

SCHUMACHER & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Schumacher & Partner, Breite Straße 27, 40213 Düsseldorf

Bezirksregierung Köln
z.Hd. Herrn Goeble
Zeughausstr.2 – 10

50667 Köln

Vorab per Telefax: (0221) 1474244

Datum: 20.12.2010
Unser Zeichen: 1420/10 RK-HD

Ansprechpartner: Robert W. Kubach
Sekretariat: Frau Lucas

In Sachen

DTG Trading GmbH – Heatball

nehmen wir im Rahmen des Anhörungsrechtes unserer Mandantin gem. § 28 VwVfG zu dem von Ihnen beabsichtigten Erlass einer Ordnungsverfügung, die das Inverkehrbringen vorbenannter Heatballs innerhalb Deutschlands und der EU unter Androhung eines Zwangsgeldes vorsehen wird, wie folgt Stellung:

Die Bezirksregierung geht aufgrund der Prüfergebnisse des VED Prüf- und Zertifizierungsinstitutes davon aus, es handele sich bei den Heatballs um Haushaltslampen im Sinne der EG Verordnung 244/2009.

1. In dieser Annahme geht sie indes fehl. Das vorgelegte Prüfergebnis trifft an keiner Stelle eine Aussage über die Frage, ob Heatballs Glühlampen im Sinne der EG Verordnung sind.

Die erzielten Ergebnisse sollen diesseits überhaupt nicht in Frage gestellt werden.

Die Bezirksregierung ist in diesem Zusammenhang aber schon von falschen Grundvoraussetzungen ausgegangen, indem sie die Prüfergebnisse auf Glühlampen bezog, obwohl es sich bei den

FRANZ SCHUMACHER
Rechtsanwalt (bis 2005)

VOLKER HENN-ANSCHÜTZ
Rechtsanwalt

RALF HAMANN
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

DR. ROBERT W. KUBACH
Rechtsanwalt

RALF BEDNAREK, LL.M.
Rechtsanwalt

MICHAEL BUSCH
Rechtsanwalt

DANICA STANOJEVIC
Rechtsanwältin, Wirtschaftsmediatorin (IHK)

DANIEL BRNCIC
Rechtsanwalt

CAROLINE WEGENER
Rechtsanwältin

ANNEKATRIN DONATH, LL.M.
Rechtsanwältin

KATJA BERTMANN, LL.M.
Rechtsanwältin

BERND A. SCHEIDERBAUER
Rechtsanwalt

ROGER GAUFNY
Rechtsanwalt

JULIA KNAEBEL
Rechtsanwältin

REZZAN GÜZEL
Rechtsanwältin

GEBHARD LINGEL
Rechtsanwalt

DÜSSELDORF

Breite Straße 27
40213 Düsseldorf
Tel. 0211/863224-0
Fax 0211/863224-99
LG Düsseldorf Fach 290

STANDORTE

Düsseldorf
Berlin
Hamburg
Essen
München
Köln
Stuttgart

KOOPERATIONEN

SCHUMACHER & PARTNER
Rechtsanwälte Notare
Steuerberater, Essen

SCHUMACHER & PARTNER
Marcelo Corrales, LL.M.
Abogado, Paraguay

Ust.Id.-Nr. DE234900109

www.schumacherundpartner.de

Schumacher & Partner Düsseldorf
ist eine eingetragene Partnerschaft,
Amtsgericht Essen unter PR 1987

Volksbank Düsseldorf Neuss eG
National-Bank AG
Stadtsparkasse Düsseldorf

Konto Nr. 210 247 1027
Konto Nr. 141 09 62
Konto Nr. 100 229 29

BLZ 301 602 13
BLZ 360 200 30
BLZ 300 501 10

Heatballs gerade nicht um Glühlampen im Sinne der EG Verordnung und damit auch nicht um Haushaltslampen handelt. Die reine Projektion der erzielten technischen Ergebnisse auf die Wertung der Bezirksregierung, Heatballs seien Glühlampen, kann aber nicht zur Begründung eines Verbots des Inverkehrbringens der Heatballs führen, da diese tatsächlich gerade keine Glühlampen im Sinne der EG Verordnung sind. Ebenso hätte die Bezirksregierung auch andere Kleinzeigergeräte wie Radiatoren an der EG Verordnung 244/2009 prüfen können und das VDE-Institut wäre aller Voraussicht nach zum selben Ergebnis gekommen, wonach die Voraussetzungen der Verordnung nicht vorliegen. Der Heatball fällt insoweit gerade nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung, anhand derer die Prüfung erfolgt ist.

