



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### VERSÄUMNISURTEIL

I ZR 17/22

Verkündet am:  
23. März 2023  
Hemminger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

Aminosäurekapseln

UWG aF § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4; PAngV aF § 2 Abs. 1; ZPO § 559 Abs. 1 Satz 1, § 555 Abs. 1 Satz 1, § 331 Abs. 1 Satz 1; RVG § 15 Abs. 2; BGB §§ 677, 683 Satz 1, §§ 670, 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2

- a) Das vom Tatgericht ermittelte Verkehrsverständnis, nach dem Aminosäureprodukte in Kapselform in Fertigpackungen nach Gewicht angeboten werden und dies die Pflicht zur Angabe des Grundpreises nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF auslöst, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.
- b) § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstrittig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (Bestätigung u.a. von BGH, Urteil vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130 [juris Rn. 13]; Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 273/14, GRUR 2017, 541 [juris Rn. 44] = WRP 2017, 579 - Videospiele-Konsolen III). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann sich die Unstreitigkeit neuer Tatsachen bei Säumnis des Revisionsbeklagten auch daraus ergeben, dass das Vorbringen des Revisionsklägers nach § 555 Abs. 1 Satz 1, § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO als zugestanden anzusehen ist.
- c) Werden 25 wortlautidentische Abmahnungen wegen Verstößen gegen die aus § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF folgende Pflicht zur Grundpreisangabe an Mitbewerber versandt, ist dies nicht als eine Angelegenheit im Sinne von § 15 Abs. 2 RVG anzusehen, wenn zwischen den

ECLI:DE:BGH:2023:230323UIZR17.22.0

zugrundeliegenden, in ihrer rechtlichen Qualifikation gleichartigen konkreten Wettbewerbs-handlungen kein innerer Zusammenhang besteht (Fortführung von BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 150/18, GRUR 2019, 1044 [juris Rn. 24 bis 33] = WRP 2019, 1475 - Der Novembermann).

- d) Für die Frage, ob ein Gläubiger die Kosten für ein Abschlusschreiben nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder als Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung einer Aufklärungspflicht vom Schuldner verlangen kann, kommt es darauf an, ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Entfaltung kostenauslösender Tätigkeiten für die Erstellung des Abschlusschreibens durch den Gläubiger bereits den Entschluss zur Einlegung des Widerspruchs gefasst hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22, juris Rn. 18 bis 28 - Kosten für Abschlusschreiben III).

BGH, Versäumnisurteil vom 23. März 2023 - I ZR 17/22 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2022 durch den Richter Feddersen, die Richterinnen Dr. Schwonke, Pohl und Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 3. Zivilsenat - vom 20. Januar 2022 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Klageanträge zu 2 (Kosten für Abschlusschreiben) und 3 (Unterlassungsantrag) zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Landgerichts Hamburg - Kammer 16 für Handelssachen - vom 26. März 2021 teilweise abgeändert und der Klageantrag zu 3 abgewiesen. Im übrigen Umfang der Aufhebung (Klageantrag zu 2) wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger vertrieb Nahrungsergänzungsmittel, darunter Aminosäureprodukte, über von ihm betriebene Ladengeschäfte sowie über den Online-Handel. Der Beklagte betreibt eine Apotheke und bietet unter anderem Aminosäureprodukte in Kapselform über seinen Onlinevertrieb zum Kauf an, ohne dabei den Grundpreis anzugeben.
- 2 Der Kläger mahnte den Beklagten und 24 weitere Wettbewerber mit wortlautidentischen Schreiben vom 5. Februar 2019 wegen der fehlenden Grundpreisangabe ab. In der Folge erwirkte er gegen den Beklagten eine einstweilige Verfügung, die diesem am 3. April 2019 zugestellt wurde, und forderte ihn mit Abschlusschreiben vom 18. April 2019 auf, die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung anzuerkennen. Der Beklagte gab keine Abschlusserklärung ab und legte mit Schriftsatz vom 18. April 2019 Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung ein. Noch vor Abschluss des Verfügungsverfahrens hat der Kläger das Hauptsacheverfahren eingeleitet. Er hat zuletzt beantragt, den Beklagten zur Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 887,03 € (Klageantrag zu 1) sowie zur Erstattung der Kosten für das Abschlusschreiben in Höhe von 887,03 € (Klageantrag zu 2) zu verurteilen. Außerdem hat er den Beklagten wegen der Bewerbung von Fertigpackungen mit Nahrungsergänzungsmitteln im Internet auf Unterlassung in Anspruch genommen, wenn dabei in unmittelbarer Nähe zum Gesamtpreis nicht auch der Grundpreis angegeben wird, wie dies aus der Anlage K2 ersichtlich ist (Klageantrag zu 3).
- 3 Das Landgericht (LG Hamburg, Urteil vom 26. März 2021 - 416 HKO 106/19, juris) hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Hamburg, GRUR 2022, 580). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der ordnungsgemäß geladene Kläger war im Termin zur

mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Der Beklagte hat beantragt, über sein Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Entscheidungsgründe:

4 A. Das Berufungsgericht hat die Klage als zulässig angesehen; insbesondere sei das Vorgehen des Klägers nicht rechtsmissbräuchlich. Die Klage sei auch vollumfänglich begründet. Dazu hat es im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch stehe dem Kläger zu. Zwischen den Parteien bestehe ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. In der fehlenden Grundpreisangabe liege ein Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung des § 2 Abs. 1 PAngV. Bei dem beworbenen Produkt handele es sich um eine Ware in einer Fertigpackung, die nach Gewicht angeboten werde. Ein Ausnahmetatbestand, der zu einer Befreiung von der Pflicht zur Angabe nach Gewicht führe, sei nicht gegeben. Der Verstoß sei auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Die Pflicht zur Angabe des Grundpreises gelte nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken als wesentlich.

6 Der Kläger habe auch einen Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten in der geltend gemachten Höhe. Bei den 25 vom Kläger wortlautidentisch ausgesprochenen Abmahnungen handele es sich nicht um eine Angelegenheit im Sinne von § 15 Abs. 2 RVG, weil sie nicht denselben Wettbewerbsverstoß betreffen. Auch die Kosten für das Abschlusschreiben könne der Kläger verlangen.

7 B. Über die Revision ist, da der Kläger trotz ordnungsgemäßer Ladung in der Revisionsverhandlung nicht vertreten war, auf Antrag des Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dabei beruht das Urteil inhaltlich teils auf der Säumnis des Beklagten, teils auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai

2022 - I ZR 69/21, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 10] = WRP 2022, 977 - Grundpreisangabe im Internet, mwN).

8 C. In Bezug auf den Unterlassungsantrag hat die Revision des Beklagten Erfolg und führt zur Klageabweisung (dazu unter C II). Soweit das Berufungsgericht dem Antrag des Klägers auf Ersatz der Abmahnkosten stattgegeben hat, ist die Revision zurückzuweisen (dazu unter C III). Soweit es dem Kläger die Kosten für das Abschluss schreiben zugesprochen hat, führt die Revision des Beklagten zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (dazu unter C IV).

9 I. Die Revision rügt vergeblich, das Berufungsurteil sei entgegen § 547 Nr. 6 ZPO nicht mit Gründen versehen und bereits deshalb aufzuheben.

10 Eine Entscheidung ist nicht mit Gründen versehen, wenn aus ihr nicht zu erkennen ist, welche tatsächlichen Feststellungen und welche rechtlichen Erwägungen für die getroffene Entscheidung maßgebend waren (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1962 - I ZB 27/62, BGHZ 39, 333, 337 - Warmpressen; Beschluss vom 2. Oktober 1970 - I ZB 9/69, NJW 1971, 39 [juris Rn. 5] - Eurodigina). Dies ist in Bezug auf das Berufungsurteil nicht der Fall. Zwar hat das Landgericht, dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht vollumfänglich zu eigen gemacht hat, zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen aus einem Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg zitiert, dem eine vergleichbare Konstellation wie die des Streitfalls zugrunde gelegen hat. Da sich das Landgericht aber nicht darauf beschränkt hat, auf die Gründe dieses Beschlusses zu verweisen, sondern die für relevant erachteten Passagen (wörtlich) wiedergegeben hat, hat es hinreichend zu erkennen gegeben, welche Erwägungen seiner Entscheidung zugrunde liegen. Eine Bezugnahme auf ein Urteil in einem Verfahren gegen einen Dritten, die nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. BGH, NJW 1971, 39 [juris Rn. 8] - Eurodigina; BGH,

Beschluss vom 29. September 2022 - I ZB 15/22, MDR 2023, 122 [juris Rn. 11 f.]), liegt darin nicht.

