



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:

5 U 105/06

408 O 184/06

Verkündet am:

20. Dezember 2006

Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

O.. K.....,

.....,

..... Borgholzhausen

- Antragsteller und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte S.....&
.....,Hamburg
.....

g e g e n

B..... GmbH,

vertreten durch die Geschäftsführerin B.....S.....-K.....,

.....,

.....Neustadt

- Antragsgegnerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte B....., F....., T.....&
....., Neustadt an der Weinstraße
(.....)

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **5. Zivilsenat**, durch die Richter

Betz, Rieger, Dr. Koch

nach der am 13. Dezember 2006 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Tie

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 8 für Handelssachen, vom 28.4.2006 (408 O 184/06) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Parteien handeln im Wege des Fernabsatzes mit Kontaktlinsen und Kontaktlinsenpflegemittel (Anlage Ast 1, Ast 2).

Die Antragsgegnerin verwendete dabei die aus der Anlage Ast 2 ersichtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen es unter Ziffer 3 („Umtauschrecht“) auszugsweise wie folgt heißt:

„Es gilt das gesetzliche Rückgaberecht und Umtauschrecht innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Ware (laut Poststempel). Dieses gilt für Rücksendungen in ungeöffneten Originalverpackungen.

Wir nehmen ausschließlich frankierte Rücksendungen an. Entstandene Kosten werden wir Ihnen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erstatten. Nach Absprache senden wir Ihnen per Post einen Rücksendeschein zu.“

Der Antragssteller ist der Auffassung, dass die AGB- Bestimmungen im Hinblick auf verschiedene Regelungen wettbewerbswidrig sind. Er erwirkte die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 15.3.2006, mit welcher der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel u.a. verboten wurde,

„bei der Tätigkeit im Fernabsatz Kontaktlinsenpflegemittel und/oder Kontaktlinsen anzubieten und/oder zu verkaufen bzw. anbieten und/oder verkaufen zu lassen,

a) wenn und soweit das fernabsatzrechtliche Widerrufs- und Rückgaberecht für Verbraucher beschränkt wird auf ungeöffnete Originalverpackungen

und/oder

b).....

wie geschehen auf dem Online-Marktplatz e.... im Zusammenhang mit den Angeboten unter der Artikelnummer 7593001699 und 7598292040 gemäß Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin (Anlage Ast 2).“

Auf den Widerspruch der Antragsgegnerin bestätigte das Landgericht Hamburg mit Urteil vom 28.4.2006 die einstweilige Verfügung. Auf den Inhalt des Urteils wird wegen der Einzelheiten auch zur Ergänzung des Tatbestandes verwiesen.

Die Antragsgegnerin wiederholt und vertieft mit ihrer fristgerecht eingelegten (Teil-)Berufung ihr erstinstanzliches Vorbringen. Bei den von ihr vertriebenen Kontaktlinsen und Kontaktlinsenpflegemitteln handele es sich um Medizinprodukte nach § 3 Abs. 1 Medizinproduktegesetz (MPG). Nach § 4 MPG sei es verboten, Medizinprodukte in den Verkehr zu bringen, wenn der begründete Verdacht bestehe, dass die Sicherheit und die Gesundheit der Patienten, der Anwender oder Dritter bei sachgemäßer Anwendung, Instandhaltung und ihrer Zweckbestimmung entsprechenden Verwendung über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehend gefährdet wird. Sie gehe daher davon aus, dass die Kontaktlinsen und Kontaktlinsenpflegemittel nicht mehr in den Verkehr gebracht werden dürften, wenn die Originalverpackung geöffnet oder sogar beseitigt worden sei. Das Landgericht habe verkannt, dass Kontaktlinsen als Medizinprodukte nur in ordnungsgemäßer oder unbeschädigter Umverpackung mit dem entsprechenden Beipackzettel verkauft werden dürften. Die von ihm vertriebene Ware würde somit der Ausnahmegesetzgebung des § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB unterfallen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28.4.2006 (408 O 184/06) teilweise insoweit abzuändern, als der Antragsgegnerin mit der einstweiligen Verfügung des Landgerichts vom 15.3.2006 unter Anordnung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten worden ist,

bei der Tätigkeit im Fernabsatz Kontaktlinsenpflegemittel und/oder Kontaktlinsen anzubieten und/oder zu verkaufen bzw. anbieten und/oder verkaufen zu lassen,

a) wenn und soweit das fernabsatzrechtliche Widerrufs- und Rückgaberecht für Verbraucher beschränkt wird auf ungeöffnete Originalverpackungen,

und insoweit den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Antragssteller beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