Der Heatball mag zwar optisch einer Glühbirne sehr ähnlich sehen. Der wesentliche und entscheidende Unterschied zu einer Glühbirne besteht aber in dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Heatballs, der ausschließlich zum Heizen bestimmt ist. Der Verwendungszweck lässt sich auch der Verpackung, auf der der Begriff „Heizelement“ verzeichnet ist, entnehmen (**Anlage 1**).

Aus Ziff. 5 der Begründung der EG VO ergibt sich, dass diese gerade nicht auf die Beschaffenheit eines Produktes abstellt, sondern auf dessen Verwendungszweck. So heisst es im Einzelnen:

„Die von der Verordnung erfassten Produkte sind im Wesentlichen zur alleinigen oder zusätzlichen Beleuchtung von Räumen im Haushalt bestimmt, d.h. dazu, durch Ersatz oder Ergänzung des Tageslichtes durch künstliches Licht die Sichtverhältnisse in einem Raum zu verbessern. Speziallampen (...) sollten von dieser Verordnung nicht erfasst werden.“

Der Heatball ist demnach seinem Verwendungszweck nach schon nicht von der VO erfasst.

Das angeführte Prüfergebnis kann zu keiner anderen Beurteilung führen, gerade weil hier die Prüfstelle den Heatball entgegen seinem eigentlichen Verwendungszweck nach Vorgabe durch die Bezirksregierung von vornherein als Glühlampe betrachten sollte/musste und auch unter dieser Prämisse der Prüfung unterzogen hat.

Da der Heatball entgegen der Definition in Art.2 Ziff.3 auch nicht zur Raumbelichtung im Haushalt bestimmt ist, stellt dieser wiederum auch keine Haushaltslampe dar.

Der Heatball dient nicht, wie in Art.2 Ziff.1 EG VO beschrieben, der alleinigen Beleuchtung eines Raumes im Haushalt, da er lediglich bis zu 5% Licht produziert, während der weit überwiegende Teil von 95% Wärmeergebnis sind (**Anlage 2**). In diesem Zusammenhang wurde der Heatball auch durch das zuständige Zollamt in die Kategorie 8516.2999 eingestuft, welche für Heizgeräte

steht und in Zusammenhang mit der Lieferung der ersten Tranche problemlos zum Inverkehrbringen in den freien Verkehr freigegeben wurde (**Anlage 3**).

Das ebenfalls von der Bezirksregierung in Bezug genommene Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte, konkret §4 EBP, kann demnach keine Anwendung finden, denn Durchführungsvorschrift wäre hier entsprechend §2 Abs.3 Nr.1 EBP die EG Verordnung selbst oder aber eine Rechtsverordnung der Bundesregierung nach §3 EBP (§2 Abs.3 Nr.2 EBP). Da die EG Verordnung hier, wie bereits erläutert, nicht greift, eine Rechtsverordnung als Durchführungsvorschrift nicht in Bezug genommen wird, ist auch §4 EBP, der ausdrücklich nur für energiebetriebene Produkte, welche von einer Durchführungsvorschrift erfasst werden, gilt, hier nicht einschlägig.

2. Allenfalls angenommen werden könnte vorliegend eine Einstufung als Speziallampe. Laut Definition des Art.2 Ziff.3 ist eine Speziallampe

„eine Lampe, die aufgrund ihrer technischen Eigenschaften oder laut der ihr beigefügten Produktionformation nicht zur Raumbeleuchtung im Haushalt geeignet ist“.

Die Verpackung des Heatballs zeigt in diesem Zusammenhang eindeutig durch den Aufdruck „Heizelement“, dass der Heatball nicht zur Raumbeleuchtung im Haushalt geeignet ist. Vielmehr bietet sich – wenn man den Heatball als Leuchtelement einstufen möchte – der Vergleich mit einer Infrarotlampe an, welche ebenfalls als Speziallampe einzustufen ist.