11            Soweit die Revision beanstandet, die Vorgerichte seien nicht auf "die einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmittel in Form der Beweisanträge" eingegangen, legt sie nicht dar, welche Beweisanträge das Berufungsgericht übergangen haben soll. Unabhängig davon läge in diesem Umstand allein noch kein Begründungsmangel im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO.

12            II. Die Revision hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht dem Unterlassungsantrag des Klägers (Klageantrag zu 3) stattgegeben hat.

13            1. Das Berufungsgericht hat den auf Unterlassung gerichteten Klageantrag zu 3 allerdings mit Recht als zulässig angesehen und eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verneint.

14            a) Nach § 8c Abs. 1 und 2 Nr. 1 UWG nF (§ 8 Abs. 4 Satz 1 UWG aF) ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtsmissbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf die gerichtliche als auch auf die vorgerichtliche Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 - I ZR 199/10, GRUR 2013, 307 [juris Rn. 11] = WRP 2013, 329 - Unbedenkliche Mehrfachabmahnung, mwN). Ist eine vorgegerichtliche Abmahnung rechtsmissbräuchlich, so sind nachfolgende gerichtliche Anträge unzulässig (BGH, Urteil vom 3. März 2016 - I ZR 110/15, GRUR 2016, 961 [juris Rn. 15] = WRP 2016, 1102 - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon, mwN).

- 15            b) Ein Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden, für sich genommen nicht schutzwürdigen Interessen und Zielen leiten lässt. Diese müssen jedoch nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 24. September 2020 - I ZR 169/17, GRUR 2021, 84 [juris Rn. 17] = WRP 2021, 192 - Verfügbare Telefonnummer, mwN). Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände (BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 248/16, GRUR 2019, 199 [juris Rn. 21] = WRP 2019, 180 - Abmahnaktion II, mwN). Hat ein Beklagter in ausreichendem Umfang Indizien vorgetragen, die für eine missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sprechen, obliegt es dem Kläger, diese Umstände zu widerlegen (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - I ZR 300/02, GRUR 2006, 243 [juris Rn. 21] = WRP 2006, 354 - MEGA SALE, mwN).
- 16            c) Das Berufungsgericht ist von diesen Grundsätzen ausgegangen und hat sich mit Recht auf den Standpunkt gestellt, es seien weder für sich genommen noch in der Gesamtschau ausreichende Indizien vorhanden, die den Schluss auf einen Rechtsmissbrauch trügen.
- 17            aa) Wie das Berufungsgericht seiner Entscheidung richtig zugrunde gelegt hat, reicht der Umstand allein, dass der Kläger im ersten Halbjahr 2019 insgesamt 39 Abmahnungen in drei Komplexen ausgesprochen hat, wovon der zweite Komplex die 25 wortlautidentischen Abmahnungen vom 5. Februar 2019 wegen Verstößen gegen die Verpflichtung zur Grundpreisangabe betraf, für sich genommen nicht aus, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten anzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 106/10, GRUR 2013, 176 [juris Rn. 25] = WRP 2013, 336 - Ferienluxuswohnung; Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 150/18, GRUR 2019, 1044 [juris Rn. 18] = WRP 2019, 1475 - Der Novembermann,

mwN). Zu einer umfangreichen Abmahn­tätigkeit oder einer Vielzahl von Abmah­nungen gegen Wettbewerber wegen gleichartiger Verhaltensweisen müssen viel­mehr weitere Umstände hinzutreten, damit der Schluss auf ein Überwiegen sach­fremder Ziele gerechtfertigt erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2000 - I ZR 76/98, BGHZ 144, 165 [juris Rn. 34] - Missbräuchliche Mehrfachverfol­gung; Urteil vom 4. Juli 2019 - I ZR 149/18, GRUR 2019, 966 [juris Rn. 45] = WRP 2019, 1182 - Umwelthilfe). Dass im Streitfall derartige Umstände gegeben sind, hat das Berufungsgericht zu Recht verneint.

18           bb) Das Berufungsgericht hat erkannt, dass sich ein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Rechtsverfolgung unter anderem daraus ergeben kann, dass die Abmahn­tätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur ge­werblichen Tätigkeit des Abmahnenden steht (§ 8c Abs. 2 Nr. 2 UWG nF sowie st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2016, 961 [juris Rn. 15] - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon; GRUR 2019, 199 [juris Rn. 21] - Abmahnaktion II, jeweils mwN), und dies nach den Umständen des Streitfalls rechtsfehlerfrei verneint.

19           (1) Es hat gemeint, durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass die möglichen Kosten etwaiger Prozesse zu einer Existenzbedrohung des Klägers führen könnten, seien weder dargetan noch sonst ersichtlich. Ebenso wenig ergebe sich ein wirtschaftliches Missverhältnis zwischen den Kosten der Rechtsverfolgung und der gewerblichen Tätigkeit des Klägers. Es sei von einem maximalen Pro­zesskostenrisiko für die erste Instanz von insgesamt 159.537,30 € (für 39 Ab­mahnungen bei beiderseitiger anwaltlicher Vertretung) auszugehen. Der Kläger habe glaubhaft gemacht, mit seinem kaufmännischen Einzelunternehmen im Jahr 2019 einen Umsatz von mehr als 700.000 € durch den Onlinevertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln erzielt zu haben. Es sei anzunehmen, dass der Klä­ger durch sein Ladengeschäft sowie als Großhändler weiteren Umsatz mit Nah­rungsergänzungsmitteln generiert habe. Eine Existenzbedrohung durch die Kos-

ten der ausgesprochenen Abmahnungen sowie durch etwaige gerichtliche Verfahren oder ein wirtschaftliches Missverhältnis zwischen diesen Kosten und der gewerblichen Tätigkeit des Klägers könne auf dieser Grundlage nicht festgestellt werden. Die hiergegen von der Revision erhobenen Rügen greifen nicht durch.

20           (2) Ohne Erfolg wendet die Revision ein, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten unberücksichtigt gelassen, wonach die Gewinnmarge des Klägers lediglich 10 % seiner Umsätze betrage. Das Berufungsgericht ist auf diesen Einwand eingegangen und hat ihm entgegengehalten, er sei weder substantiiert noch glaubhaft gemacht, obwohl der Beklagte, der selbst Aminosäureprodukte vertreibe, hierzu ohne weiteres in der Lage gewesen wäre.

21           (3) Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Parteien nicht die gleichen Kundenkreise ansprechen und der Kläger daher kein nennenswertes Interesse an der Rechtsverfolgung habe (vgl. dazu BGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 - I ZR 237/98, GRUR 2001, 260 [juris Rn. 24] = WRP 2001, 148 - Vielfachabmahner), ist dem entgegenzuhalten, dass die Parteien nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts (dazu unter C III 2 a) jedenfalls teilweise dieselben Kundenkreise ansprechen, weshalb auch dieser Einwand die Bewertung des Berufungsgerichts nicht zu Fall bringen kann.

22           cc) Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung weiter zutreffend zugrunde gelegt, dass sich ein Anhaltspunkt für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten grundsätzlich auch daraus ergeben kann, dass der Unterlassungsgläubiger ohne sachliche Notwendigkeit neben dem Verfahren der einstweiligen Verfügung gleichzeitig ein Hauptsacheverfahren anstrengt, ohne abzuwarten, ob die beantragte Verfügung erlassen wird und der Schuldner dies in einer Abschlusserklärung als endgültige Regelung akzeptiert (vgl. BGHZ 144, 165 [juris Rn. 22 und 46] - Missbräuchliche Mehrfachverfolgung; BGH, Urteil vom 6. April 2000

- I ZR 67/98, GRUR 2001, 82 [juris Rn. 22] = WRP 2000, 1263 - Neu in Bielefeld I; Urteil vom 20. Dezember 2001 - I ZR 215/98, GRUR 2002, 715 [juris Rn. 28] = WRP 2002, 977 - Scanner-Werbung). Für den Streitfall hat es ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu Recht deshalb verneint, weil der Beklagte gegen die einstweilige Verfügung bereits Widerspruch erhoben und das im einstweiligen Verfügungsverfahren zuständige Oberlandesgericht in einer vergleichbaren Sache die Klage abgewiesen gehabt habe. Der Kläger habe daher Anlass zur Befürchtung gehabt, mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren nicht das von ihm angestrebte Ziel zu erreichen.

23            dd) Dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers die Abmahnungen "in eigener Regie" ausgesprochen hat, was ebenfalls für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung sprechen kann (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 42/10, GRUR 2012, 286 [juris Rn. 16] = WRP 2012, 464 - Falsche Suchrubrik; BGH, GRUR 2019, 199 [juris Rn. 21] - Abmahnaktion II), hat das Berufungsgericht nicht feststellen können.