Ergänzend wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Landgericht hat zu Recht im Umfang der (Teil-) Berufung die einstweilige Verfügung vom 15.3.2006 bestätigt. Der Antragssteller besitzt insoweit einen Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG iVm § 312 c Abs. 1 BGB iVm Art. 240 EGBGB iVm § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV. Zur Begründung verweist der Senat auf die überzeugenden Ausführungen in dem angegriffenen Urteil, die er sich ausdrücklich zu Eigen macht. Im Hinblick auf die Berufungsbegründung bleibt auszuführen:

1. Gegenstand des Verfügungstenors zu I a) ist das Verbot, im Fernabsatz Kontaktlinsenpflegemittel und/oder Kontaktlinsen anzubieten und/oder zu verkaufen bzw. anbieten und/oder verkaufen zu lassen, wenn und soweit das fernabsatzrechtliche Widerrufs- und Rückgaberecht beschränkt wird auf ungeöffnete Originalverpackungen, wie geschehen auf dem Online-Marktplatz e... im Zusammenhang mit den Angeboten unter der Artikelnummer 7593001699 oder 7598292040 gemäß Ziffer 3.) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin (Anlage Ast 2). Gegenstand des Verbots- tenors ist somit allein die konkrete Verletzungsform. Es ist damit allein darüber zu entscheiden, ob ein Widerrufs- oder Rückgaberecht in zulässiger Weise auf in ungeöffneter Originalverpackung zurückgesandte Ware beschränkt werden kann. Aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergibt sich, dass mit dem in Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen benutzten Begriff der „Originalverpackungen“ (zumindest auch) die jeweiligen Umverpackungen (Sekundärverpackungen) der von ihr vertriebenen Waren gemeint sind. Das von dem Landgericht ausgesprochene Verbot ist daher bereits dann begründet, wenn das Widerrufs- und Rückgaberecht des § 312 d Abs. 1 BGB nicht wirksam auf Waren in ungeöffneten Original (um-)verpackungen beschränkt werden kann.

2. Nach § 3, 4 Nr. 11 UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) das Marktverhalten zu regeln.

In den hier vorliegenden Fällen des Fernabsatzes hat der Unternehmer den Verbraucher nach § 312 c Abs. 1 BGB rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung solche Informationen zur Verfügung zu stellen, die in § 1 BGB-InfoV aufgezählt sind. Hierzu gehören auch Informationen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe (§ 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV). Nach § 312 d Abs. 1 BGB steht dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufs- oder Rückgaberecht zu. Dieses besteht nach § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB jedoch in den Fällen nicht, wenn die zu liefernden Waren nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder auf die persönlichen Verhältnisse des Kunden zugeschnitten oder aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind, schnell verderben können bzw. deren Verfalldatum überschritten würde.

Die Voraussetzungen des § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB liegen nach dem Vorbringen der Parteien nicht vor.

a. Festzuhalten ist zunächst, dass nach dem eigenen Verständnis der Antragsgegnerin der von ihr verwendeten streitgegenständlichen AGB-Bestimmung –wie es in der mündlichen Verhandlung nochmals bestätigt worden ist- das Widerrufs-/Rückgaberecht immer schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Kunde die Original(um)verpackung öffnet, um zu kontrollieren, ob es sich um die bestellten Kontaktlinsen oder das Kontaktlinsenpflegemittel handelt.

b. Eine solche Beschränkung des Widerrufs-/Rückgaberechts entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben des § 312 d BGB. Insbesondere sind entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin die Voraussetzungen des § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB nicht gegeben.

aa. Die hier in Streit stehenden Kontaktlinsen und –pflegemittel (und erst recht ihre Umverpackung) sind nicht nach Kundenspezifikationen angefertigt oder auf den Kunden zugeschnitten. Dieses ergibt sich bereits daraus, dass die Antragsgegnerin das Widerrufs-/Rückgaberecht für derartige Produkte in einer anderen Bestimmung des § 3 ihrer AGB ausschließt. Kontaktlinsen und Kontaktlinsenpflegemittel sind auch nicht verderblich bzw. bei ihnen besteht die Gefahr des Überschreitens eines Verfallsdatums innerhalb der Widerrufsfrist nicht. Denn dieses würde voraussetzen, dass die Antragsgegnerin an ihre Kunden alte, bereits über einen längeren Zeitraum gelagerte Waren an ihre Abnehmer übersendet, deren Verfallsdatum bereits in der gesetzlichen Widerrufsfrist erreicht wird. Hierfür ist seitens der Antragsgegnerin nichts vorgetragen worden.

bb. Die Antragsgegnerin beruft sich deshalb in Sonderheit darauf, dass die Kontaktlinsen und Kontaktlinsenpflegemittel Medizinprodukte im Sinne von § 3 Medizinproduktegesetz (MPG) seien. Nach § 3 Ziffer 1 MPG sind Medizinprodukte –ähnlich wie Arzneimittel- zur Anwendung beim Menschen zum Zwecke der Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten bestimmt. Dieses wird für die hier vorliegenden Waren im Ergebnis zugunsten der Antragsgegnerin unterstellt werden können.