Auffällig ist zudem, dass jedermann im Internet, auch im Zuständigkeitsbereich der Bezirksregierung Köln, von der Firma Osram oder Philips 100 Watt „Glühlampen“ als Speziallampen erwerben kann. Unsere Mandantin hat über den Onlineshop www.spezial-leuchtmittel.de zwei Produkte erworben. Eine Osram Signal-Lampe, welche von der technischen Grundlage dem Heatball sehr ähnlich ist. Diese Lampe wird als Speziallampe über die Seite beworben. Die Firma Philips bewirbt eine 100 Watt Lampe sogar als Normallampe. Der unerhebliche Unterschied zum Heatball besteht darin, dass es sich bei der Philipslampe um eine stoßfeste Normallampe handelt (**Anlagenkonvolut 3**). Da letztendlich aber keine wesentlichen Unterschiede in technischer Hinsicht zwischen den bestellten „Lampen“ und einem Heatball bestehen, müsste der Heatball Ihrerseits konsequenterweise wenn ebenfalls als Speziallampe bewertet werden. Eine andere Bewertung oder Behandlung widerspricht dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Desweiteren würde der Heatball bzw. unsere Mandantin direkt diskriminiert, wenn lediglich den Firmen Osram und Philips gestattet wird, 100 Watt Speziallampen in den Verkehr zu bringen, aber unserer Mandantin nicht erlaubt wird, Kleinheizgeräte anzubieten. Gleiches würde im Sinne des Art. 3 GG von Seiten der Bezirksregierung ungleich behandelt werden.

Wenn aber der Heatball eine Speziallampe ist, so sollte er ausweislich Nr.5 der Gründe der EG Verordnung 244/2009 nicht von dieser erfasst werden.

3. Weiterhin von der Bezirksregierung völlig verkannt wurde der Sinn und Zweck des Vertriebes der Heatballs. Diese sind als **Aktionskunst** schon gar nicht vom Schutzzweck der EG Verordnung, konkret den Verbraucher vor dem Inverkehrbringen verbotener Glühbirnen zu schützen, erfasst.

Heatballs sind nicht dazu konzipiert, dem Endverbraucher als Ersatz einer nunmehr durch die EG Verordnung verbotenen Glühlampe zu dienen. Charakteristikum des Heatballs ist seine Eigenschaft als von Art. 5 Abs.3 GG geschütztes Kunstobjekt. Unsere Mandantin hat durch die Wahl der Form des Heatballs und dessen weiteren Erscheinungsbildes ein Objekt gewählt, durch welches sie vordergründig versucht, an dem Sinngehalt der EG Verordnung Kritik zu üben und eine Diskussion über vernunftgesteuerte Umweltpolitik in Gang zu setzen.

Der Heatball ist keine Glühlampe, sondern ein Synonym für den Aufruf, der Bevölkerung möge durch Hinterfragen der Notwendigkeit solcher vermeintlich dem Schutz der Umwelt verschriebener EG Verordnungen „ein Licht aufgehen“, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Schutz der Regenwälder weiterhin nicht mit der entsprechenden Notwendigkeit verfolgt werde, während der Einsatz sog. Energiesparlampen den vermehrten Gebrauch umwelt- und gesundheitsschädlichen Quecksilbers fördere.

Auf den Kunstcharakter macht unsere Mandantin dann auch mehr als deutlich im Rahmen ihres Verkaufskonzeptes aufmerksam, nicht zuletzt auch durch den Hinweis, dass 0,30 € des Verkaufserlöses einem Spendenprojekt zum Schutze des Regenwaldes zufließen.

Auch wird der Heatball auf der Homepage unserer Mandantin wie folgt beschrieben (vgl. **Anlage 4**, Auszug der Homepage):

„Die beste Erfindung seit der Glühbirne! Heatballs sind technisch der klassischen Glühbirne sehr ähnlich, nur dass sie nicht zur Beleuchtung gedacht sind, sondern zum Heizen.“

(...)

„Der sinnvolle Einsatz von Ressourcen ist wichtig, damit unsere Erde auch für künftige Generationen ein guter Lebensraum bleibt. Helfen wir unseren Kindern wirklich, wenn wir Glühlampen verdammen und den Regenwald abholzen?“

Besonders wird der Kunstcharakter durch folgende Aussagen betont und verdeutlicht:

„Ein Heatball ist ein elektrischer Widerstand, der zum Heizen gedacht ist. Heatball ist Aktionskunst! Heatball ist Widerstand gegen Verordnungen, die jenseits aller demokratischen und parlamentarischen Abläufe in Kraft treten (...).“

