine Kostenfolge. Wird einem (unbeschränkt gestellten) Auskunftsantrag nur mit einem Wirtschaftsprüfervorbehalt stattgegeben, so liegt darin keine Teilabweisung, die zu einer Kostenbelastung des Klägers führt. Es handelt sich insoweit nicht um ein Minus gegenüber dem normalen Auskunftsbegehren, sondern lediglich um eine nach § 242 BGB gebotene Modifizierung.

Das Teilunterliegen der Beklagten fällt nach § 92 Abs. 2 ZPO nicht ins Gewicht.

Die Zulassung der Revision war nicht erforderlich. Insbesondere die Problematik des Schutzzwecks der Norm bei Schadensersatzansprüchen aus UWG ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt.

Nöhre

Dr. Meckel

Dr. Hasse