24            ee) Auch daraus, dass der Kläger nicht von einer Angelegenheit im Sinne des § 15 Abs. 2 RVG ausgegangen ist, ergibt sich kein rechtsmissbräuchliches Abmahnverhalten. Zwar kann von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG aF (§ 8c Abs. 2 Nr. 3 UWG nF) unter Umständen auch dann auszugehen sein, wenn § 15 Abs. 2 RVG zu Unrecht nicht angewendet wird (vgl. OLG Frankfurt am Main, WRP 2021, 1333 [juris Rn. 33] und WRP 2021, 1088 [juris Rn. 38]; Büscher, GRUR 2021, 162, 167). Dies hat das Berufungsgericht für den Streitfall aber in nicht zu beanstandender Weise verneint (dazu nachfolgend unter C III 3).

25            2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist allerdings unbegründet, weil der Kläger jedenfalls zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung mangels konkreten Wettbewerbsverhältnisses zum Beklagten nicht anspruchsberechtigt ist.

- 26 a) Der auf Wiederholungsgefahr gestützte und in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch besteht nur, wenn das beanstandete Verhalten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 128/21, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 10] = WRP 2022, 727 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II; Urteil vom 2. Juni 2022 - I ZR 140/15, BGHZ 234, 56 [juris Rn. 68] - YouTube II, mwN).
- 27 b) Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in der bis zum 30. November 2021 geltenden Fassung (aF) steht ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung einer nach § 3 oder § 7 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung jedem Mitbewerber zu. Diese Vorschrift ist durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568) mit Wirkung zum 1. Dezember 2021 geändert worden. Die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG stehen nunmehr nicht mehr jedem Mitbewerber zu, sondern nur dem Mitbewerber, der Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt. Beide Fassungen der Vorschrift setzen eine Eigenschaft als Mitbewerber voraus, also ein konkretes Wettbewerbsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG in der bis zum 27. Mai 2022 gültigen Fassung, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG nF).
- 28 c) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis und damit eine Anspruchsberechtigung für einen Verletzungsunterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG setzt nach ständiger Senatsrechtsprechung voraus, dass der in Anspruch genommene Mitbewerber seine entsprechende unternehmerische Tätigkeit im Zeitpunkt der Verletzungshandlung bereits aufgenommen hatte und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht aufgegeben hat (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - I ZR 85/93, GRUR 1995, 697 [juris Rn. 37 f.] = WRP 1995, 815 - FUNNY PAPER; Urteil vom 10. März 2016 - I ZR 183/14, GRUR 2016, 1187 [juris Rn. 16] = WRP 2016, 1351 - Stirnlampen; Urteil vom 28. November 2019 - I ZR 23/19, GRUR 2020, 303 [juris Rn. 16 und

42] = WRP 2020, 320 - Pflichten des Batterieherstellers, mwN). Der zuletzt genannte Zeitpunkt folgt daraus, dass auch für die rechtliche Beurteilung im Revisionsverfahren regelmäßig das dem Berufungsurteil zugrundeliegende Parteivorbringen maßgeblich ist.

29           Es reicht nicht aus, dass der (frühere) Mitbewerber in einem solchen Fall immerhin noch als mindestens potentieller Wettbewerber auf dem Markt anzusehen ist. Die Anerkennung eines nur potentiellen Wettbewerbsverhältnisses begründete die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelten Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers (vgl. BGH, GRUR 2020, 303 [juris Rn. 42] - Pflichten des Batterieherstellers).

30           d) Der Beklagte hat mit der Revisionsbegründung vorgetragen, der Kläger habe im Februar 2022 seine Geschäftstätigkeit gänzlich eingestellt. Dieser Vortrag ist der Entscheidung über die Revision ausnahmsweise zugrunde zu legen mit der Folge, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis jedenfalls zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung nicht mehr besteht und der Verletzungsunterlassungsanspruch deshalb nicht zuerkannt werden kann.

31           aa) Zwar unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO allerdings einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstrittig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen. Der Gedanke der Konzentration der Revisionsinstanz auf die rechtliche Bewertung eines festgestellten Sachverhalts verliert nämlich an Gewicht, wenn die Berücksichtigung von neuen tatsächlichen Umständen keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht und die Belange des Prozessgegners gewahrt bleiben. Dann

ist Raum für die Überlegung, dass es aus prozessökonomischen Gründen nicht zu verantworten ist, die vom Tatsachenausschluss betroffene Partei auf einen weiteren, gegebenenfalls durch mehrere Instanzen zu führenden Prozess zu verweisen. In einem solchen Fall ist vielmehr durch die Zulassung neuen Vorbringens im Revisionsverfahren eine rasche und endgültige Streitbereinigung herbeizuführen (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130 [juris Rn. 13]; Urteil vom 18. März 2010 - I ZR 181/08, TranspR 2010, 376 [juris Rn. 26]; Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 273/14, GRUR 2017, 541 [juris Rn. 44] = WRP 2017, 579 - Videospiele-Konsolen III).

32

bb) Nach diesen Grundsätzen ist der Vortrag des Beklagten zur Geschäftsaufgabe des Klägers im Revisionsverfahren zu berücksichtigen.

33

(1) Das Vorbringen des Beklagten in der Revisionsinstanz ist aufgrund der Säumnis des Klägers nach § 331 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO als zugestanden und deshalb als unstreitig anzusehen. § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt, dass das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen ist, wenn er gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil beantragt. Die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften - wozu § 331 ZPO zählt - sind nach § 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf das Revisionsverfahren entsprechend anzuwenden, sofern sich nicht Abweichungen aus den Vorschriften des zweiten Abschnitts des dritten Buchs der Zivilprozessordnung (also denjenigen über die Revision) ergeben. In der hier zu beurteilenden Konstellation stehen die Vorschriften über die Revision einer Anwendung des § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht entgegen. Insbesondere hindert § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Anwendung der Geständnisfiktion des § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Streitfall nicht (vgl. zum Verhältnis der Normen BeckOK.ZPO/Kessal-Wulf, 47. Edition [Stand 1. Dezember 2022], § 555 Rn. 10; Saenger/Koch, ZPO,

9. Aufl., § 555 Rn. 3; MünchKomm.ZPO/Krüger, 6. Aufl., § 555 Rn. 17; Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl., § 555 Rn. 6).

34 (2) Die Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens bringt keinen nennenswerten Mehraufwand mit sich. Sie wirft keine neuen Fragen auf, die einer umfassenden Klärung durch das Tatgericht bedürften. Ihr stehen auch keine schützenswerten Belange des Klägers entgegen. Insoweit gilt, dass schützenswerte Belange der Gegenseite nur ausnahmsweise der Berücksichtigung neuer Tatsachen entgegenstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1982 - III ZR 77/81, BGHZ 85, 288 [juris Rn. 10]). Das (mutmaßliche) Interesse des Klägers an der Aufrechterhaltung einer für ihn günstigen Entscheidung des Berufungsgerichts allein reicht hierfür nicht aus. Im Übrigen kann der Kläger durch Einlegung eines Einspruchs gegen das Versäumnisurteil eine streitige Entscheidung herbeiführen.

35 e) Der auf Unterlassung gerichtete Klageantrag zu 3 ist demnach abzuweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

36 III. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Zahlung der Abmahnkosten (Klageantrag zu 1) zu Recht bejaht.

37 1. Für die Frage, ob dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung von Abmahnkosten zusteht, kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung an (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 [juris Rn. 35] = WRP 2021, 746 - Berechtigte Gegenabmahnung; Urteil vom 18. November 2021 - I ZR 214/18, GRUR 2022, 391 [juris Rn. 71] = WRP 2022, 434 - Gewinnspielwerbung II; BGH, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 11] - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, jeweils mwN). Da der Beklagte mit Schreiben vom 12. Februar 2019 auf die Abmahnung reagiert hat, ist von

einem Zugang spätestens an diesem Tag auszugehen. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in der bis zum 1. Dezember 2020 geltenden Fassung (aF) kann ein zur Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs Berechtigter, der nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG aF vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens den Schuldner abmahnen und ihm Gelegenheit geben soll, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen, die dafür erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen, soweit die Abmahnung berechtigt ist.

38                    2. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Abmahnung ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch des Klägers zugrunde lag.

39                    a) Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts war der Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung bei dem Beklagten nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aF anspruchsberechtigt, weil zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestand.

40                    aa) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist daher anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der

fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 [juris Rn. 15] = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen I; BGH, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 13] - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, jeweils mwN).