„Der Wirkungsgrad ist das Verhältnis von Nutzen zu Aufwand. Die zugeführte elektrische Energie ist der Aufwand, Wärme ist der Nutzen, das austretende Licht ist der Verlust. Der Heatball hat damit einen Wirkungsgrad von 95% Der Wirkungsgrad liegt sehr hoch und das Kunstwerk "Heatball" wäre in der Effizienzklasse A.“

Durch letztere, ausschließlich satirisch geprägte Aussage sucht unsere Mandantin zu verdeutlichen, dass die der EG Verordnung zugrundegelegten Werte der gefertigten Energiebilanz einzig dahingehend genutzt wurden, mögliche CO² - Einsparungen zu errechnen, während die von Glühlampen erzeugte Wärme vollkommen unberücksichtigt blieb, obwohl gerade in Passivhäusern, die in der Bundesrepublik immerhin in den Folgejahren Baustandart sein sollten, die Nutzung der Abwärme der Beleuchtung besonders effizient wäre.

Insofern dürfte auch keiner der Endverbraucher davon ausgehen, dass es sich bei dem von ihm erworbenen Objekt um eine haushaltsgebräuchliche Glühlampe handele.

Soweit nunmehr die Bezirksregierung unter Berücksichtigung vorstehender Tatsachen auch künftig davon ausgeht, es handele sich bei den Heatballs um Glühbirnen und den Erlass angekündigter Ordnungsverfügung anstrebt, so soll weiterhin darauf aufmerksam gemacht werden, dass unter dem Gesichtspunkt der Kunstfreiheit, geschützt durch Art.5 Abs.3 GG, die angedachte Ordnungsverfügung unverhältnismäßig gegenüber unserer Mandantin ist.

Unsere Mandantin hat im Vertrauen auf ihre Rechte aus Art.5 Abs. 3 GG, aber auch im Vertrauen auf die bereits im Zuge des Imports der ersten Tranche der Heatballs existente Einfuhrgenehmigung des Zolls Aachen, dessen Mitarbeiter am 8.03.2010 die vorstehenden Tatsachen ausführlich durch unsere Mandantin geschildert wurde, an ihrem Projekt festgehalten und eine zweite Tranche bestellen lassen. In diesem Zusammenhang sind ihr Verbindlichkeiten entstanden, die es ihrerseits durch den Verkaufserlös der Heatballs auszugleichen gilt. Sollte dies aufgrund des Erlasses einer Ordnungsverfügung nicht möglich sein, so droht unserer Mandantin möglicherweise die Insolvenz.

Es wird in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass ein zeitlich unabsehbarer Vertrieb der Heatballs von unserer Mandantin nie beabsichtigt war. Da es sich um eine Kunstaktion handelt, sollte lediglich einmalig auf eventuell vorhandene Defizite in der Umweltpolitik der EG aufmerksam gemacht werden. Unsere Mandantin hat dies nicht als geschäftliche Aktivität ihrerseits angesehen, sondern als persönlichen Auftrag im Rahmen von Kunst- und Meinungsfreiheit. Eine zweite und letzte Tranche wurde ausschließlich in Auftrag

gegeben, um diese Aktion einer breiteren Masse zugänglich machen zu können. Dies vor dem Hintergrund, dass die Aktion einen solchen Erfolg hatte, dass zwischen dem 1.04.2010 und dem 3.10.2010 bereits 4.000 Heatballs verkauft wurden. Von der zeitlichen Begrenzung der Aktion wurde die Bezirksregierung dann auch am 10.11.2010 von unserer Mandantin unterrichtet, wie im Übrigen auch über alle weiterhin entscheidungserheblichen Tatsachen, insbesondere Konformitätserklärung und die entsprechende Untersuchung, den Antrag auf ein zolltechnisches Gutachten zu Heatball bei dem Zoll Hannover sowie die Ankündigung der Lieferung der zweiten Tranche unter Versicherung, diese nicht zu verwenden, bis die juristischen Fragen rund um Heatball geklärt seien.

Der von der Bezirksregierung beabsichtigte Erlass einer das Inverkehrbringen von Heatballs verbietenden Ordnungsverfügung wäre demnach aus jedem Gesichtspunkt rechtswidrig.

Sofern die Bezirksregierung an ihrer derzeitigen Rechtsauffassung festhält, wird der hiesige Streit voraussichtlich zur gerichtlichen Überprüfung gestellt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Kubach
Rechtsanwalt