Nach § 4 Abs. 1 MPG ist es verboten, Medizinprodukte in den Verkehr zu bringen, wenn 1. der begründete Verdacht besteht, dass sie die Sicherheit und Gesundheit der Patienten, der Anwender oder Dritter bei sachgemäßer Anwendung und ihrer Zweckbestimmung entsprechender Verwendung über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehend gefährden oder 2. das Datum abgelaufen ist, bis zu dem eine gefahrlose Anwendung nachweislich möglich ist (Verfallsdatum).

Die Antragsgegnerin will diesen Bestimmungen entnehmen können, dass die von ihr vertriebenen Waren wegen der in § 4 MPG genannten Regeln nur in ungeöffneten Originalverpackungen zurückgegeben werden können, da sich andernfalls die genannten Gefahren realisieren könnten. Kontaktlinsen und –pflegemittel seien daher im Sinne von § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet. Das vermag schon daher nicht zu überzeugen, da bei Öffnen der Umverpackungen die sich in Blistern befindlichen Kontaktlinsen bzw. in Flaschen befindlichen Kontaktlinsenpflegemittel unter hygienischen Gesichtspunkten nicht beeinträchtigt wer-

den können. Dieses könnte erst dann der Fall sein, wenn auch die Blister geöffnet und zB. die Kontaktlinsen ausprobiert oder die Kontaktlinsenpflege-Behältnisse geöffnet würden. Um das Öffnen der Blister und das Ausprobieren der Kontaktlinsen bzw. das Öffnen der Kontaktlinsenpflegemittel-Behältnisse geht es der Antragsgegnerin nach dem Verfügungsantrag aber nicht allein. Sie will unter Berufung auf die Ausnahmevorschrift des § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB das Widerrufs- und Rückgaberecht bereits dann ausschließen, wenn lediglich die Umverpackung geöffnet worden ist. Hierdurch können sich die in § 4 MPG beschriebenen Gefahren unstreitig nicht verwirklichen.

cc. Die Fälle der geöffneten (Original-)Umverpackung sind auch nicht gleichzustellen mit den in § 312 d Abs. 4 Nr. 2 BGB genannten Fällen der Lieferung von versiegelter Software nach Bruch des Siegels. Die Antragsgegnerin hat auch über die bloße Behauptung hinaus nichts substantiiert dafür vorgetragen, dass ihr hohe Aufwendungen dadurch entstehen würden, die Waren neu- oder umzuverpacken. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Antragssteller unbestritten vorgetragen hat, dass auch Arzneimittel über den Fernabsatz vertrieben werden können und es keine gesetzlichen Regelungen gibt, die das Öffnen der Umverpackungen im Falle des Fernabsatzes verbieten.

c. Die Vorschriften des § 312 c BGB iVm mit der BGB-InfoV beinhalten Regelungen, die im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten der Marktteilnehmer zu regeln. Dieses folgt bereits daraus, dass die Informationen dem Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung von dem Unternehmer erteilt werden müssen (§ 312 c Abs. 1 Satz 1 BGB).

d. Auch die Voraussetzungen des § 3 UWG sind vorliegend gegeben. Der Wettbewerbsverstoß der Antragsgegnerin ist geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Dieses folgt aus der besonderen Bedeutung der Informationspflichten und deren Erfüllung seitens des Unternehmers beim Warenkauf im Fernabsatz auf das Marktgeschehen insgesamt, aber auch konkret aus dem für den Verbraucher wichtigen Instrument des Widerrufs bzw. der Rückgabe der Ware. Nur mit diesen rechtlichen Instrumenten kann dem wichtigen Prüfungsrecht des Verbrauchers (arg. § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB) angemessen Rechnung getragen werden. Ein Verstoß gegen diese Informationspflichten stellt somit eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Verbrauchers dar. Weitergehend ist zu berücksichtigen, dass durch die für die Antragsgegnerin sehr günstigen Regelungen des Widerrufs- und Rückgaberechts auf die Mitbewerber ein ganz erheblicher Nachahmungszwang ausgeht oder ausgehen kann, die bei einer gesetzestreuen Regelung und Durchführung des Rückgaberechts möglicherweise entstehenden Kosten ganz anders bei der Preisbildung zu berücksichtigen haben. Hierfür spricht die Behauptung der Antragsgegnerin, dass ihre Regelungen in ihrem Marktsegment allgemein üblich seien.

e. Die für die Begründetheit des Unterlassungsanspruches erforderliche Wiederholungsgefahr wird vermutet.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Betz

Rieger

Koch