41           bb) Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze zugrunde gelegt und ein konkretes Wettbewerbsverhältnis angenommen. Es hat ausgeführt, bei den von den Parteien angebotenen Produkten handele es sich um gleichartige Waren. Dass die beworbenen und angebotenen Nahrungsergänzungsmittel jeweils über eigenständige Kompositionen der Aminosäuren verfügten und damit unterschiedliche Aminosäureprofile aufwiesen und infolgedessen für unterschiedliche Bedürfnisse und Zwecke zum Einsatz kommen könnten, stehe dieser Annahme ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass der Kläger nicht ebenfalls das vom Beklagten beworbene Produkt vertreibe. Es sei davon auszugehen, dass die Produkte der Parteien für einen nicht unbeträchtlichen Teil der Endabnehmer austauschbar seien. Auch wenn es Endverbraucher wie zum Beispiel Leistungs- und Kraftsportler gebe, die auf Aminosäureprodukte zurückgriffen, deren Zusammensetzung speziell auf ihre Bedürfnisse und insbesondere den Muskelaufbau ausgerichtet seien, verbleibe ein erheblicher Teil an Endverbrauchern, der Aminosäureprodukte als Nahrungsergänzung zwecks Steigerung des allgemeinen Leistungs- und Wohlbefindens oder zur Unterstützung beim Sport zu sich nehme. Diese Verbraucher zögen sowohl die vom Kläger angebotenen Produkte als auch das vom Beklagten angebotene Produkt in Betracht. Der Verbraucher, der sich für Aminosäureprodukte interessiere, werde bei seiner Auswahl Aminosäureprodukte verschiedener Zusammensetzungen und in unterschiedlichen Darreichungsformen betrachten und nicht von vornherein wegen der individuellen Aminosäureprofile von jeglichem Vergleich absehen. Dass die Parteien nicht derselben Branche angehörten, der Kläger insbesondere anders als der Beklagte keine

Apotheke betreibe, sei nicht von Bedeutung. Die Parteien richteten sich jedenfalls mit ihrem Online-Angebot in erheblichem Umfang an dieselben Endverbraucher und seien demnach auch auf demselben räumlichen und zeitlichen Markt tätig. Diese im Wesentlichen auf tatgerichtlichem Gebiet liegende Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

42 cc) Vergeblich macht die Revision hiergegen geltend, die von den Parteien angebotenen Produkte seien aufgrund des Umstands, dass sie unterschiedliche Wirkstoffzusammensetzungen aufwiesen und sich an verschiedene Endverbraucherkreise richteten, nicht gleichartig und auch nicht substituierbar (vgl. dazu auch OLG Celle, WRP 2019, 1211 [juris Rn. 5 und 18]). Hiermit versucht sie lediglich, ihre eigene Bewertung an Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Das Berufungsgericht hat in aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandender Weise begründet, warum es dieser Ansicht nicht gefolgt ist.

43 dd) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Beibringungsgrundsatz verletzt, weil der Kläger selbst nicht behauptet habe, Aminosäureprodukte neben Bodybuildern auch anderen Menschen zur Steigerung der allgemeinen Leistungsfähigkeit anzubieten. Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) geprüft, ob ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht. Aus den von den Parteien vorgetragenen Gegebenheiten hat es den - naheliegenden - Schluss gezogen, die Parteien richteten sich jedenfalls mit ihrem Online-Angebot in erheblichem Umfang an dieselben Endverbraucher. Dies ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat sich das Berufungsgericht damit auch nicht in Widerspruch zum Vorbringen der Parteien gesetzt, da weder der Kläger noch der Beklagte geltend gemacht haben, ihre Produkte nur an bestimmte Verbraucherkreise abzugeben.

44 b) Das Berufungsgericht hat weiter zutreffend angenommen, dass die beanstandete Handlung wegen eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 1 PAngV in der bis

zum 27. Mai 2022 geltenden Fassung (aF) zum Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung rechtswidrig war. Sie stellt daher ein nach § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG in der bis zum 27. Mai 2022 gültigen Fassung (aF) unlauteres Verhalten dar.

45           aa) Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF, dem § 4 Abs. 1 Satz 1 PAngV nF im Wesentlichen entspricht, hat derjenige, der Verbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche anbietet, neben dem Gesamtpreis (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF) auch den Preis je Mengeneinheit einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile (Grundpreis) in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises anzugeben. Diese Vorschrift, die ihre unionsrechtliche Grundlage in der Richtlinie 98/6/EG über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse hat, geht nicht über die von dieser Richtlinie vorgenommene Mindestharmonisierung hinaus, sondern konkretisiert lediglich das Erfordernis der klaren Erkennbarkeit des Grundpreises aus Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 98/6/EG (vgl. BGH, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 41 bis 47] - Grundpreisangabe im Internet).

46           bb) Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zu Recht zugrunde gelegt, dass der Beklagte gewerbs- oder geschäftsmäßig Waren, nämlich das beworbene Aminosäureprodukt, in Fertigpackungen nach Gewicht angeboten und dies die Pflicht zur Angabe des Grundpreises nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF ausgelöst hat.

47           cc) Für den Begriff der Fertigpackung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF gilt die Legaldefinition des § 42 Abs. 1 Mess- und Eichgesetz (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 2019 - I ZR 85/18, GRUR 2019, 641 [juris Rn. 16] = WRP 2019, 724 - Kaffeekapseln; BGH, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 31]

- Grundpreisangabe im Internet, jeweils mwN; vgl. auch § 2 Nr. 2 PAngV nF). Danach sind Fertigpackungen Verpackungen beliebiger Art, in die in Abwesenheit des Käufers Erzeugnisse abgepackt und die in Abwesenheit des Käufers verschlossen werden, wobei die Menge des darin enthaltenen Erzeugnisses ohne Öffnen oder merkliche Änderung der Verpackung nicht verändert werden kann. Das Vorliegen dieser Merkmale hat das Berufungsgericht bejaht. Hiergegen wendet sich die Revision nicht.

48                    dd) Der Begriff des Anbietens gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF (§ 4 Abs. 1 Satz 1 PAngV nF) umfasst jede gezielt auf den Absatz eines bestimmten Produkts gerichtete werbliche Ankündigung, durch die der Verbraucher so viel über das Produkt und dessen Preis erfährt, dass er sich für den Kauf entscheiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 123/12, GRUR 2014, 403 [juris Rn. 8] = WRP 2014, 435 - DER NEUE; BGH, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 32] - Grundpreisangabe im Internet, jeweils mwN). Dieses Merkmal ist im Streitfall ebenfalls erfüllt.

49                    ee) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass der Beklagte das Aminosäureprodukt wegen des Bestehens einer entsprechenden spezialgesetzlichen Pflicht (Art. 9 Abs. 1 Buchst. e der Verordnung [EG] Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel [Lebensmittelinformationsverordnung - LMIV]) auch im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF nach Gewicht angeboten hat.

50                    (1) Soweit eine spezialgesetzliche Pflicht zur Angabe der Füllmenge nach Gewicht einer im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF angebotenen Fertigpackung besteht, wird die Ware im Sinne dieser Vorschrift nach Gewicht angeboten (BGH, GRUR 2019, 641 [juris Rn. 18] - Kaffeekapseln, mwN).

51 (2) Bei dem streitgegenständlichen Aminosäureprodukt handelt es sich um ein Nahrungsergänzungsmittel und damit gemäß § 1 Abs. 1 der Nahrungsergänzungsmittelverordnung (NemV) um ein Lebensmittel, das als solches nur unter der Angabe der Füllmenge nach Gewicht angeboten werden darf. Die vom Berufungsgericht insoweit für anwendbar gehaltenen Kennzeichnungsvorschriften der §§ 6 und 7 Fertigpackungsverordnung sind allerdings mit dem Geltungsbeginn der LMIV am 13. Dezember 2014 von der in ihrem Anwendungsbereich dem nationalen Recht vorgehenden Regelung in Art. 9 Abs. 1 Buchst. e und Art. 23 LMIV verdrängt worden (BGH, GRUR 2019, 641 [juris Rn. 21] - Kaffeekapseln). Die Verpflichtung zur Angabe der Nettofüllmenge eines Lebensmittels ergibt sich daher aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. e LMIV.

52 ff) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte nicht nach Art. 23 Abs. 1 und 3 in Verbindung mit Nr. 1 Buchst. c des Anhangs IX der LMIV von der Pflicht zur Angabe der Nettofüllmenge befreit ist.

53 (1) Nach Art. 23 Abs. 3 in Verbindung mit Nr. 1 Buchst. c des Anhangs IX der LMIV ist die Angabe der Nettofüllmenge nicht verpflichtend bei Lebensmitteln, die normalerweise nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht werden, sofern die Stückzahl von außen leicht zu sehen und einfach zu zählen oder andernfalls in der Kennzeichnung angegeben ist. Die Frage, ob ein Lebensmittel "normalerweise nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht" wird, beurteilt sich dabei nach der Verkehrsauffassung aus Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers (BGH, GRUR 2019, 641 [juris Rn. 23] - Kaffeekapseln, mwN).

54 (2) Das Berufungsgericht hat für Aminosäureprodukte in Kapselform verneint, dass diese nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht werden (ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Dezember 2020 - 15 U 20/20, juris Rn. 87 bis 89; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. August 2019 - 15 U 55/19, juris Rn. 46 bis 51;

Guttau, ZLR 2014, 371, 375; Meisterernst in Sosnitza/Meisterernst, Lebensmittelrecht, 184. Ergänzungslieferung Juli 2022, Art. 23 LMIV Rn. 14; aA OLG Celle, WRP 2019, 1211 [juris Rn. 12 bis 22]; OLG Köln, Urteil vom 26. März 2019 - 6 W 26/19, juris Rn. 2 bis 4; BeckOK.UWG/Barth, 19. Edition [Stand 1. Januar 2023], § 4 PAngV Rn. 15; Brommer, GRUR-Prax 2018, 276, 277; Bruggmann, LMuR 2019, 141, 143 f.; Hagenmeyer, LMIV Kommentar, 4. Aufl., Art. 23 Rn. 10).

55

Zur Begründung hat das Berufungsgericht ausgeführt, von der Ausnahmenvorschrift des Art. 23 Abs. 3 in Verbindung mit Nr. 1 Buchst. c des Anhangs IX der LMIV erfasst seien "stückige" Produkte wie Obst und Gemüse, Eier, aber auch Backwaren, mithin Produkte, bei denen aus Sicht der Verbraucher das Stück die "natürliche" Mengeneinheit bilde. Aminosäureprodukte würden unstrittig in verschiedenen Formen (etwa als Pulver, Liquid, Tablette oder Kapsel) angeboten. Wie sich aus der Formulierung der Nr. 1c des Anhangs IX der LMIV ergebe, sei Anknüpfungspunkt für die Ausnahme von der Kennzeichnungspflicht das Lebensmittel an sich, nicht hingegen seine vom Hersteller frei wählbare Darreichungsform. Die entgegenstehende Sichtweise verenge den Begriff des Lebensmittels von vornherein auf dessen jeweilige Darreichungsform. Diese werde aber in Nr. 1c des Anhangs IX der LMIV weder als Kriterium erwähnt noch sei ersichtlich, warum darauf abgestellt werden solle. Wäre die Form für die Bestimmung, was als Lebensmittel im Sinne von Nr. 1c des Anhangs IX der LMIV anzusehen sei, von Relevanz, ließe dies Zweifel am Sinngehalt des Satzteils "die normalerweise nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht werden" aufkommen. Aus der Antwort auf die Frage, was als Lebensmittel anzusehen sei, ergäbe sich zugleich, ob die genannte Ausnahme vorliege. Das Prüfkriterium liefe dann weitgehend leer. Außerdem wäre unter Zugrundelegung dieser Sichtweise bei Lebensmitteln, die in verschiedenen Darreichungsformen angeboten würden, von unterschiedlichen Lebensmitteln auszugehen, obwohl das Lebensmittel als solches identisch wäre. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

- 56 (3) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht. Da es sich nicht um eine Tatsachenfeststellung im eigentlichen Sinne, sondern um die Anwendung spezifischen Erfahrungswissens handelt, kann ein Rechtsfehler auch darin bestehen, dass die festgestellte Verkehrsauffassung erfahrungswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 - I ZR 114/20, GRUR 2021, 1315 [juris Rn. 17] = WRP 2021, 1444 - Kieferorthopädie, mwN). Gemessen daran sind die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden.
- 57 (4) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es sich nach der Verkehrsauffassung bei Aminosäureprodukten in unterschiedlichen Darreichungsformen nicht um unterschiedliche Lebensmittel handelt. Mit ihrer gegenteiligen Bewertung will die Revision diese tatgerichtliche Würdigung in revisionsrechtlich unzulässiger Weise durch ihre eigene ersetzen. Soweit sie darauf verweist, der Resorptionsprozess von Aminosäureprodukten in Kapselform sei ein anderer als der von Aminosäure-Pulver, weswegen das Verkehrsverständnis dahin gehe, dass es sich um unterschiedliche Lebensmittel handele, legt sie nicht dar, dass sie diesen Vortrag bereits in den Vorinstanzen gehalten hätte.
- 58 (5) Anders als die Revision meint, ist ein Inverkehrbringen nach Stückzahl auch nicht allein deswegen anzunehmen, weil es sich bei Aminosäurepräparaten um Nahrungsergänzungsmittel handelt. Dass Nahrungsergänzungsmittel gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 NemV Lebensmittel sind, die in dosierter Form in den Verkehr gebracht werden, bedeutet nicht zugleich, dass sie nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht werden. Dies gilt schon allein deshalb, weil § 1 Abs. 1 Nr. 3 NemV

neben "stückigen" Darreichungsformen (wie Kapseln und Pillen) auch unterschiedliche Darreichungsformen von Flüssigkeiten und Pulvern erwähnt. Der Umstand, dass bei Kapseln die Hülle verzehrbar ist, führt entgegen der Annahme der Revision ebenso wenig zu der Folgerung, diese würden aus Sicht der Verbraucher nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht.

59 (6) Soweit die Revision auf Art. 17 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang VI Teil A Nr. 1 der LMIV verweist, aus dem sich ergebe, dass die korrekte Bezeichnung des Lebensmittels Angaben zu dessen physikalischem Zustand oder zu einer besonderen Behandlung, die dieses erfahren hat, enthalte, ergibt sich hieraus ebenfalls nichts Abweichendes. In Anhang VI Teil A Nr. 1 der LMIV ist lediglich vorgesehen, dass die Bezeichnung eines Lebensmittels Angaben zum physikalischen Zustand oder einer besonderen Behandlung des Lebensmittels enthält oder durch diese ergänzt wird, sofern die Unterlassung einer solchen Angabe geeignet wäre, den Käufer irrezuführen. Entgegen der Darstellung der Revision verlangt der europäische Gesetzgeber die Angabe des physikalischen Zustands eines Lebensmittels nicht generell, sondern nur, wenn dies zur Vermeidung einer Irreführung erforderlich ist. Dass das bei Aminosäurekapseln der Fall sein könnte, hat die Revision nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

60 (7) Das Berufungsgericht hat es auch zu Recht als unerheblich angesehen, dass das Gewicht des Nahrungsergänzungsmittels nicht mit dem enthaltenen Wirkstoff korreliert, weil diesem noch Füllstoffe zugesetzt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Dezember 2020 - 15 U 20/20, juris Rn. 107; aA OLG Celle, WRP 2019, 1211 [juris Rn. 19]; Brommer, GRUR-Prax 2018, 276, 277). Es hat zutreffend darauf abgestellt, dass es dem Gesetzgeber bewusst gewesen ist, dass es Produktgruppen gibt, bei denen die Angabe des Grundpreises keine relevante Information darstellt, weil der Verbraucher seine Kaufentscheidung üblicherweise nach anderen Kriterien trifft (vgl. Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 98/6/EG). Dies lässt sich auch daraus ersehen, dass § 2 Abs. 4 Satz 1 PAngV aF

bei Haushaltswaschmitteln sowie Wasch- und Reinigungsmitteln, deren Ergiebigkeit variieren kann, die Möglichkeit eröffnet, als Mengeneinheit für den Grundpreis eine übliche Anwendung anzugeben. Außerdem sieht § 9 Abs. 4 Nr. 2 PAngV aF eine Ausnahme von der Pflicht zur Grundpreisangabe für Waren vor, die verschiedenartige Erzeugnisse enthalten, die nicht miteinander vermischt oder vermennt sind. Dass keine entsprechende Ausnahmeregelung für Nahrungsergänzungsmittel getroffen wurde, spricht gegen die Ansicht der Revision, bei Nahrungsergänzungsmitteln sei generell keine Grundpreisangabe erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. August 2019 - 15 U 55/19, juris Rn. 55).

61 (8) Anders als die Revision geltend macht, streiten auch nicht Sinn und Zweck der Lebensmittelinformationsverordnung dafür, dass es sich bei Aminosäurekapseln um andere Lebensmittel als bei Aminosäureprodukten in Pulverform handelt, weil anderenfalls das von der Lebensmittelinformationsverordnung verfolgte Ziel der Vergleichbarkeit nicht erreicht würde (in diesem Sinne auch OLG Celle, WRP 2019, 1211 [juris Rn. 19]; Bruggmann, LMuR 2019, 141, 143). Diesem Argument hat das Berufungsgericht überzeugend entgegengehalten, dass verschiedene Aminosäureprodukte mit unterschiedlichen Aminosäureprofilen in Pulverform ebenfalls nicht vergleichbar seien, aber dennoch unstreitig eine Pflicht zur Angabe des Grundpreises derartiger Produkte bestehe. Zudem statuiert § 4 Abs. 2 Nr. 2 NemV die Pflicht, die empfohlene tägliche Verzehrmenge auf der Verpackung eines Nahrungsergänzungsmittels anzugeben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit die Pflicht zur Grundpreisangabe obsolet oder aufgehoben würde, da beide Pflichten unabhängig nebeneinander bestehen.

62 (9) Das aus § 1 Abs. 7 Satz 1 PAngV aF folgende Gebot der Preisklarheit und Preiswahrheit (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 98/6/EG) steht der Bewerbung von Nahrungsergänzungsmitteln in Kapselform unter Angabe des Grundpreises ebenfalls nicht entgegen. Anders als die Revision meint, ist eine

hieraus resultierende Irreführung des Verkehrs über die Werthaltigkeit der einzelnen Aminosäureprodukte nicht zu befürchten. Das Berufungsgericht hat den entgegenstehenden Vortrag des Beklagten nicht übergangen, sondern ist seiner Auffassung, Aminosäureprodukte seien generell nicht miteinander vergleichbar und Grundpreisangaben nach Gewicht führten den Verkehr in die Irre, lediglich nicht gefolgt.

63 (10) Aus dem Umstand, dass nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 und 6 AMG bei Fertigarzneimitteln die Darreichungsform und der Inhalt nach Gewicht, Nennvolumen oder Stückzahl anzugeben sind, lässt sich entgegen der Auffassung der Revision nichts für die Beantwortung der Frage herleiten, ob Nahrungsergänzungsmittel im Sinne von Nr. 1 Buchst. c des Anhangs IX der LMIV normalerweise nach Stückzahlen in den Verkehr gebracht werden.

64 gg) Der Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF stellt ein nach § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF unlauteres Verhalten dar.

65 (1) Die Unlauterkeit des Verhaltens des Beklagten ist nach neuerer Senatsrechtsprechung nicht nach § 3a UWG, sondern allein nach § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2022 - I ZR 143/19, BGHZ 233, 193 [juris Rn. 23] - Knuspermüsli II).

66 (2) Gemäß § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG aF handelt unlauter, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die (Nr. 1) der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und (Nr. 2) deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Gemäß § 5a Abs. 4 UWG aF gelten als wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG aF auch Informationen, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder

nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Unter kommerzieller Kommunikation in diesem Sinne sind in Anlehnung an Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr alle Formen der Kommunikation zu verstehen, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZR 38/21, GRUR 2022, 500 [juris Rn. 65 f.] = WRP 2022, 452 - Zufriedenheitsgarantie; BGHZ 233, 193 [juris Rn. 34] - Knuspermüsli II).

67           (3) Das Berufungsgericht hat in der fehlenden Grundpreisangabe zu Recht ein Vorenthalten wesentlicher Informationen im Sinne von § 5a Abs. 4 UWG aF gesehen.

68           Nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG, deren Umsetzung § 5a Abs. 4 UWG aF dient, gelten die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing, auf die in der nicht erschöpfenden Liste des Anhangs II verwiesen wird, als wesentlich. In der Liste des Anhangs II wird zwar lediglich die Pflicht zur Angabe des Grundpreises bei der Werbung unter Angabe von Preisen (Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 98/6/EG, § 2 Abs. 1 Satz 2 PAngV aF), nicht aber die - hier in Rede stehende - Pflicht zur Angabe des Grundpreises beim Angebot von Waren (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 98/6/EG, § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF) genannt. Dennoch gilt nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG nicht nur die Pflicht zur Angabe des Grundpreises bei der Werbung unter Angabe von Preisen, sondern auch die Pflicht zur Angabe des Grundpreises beim Angebot von Waren als wesentlich. Auch bei dieser Pflicht handelt es sich um eine im Unionsrecht festgelegte Informationsanforderung in Bezug auf kommerzielle Kommunikation.

Da die Liste des Anhangs II nicht erschöpfend ist, steht einer Einstufung dieser Pflicht als wesentlich nicht entgegen, dass sie in dieser Liste nicht ausdrücklich genannt ist (BGH, GRUR 2019, 641 [juris Rn. 32] - Kaffeekapseln).

69           (4) Das Vorenthalten dieser wesentlichen Information war auch erheblich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG aF.

70           (a) Die Voraussetzungen des in § 5a Abs. 2 UWG aF geregelten Unlauterkeitstatbestands, dass der Verbraucher die ihm vorenthaltene wesentliche Information "je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen" und "deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte", stellen nach § 5a Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG aF zusätzliche Tatbestandsmerkmale dar, die selbständig zu prüfen sind. Jedoch trifft den Unternehmer, der geltend macht, dass - abweichend vom Regelfall - der Verbraucher eine ihm vorenthaltene wesentliche Information für eine Kaufentscheidung nicht benötigt und das Vorenthalten dieser Information den Verbraucher nicht zu einer anderen Kaufentscheidung veranlassen kann, insoweit eine sekundäre Darlegungslast (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2021 - I ZR 134/20, GRUR 2021, 979 [juris Rn. 26] = WRP 2021, 895 - Testsiegel auf Produktabbildung; BGHZ 233, 193 [juris Rn. 51] - Knuspermüsli II, jeweils mwN; zu § 3a UWG vgl. BGH, GRUR 2021, 84 [juris Rn. 35] - Verfügbare Telefonnummer, mwN).

71           (b) Das Berufungsgericht hat ausgehend von diesen Grundsätzen gemeint, anhand des Grundpreises könne der Verbraucher das Preis-Mengen-Verhältnis erkennen und ohne Schwierigkeiten einen Preisvergleich vornehmen. Dem Vortrag des Beklagten, wonach der Grundpreis für Verbraucher irrelevant sei, könne nicht gefolgt werden. Der Preis eines Produkts sei ein wesentliches Kriterium, das die Kaufentscheidung beeinflussen und den Verbraucher zu einer anderen Kaufentscheidung veranlassen könne. Ein einfacher Preisvergleich

könne sowohl hinsichtlich der beworbenen Aminosäurekapseln selbst erfolgen, soweit diese von verschiedenen Anbietern in unterschiedlichen Packungsgrößen zu unterschiedlichen Gesamtpreisen angeboten würden, als auch in Bezug auf Aminosäurekapseln anderer Anbieter. Gleiches gelte bezüglich Aminosäureprodukten, die in anderen Darreichungs- oder Verpackungsformen angeboten würden. Dass Aminosäureprodukte unterschiedliche Aminosäureprofile aufwiesen und zu unterschiedlichen Zwecken eingenommen würden, rechtfertige nicht den Schluss, dass sie überhaupt nicht miteinander vergleichbar seien. Die Angabe eines Stückpreises pro Kapsel sei nicht geeignet, dem Verbraucher einen umfassenden und einfachen Preisvergleich, insbesondere auch mit Aminosäureprodukten in Pulverform, zu ermöglichen. Dass die Füllmenge des Nahrungsergänzungsmittels nicht mit dem Wirkstoff korreliere und die Wirkstoffkonzentration für den Verbraucher von besonderem Interesse sei, stehe der vertretenen Ansicht nicht entgegen. Die gewichtsbezogene Grundpreisangabe sei auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil Verbraucher anhand der Verzehrempfehlung nachvollziehen könnten, für wie viele Tage eine Packung ausreiche. Diese auf tatgerichtlichem Gebiet liegende Bewertung des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden.

72 (c) Das Berufungsgericht hat hierbei entgegen der Ansicht der Revision insbesondere den Vortrag des Beklagten ausdrücklich berücksichtigt, wonach die unterschiedlichen Anteile an Füllstoffen zu einer unterschiedlichen Werthaltigkeit der einzelnen Produkte führten, weshalb der Preis nach Gewicht für Verbraucher irrelevant sei. Indem es darauf hingewiesen hat, Verbraucher könnten aufgrund der Verzehrempfehlung nachvollziehen, für wie viele Tage eine Packung des Produkts ausreiche, ist das Berufungsgericht inzident auch auf das variable Verhältnis zwischen Füll- und Wirkstoffen eingegangen: Je mehr Füllstoff eine Kapsel enthält, desto weniger Wirkstoff kann sie enthalten und desto mehr Kapseln pro

Tag müssen für dieselbe Wirkung eingenommen werden. Über die Verzehrempfehlung und den "Preis pro Tag" erhält der Verbraucher daher auch zutreffende Angaben zur Werthaltigkeit der einzelnen Produkte.

73                    3. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in voller Höhe zusteht, weil es sich bei den insgesamt 25 wortgleichen Abmahnungen nicht um dieselbe Angelegenheit im Sinne des § 15 Abs. 2 RVG handelt.

74                    a) § 15 Abs. 2 RVG bestimmt, dass der Rechtsanwalt die Gebühr in derselben Angelegenheit nur einmal fordern kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betreffen weisungsgemäß erbrachte anwaltliche Leistungen in der Regel dieselbe Angelegenheit, wenn zwischen ihnen ein innerer Zusammenhang besteht und sie sowohl inhaltlich als auch in der Zielsetzung so weitgehend übereinstimmen, dass von einem einheitlichen Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit gesprochen werden kann (BGH, Urteil vom 26. Mai 2009 - VI ZR 174/08, AfP 2009, 394 [juris Rn. 23]; Urteil vom 27. Juli 2010 - VI ZR 261/09, AfP 2010, 469 [juris Rn. 16]; Urteil vom 12. Juli 2011 - VI ZR 214/10, NJW 2011, 3657 [juris Rn. 22]; BGH, GRUR 2019, 1044 [juris Rn. 24] - Der Novembermann, jeweils mwN). Ein einheitlicher Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit kann grundsätzlich auch dann noch vorliegen, wenn der Anwalt zur Wahrnehmung der Rechte des Geschädigten verschiedene, in ihren Voraussetzungen voneinander abweichende Anspruchsgrundlagen zu prüfen oder mehrere getrennte Prüfungsaufgaben zu erfüllen hat. Denn unter einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinn ist das gesamte Geschäft zu verstehen, das der Rechtsanwalt für den Auftraggeber besorgen soll. Die Angelegenheit ist von dem Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit abzugrenzen, der das konkrete Recht oder Rechtsverhältnis bezeichnet, auf das sich die anwaltliche Tätigkeit bezieht. Eine Angelegenheit kann durchaus mehrere Gegenstände umfassen. Für einen einheitlichen Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit reicht es grundsätzlich

aus, wenn die verschiedenen Gegenstände in dem Sinn einheitlich vom Anwalt bearbeitet werden können, dass sie verfahrensrechtlich zusammengefasst oder in einem einheitlichen Vorgehen - zum Beispiel in einem einheitlichen Abmahnschreiben - geltend gemacht werden können. Ein innerer Zusammenhang zwischen den anwaltlichen Leistungen ist zu bejahen, wenn die verschiedenen Gegenstände bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung des mit der anwaltlichen Tätigkeit nach dem Inhalt des Auftrags erstrebten Erfolgs zusammengehören (BGH, AfP 2010, 469 [juris Rn. 16]; BGH, Urteil vom 1. März 2011 - VI ZR 127/10, NJW 2011, 2591 [juris Rn. 9]; Urteil vom 22. Januar 2019 - VI ZR 402/17, NJW 2019, 1522 [juris Rn. 17]; BGH, GRUR 2019, 1044 [juris Rn. 24] - Der Novembermann, jeweils mwN).

75            Dabei wird der verfahrensrechtliche Zusammenhang grundsätzlich auch nicht dadurch gesprengt, dass bei einem außergerichtlichen Vorgehen gegen verschiedene Rechtsverletzer an jeden Adressaten ein eigenes Abmahnschreiben zu richten ist. Dies gilt insbesondere bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegenüber Rechtsverletzern, denen eine gleichgerichtete Verletzungshandlung vorzuwerfen ist, so dass die erforderlichen Abmahnungen einen identischen oder zumindest weitgehend identischen Inhalt haben. Eine wirtschaftliche oder rechtliche Verbundenheit der abgemahnten Unternehmen ist in einer solchen Fallgestaltung nicht erforderlich (BGH, GRUR 2019, 1044 [juris Rn. 31] - Der Novembermann, mwN).

76            b) Das Berufungsgericht hat gemeint, diese - mit der Senatsentscheidung "Der Novembermann" (BGH, GRUR 2019, 1044) auf das Urheberrecht erstreckten - Grundsätze seien auf die gegebene lauterkeitsrechtliche Konstellation nicht übertragbar. Bei den am selben Tag wortgleich versandten Abmahnungen gegenüber 25 verschiedenen Mitbewerbern des Klägers handele es sich nicht um

dieselbe Angelegenheit im Sinne des § 15 Abs. 2 RVG. Sie betreffen nicht denselben Wettbewerbsverstoß, sondern seien lediglich hinsichtlich ihrer rechtlichen Qualifikation gleichartig.

77 c) Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

78 aa) Allerdings sind die zuvor dargestellten Maßstäbe der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 15 Abs. 2 RVG grundsätzlich auch auf lauterkeitsrechtliche Fallkonstellationen anwendbar (vgl. OLG Frankfurt am Main, WRP 2021, 1333 [juris Rn. 33] und WRP 2021, 1088 [juris Rn. 38]; Büscher, GRUR 2021, 162, 164 f.; Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl., § 13 Rn. 120a; Brau, GRUR-Prax 2022, 501 bis 503).

79 bb) Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht sich auf den Standpunkt gestellt hat, die am 5. Februar 2019 ausgesprochenen Abmahnungen betreffen nicht dieselbe Angelegenheit im Sinne von § 15 Abs. 2 RVG. Zwar lag den wortlautidentisch ausgesprochenen Abmahnungen jeweils ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Grundpreisangabe zugrunde. Dass zwischen den einzelnen Verletzungshandlungen ein innerer Zusammenhang bestünde und sie bei objektiver Betrachtung zusammengehörten, ist aber nicht ersichtlich. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Wettbewerbshandlungen, die den Kläger zur Abmahnung veranlasst haben, hinsichtlich ihrer rechtlichen Qualifikation gleichartig sind (vgl. Büscher, GRUR 2021, 162, 165; aA wohl LG Hamburg, GRUR-RR 2019, 291 [juris Rn. 79]). Entgegen der Ansicht der Revision kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass der Kläger die Auswahl der Abgemahnten seinem Prozessbevollmächtigten überlassen hat. Vielmehr hat das Berufungsgericht zutreffend darauf abgestellt, dass wegen der jeweils unterschiedlichen konkreten Wettbewerbshandlungen davon auszugehen ist, dass die mit den 25 Abmahnungen gerügten Rechtsverstöße zusammenhanglos nebeneinanderstehen (vgl. Brau, GRUR-Prax 2022, 501, 503).

80 4. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 [juris Rn. 21] = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32 f.] - Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi). Es stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Die Ermittlung der Verkehrsauffassung obliegt den nationalen Gerichten.

81 IV. Die Verurteilung des Beklagten zur Erstattung der Kosten für das Abschluss schreiben (Klageantrag zu 2) kann auf Grundlage der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

82 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger könne die Kosten für das Abschluss schreiben nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen, weil dieses erforderlich gewesen sei und dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprochen habe. Der Kläger habe nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 3. April 2019 eine angemessene Frist von zwei Wochen bis zur Erstellung des Abschluss schreibens am 18. April 2019 abgewartet. Dass der Beklagte ebenfalls am 18. April 2019 Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung eingelegt habe, habe dieser dem Kläger nicht zeitnah mitgeteilt. Der Kläger habe daher davon ausgehen dürfen, dass das Abschluss schreiben dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprochen habe.

83 2. Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

84 a) Allerdings macht die Revision ohne Erfolg geltend, die Kosten für ein Abschlusschreiben könnten generell nur dann verlangt werden, wenn es nicht zu einem Hauptsacheverfahren komme. Die von ihr zitierte Entscheidung des VI. Zivilsenats (Urteil vom 4. März 2008 - VI ZR 176/07, GRUR-RR 2008, 368) belegt diese Annahme nicht.

85 b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die Erstellung eines Abschlusschreibens grundsätzlich ein Aufwendungsersatzanspruch nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 Satz 1, § 670 BGB) in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - I ZR 30/08, GRUR 2010, 1038 [juris Rn. 26] = WRP 2010, 1169 - Kosten für Abschlusschreiben I; Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 59/14, GRUR 2015, 822 [juris Rn. 14] = WRP 2015, 979 - Kosten für Abschlusschreiben II; Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 16] - Kosten für Abschlusschreiben III).

86 Eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (§ 683 Satz 1 Halbsatz 1 BGB). Vorrangig kommt es auf den ausdrücklich oder konkludent geäußerten wirklichen Willen des Geschäftsherrn an. Hat dieser seinen Willen nicht geäußert, ist sein mutmaßlicher Wille maßgeblich; dieser ist deckungsgleich mit seinem (objektiven) Interesse, soweit keine anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - I ZR 228/19, GRUR 2021, 714 [juris Rn. 55] = WRP 2021, 633 - Saints Row; Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 15] - Kosten für Abschlusschreiben III, jeweils mwN).

87 Ein kostenauslösendes Abschlusschreiben ist nur dann erforderlich und entspricht dem mutmaßlichen Willen des Schuldners, wenn der Gläubiger dem Schuldner angemessene Zeit gewährt hat, um die Abschlusserklärung unaufgefordert von sich aus abgeben zu können. Hierbei ist eine Wartefrist von zwei Wochen, gerechnet ab der Zustellung der einstweiligen Verfügung, im Regelfall

geboten und ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2017 - I ZR 263/15, GRUR 2017, 1160 [juris Rn. 57] = WRP 2017, 1337 - BretarisGenuair; BGH, GRUR 2015, 822 [juris Rn. 21] - Kosten für Abschlusschreiben II; BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 17] - Kosten für Abschlusschreiben III). Diese Wartefrist hat der Kläger eingehalten.

88           c) Gemäß der nach dem Berufungsurteil ergangenen Rechtsprechung des Senats ist die Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung für den Schuldner dann nicht mehr von Nutzen, wenn er sich bereits dafür entschieden hat, die einstweilige Verfügung nicht als endgültige Regelung zu akzeptieren (BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 20] - Kosten für Abschlusschreiben III). In diesem Fall entspricht die Beauftragung eines Abschlusschreibens auch nicht dem wirklichen Willen des Schuldners, den dieser durch die Erhebung des Widerspruchs geäußert hat (BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 21] - Kosten für Abschlusschreiben III). Dies hat zur Folge, dass eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag ausscheidet. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es nicht darauf an, ob der wirkliche Wille des Beklagten dem Kläger bekannt oder für ihn erkennbar war (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 22] - Kosten für Abschlusschreiben III).

89           d) Im Streitfall kann auf Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden, ob die Erstellung des Abschlusschreibens dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprach, weil aus ihnen nicht hervorgeht, ob der Beklagte zum Zeitpunkt der Erstellung des Abschlusschreibens bereits den Entschluss gefasst hatte, Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung einzulegen.

90           3. Nach der genannten Senatsrechtsprechung kommt neben einem Anspruch auf Erstattung der Kosten für das Abschlusschreiben nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag allerdings auch ein Schadensersatz-

anspruch nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 23 bis 27] - Kosten für Abschlusschreiben III).

91 a) Berechtigte Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb begründen eine - durch die Abmahnung oder auch durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung konkretisierte - wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung eigener Art, die in besonderem Maße durch Treu und Glauben und das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme bestimmt wird. Daraus können sich abhängig von den konkreten Umständen Pflichten zur Aufklärung ergeben, insbesondere wenn dem anderen Teil als Folge des Verhaltens des Verletzers Kostenschäden drohen, die durch die Aufklärung unschwer zu vermeiden sind (vgl. BGH, GRUR 2021, 714 [juris Rn. 40] - Saints Row; BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 24] - Kosten für Abschlusschreiben III, jeweils mwN).

92 aa) Ein im Verfahren der einstweiligen Verfügung unterlegener Schuldner muss damit rechnen, dass der Gläubiger seinem Rechtsanwalt unmittelbar nach Ablauf der Wartefrist den Auftrag erteilt, ein Abschlusschreiben zu versenden. Der Schuldner muss dabei berücksichtigen, dass ein Gebührenanspruch des Rechtsanwalts des Gläubigers bereits mit dessen erster Tätigkeit für die Ausführung dieses Auftrags entsteht (BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 25] - Kosten für Abschlusschreiben III, mwN).

93 Vor diesem Hintergrund trifft den Schuldner während des Laufs der Wartefrist zwar noch keine Aufklärungspflicht. Mit Ablauf der Wartefrist muss er dem Gläubiger aber mitteilen, dass er sich zur Erhebung eines Widerspruchs entschlossen oder sogar Widerspruch erhoben hat. Insbesondere darf er sich nicht darauf verlassen, dass das Gericht dem Gläubiger den Widerspruch zur Kenntnis bringt. Die damit einhergehende Verzögerung kann er unschwer vermeiden, indem er dem Gläubiger seinen Schriftsatz von Anwalt zu Anwalt zustellt oder

vorab zur Kenntnis übermittelt. Wird der Widerspruch nicht unmittelbar eingelegt, nachdem der Schuldner seinen dahingehenden Entschluss gefasst hat, kann er sogar gehalten sein, den Gläubiger schon vorab zu informieren (BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 26] - Kosten für Abschlusschreiben III).

94           bb) Wird der pflichtwidrig unterlassene Hinweis adäquat kausal für die durch das objektiv nicht erforderliche Abschlusschreiben verursachten Kosten, kann das einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB auslösen, wobei der Schädiger allerdings nur solche Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen hat, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig gewesen sind (BGH, Versäumnisurteil vom 22. März 2018 - I ZR 265/16, GRUR 2018, 914 [juris Rn. 16] = WRP 2018, 1087 - Riptide I; Urteil vom 9. Februar 2023 - I ZR 61/22 [juris Rn. 26] - Kosten für Abschlusschreiben III, jeweils mwN).

95           b) Im Streitfall hat das Berufungsgericht zwar festgestellt, dass der Beklagte den Kläger oder seinen Prozessbevollmächtigten nicht zeitnah über die Einlegung des Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung informiert und der Kläger daher bei Erstellung des Abschlusschreibens keine Kenntnis von diesem Widerspruch gehabt hat. Wie dargelegt fehlt es aber an Feststellungen dazu, wann der Beklagte den Entschluss zur Einlegung des Widerspruchs gefasst hat und ob der Rechtsanwalt des Klägers zu diesem Zeitpunkt bereits kostenauslösende Tätigkeiten für die Erstellung eines Abschlusschreibens entfaltet hatte.

96           4. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Anspruch der Parteien auf ein faires Gerichtsverfahren gebieten es, im Hinblick auf einen etwaigen Anspruch des Klägers auf Erstattung der Kosten für das Abschlusschreiben keine Beweislastentscheidung auf Grundlage der bisherigen Feststellungen zu treffen, sondern den Parteien durch Wiedereröffnung der Berufungsinstanz Gelegenheit zu geben, zu den mit der Senatsentscheidung "Kosten für Abschlusschreiben III" vom 9. Februar 2023 (I ZR 61/22, juris) fortentwickelten Maßstäben weiter

vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2018 - I ZR 64/17, BGHZ 2019, 276 [juris Rn. 57] - Dead Island, mwN).

97 D. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben, soweit das Berufungsgericht der Klage mit dem Unterlassungsantrag (Klageantrag zu 3) stattgegeben hat, und die Klage insoweit abzuweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Die Revision des Beklagten ist zurückzuweisen, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung der Abmahnkosten (Klageantrag zu 1) wendet. In Bezug auf den Klageantrag zu 2 (Kosten des Abschlusschreibens) ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Feddersen

Schwonke

Pohl

Schmaltz

Odörfer

**Hinweis: Gegen das vorstehende Versäumnisurteil wurde Einspruch eingelegt.**

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 26.03.2021 - 416 HKO 106/19 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 20.01.2022 - 3 U 66/21 -



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 17/22

vom

26. Mai 2023

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Mai 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterinnen Pohl und Dr. Schmaltz, den Richter Odörfer und die Richterin Wille

beschlossen:

Das Urteil vom 23. März 2023 wird wegen offenkundiger Unrichtigkeit gemäß § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend berichtigt, dass es unter der Randnummer 7 im zweiten Satz heißen muss:

"Dabei beruht das Urteil inhaltlich teils auf der Säumnis des Klägers" statt "Dabei beruht das Urteil inhaltlich teils auf der Säumnis des Beklagten"

und dass es unter der Randnummer 28 im ersten Satz heißen muss:

"der in Anspruch nehmende Mitbewerber" statt "der in Anspruch genommene Mitbewerber".

Koch

Pohl

Schmaltz

Odörfer

Wille

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 26.03.2021 - 416 HKO 106/19 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 20.01.2022 - 3 U 66/21 -