BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 77/05

Verkündet am:
22. November 2007
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Fruchtextrakt

UWG §§ 3, 4 Nr. 11

Der Vertrieb eines Erzeugnisses, das in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten vom 27. Januar 1997 (ABl. Nr. L 43 vom 14.2.1997, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung [EG] Nr. 1882/2003 vom 29.9.2003 [ABl. Nr. L 284 vom 31.10.2003, S. 1] - Novel-Food-Verordnung) fällt, ohne die nach dieser Verordnung erforderliche Genehmigung stellt ein gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unlauteres Wettbewerbsverhalten dar.

EG-VO 258/97 Art. 1 Abs. 2

Ein Lebensmittel oder eine Lebensmittelzutat wurde in der Gemeinschaft dann noch nicht i.S. des Art. 1 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung in nennenswertem Umfang verwendet, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls feststeht, dass das Mittel oder die Zutat vor dem 15. Mai 1997 in keinem Mitgliedstaat in erheblicher Menge für den menschlichen Verzehr verwendet wurde (im Anschluss an EuGH Slg. 2005, I-5141 - HLH Warenvertrieb und Orthica); die Darlegungs- und Beweislast desjenigen, der das Fehlen einer solchen Verwendung behauptet, wird dadurch gemildert, dass den Prozessgegner eine sekundäre Darlegungslast für das Vorliegen einer solchen Verwendung trifft.

BGH, Urt. v. 22. November 2007 - I ZR 77/05 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2007 durch die Richter Dr. Bergmann, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. April 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte hat im Jahr 2003 Mittel beworben und vertrieben, die Luo Han Guo-Fruchtextrakt enthalten. Luo Han Guo ist die Frucht eines aus China stammenden Kürbisgewächses, deren Extrakt fast 300mal so süß ist wie Zucker.

2 Der Kläger, der Verband Sozialer Wettbewerb e.V., hat hierin einen Wettbewerbsverstoß gesehen, weil die von der Beklagten beworbenen und vertriebenen Produkte unter die Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten vom 27. Januar 1997 (ABl. Nr. L 43 vom 14.2.1997, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung [EG] Nr. 1882/2003 vom 29.9.2003 [ABl. Nr. L 284 vom 31.10.2003, S. 1]; im Weiteren: Novel-Food-Verordnung) fielen, aber nicht nach dem in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren zugelassen seien.

3 Nach erfolgloser Abmahnung nimmt der Kläger die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch.

4 Der Kläger hat beantragt, die Beklagte

1. unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr die Mittel "Luo Han Guo 80 % Fruchtpastillen", "Luo Han Guo Fruchtextrakt Pulver Mix" und "Luo Han Guo Liquidum" zu bewerben und/oder zu vertreiben, sofern die Mittel keine Zulassung oder Notifizierung nach der Novel-Food-Verordnung (Verordnung EG Nr. 258/97) haben;

2. zur Zahlung von 139,20 € nebst Zinsen zu verurteilen.

5 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

6 Mit seiner (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt der Kläger seine in beiden Vorinstanzen erfolglos gebliebenen Klageansprüche weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat - anders als das Landgericht - angenommen, dass die Vorschriften der Novel-Food-Verordnung wegen des mit ihnen bezweckten Schutzes der Gesundheit der Verbraucher i.S. des § 4 Nr. 11 UWG dazu bestimmt seien, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Es hat jedoch gemeint, dass auf der Grundlage des Vorbringens der Parteien nicht festgestellt werden könne, dass der Anwendungsbereich der Verordnung im Streitfall eröffnet sei. Hierzu hat es ausgeführt:

8 Der Kläger sei grundsätzlich für die Voraussetzungen der geltend gemachten Ansprüche und damit auch dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass der Fruchtextrakt vor dem Inkrafttreten der Novel-Food-Verordnung am 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft nur in nicht nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden sei. Den ihm danach obliegenden Beweis, dass der Extrakt nicht in einem oder mehreren Mitgliedstaaten im Handel gewesen sei, habe er auch unter Berücksichtigung der zum Beweis negativer Tatsachen entwickelten Grundsätze nicht geführt. Die Beklagte habe substantiiert und unter Beweisantritt vorgetragen, dass Produkte mit Luo Han Guo-Fruchtextrakt seit mindestens 20 Jahren von verschiedenen Unternehmen und Restaurants in Frankreich, Deutschland und den Niederlanden geführt würden. Der Kläger habe diesen Vortrag mit Ausnahme eines einzigen Falls nur pauschal bestritten und damit die Tatsachenbehauptungen der Beklagten weder ernsthaft in Frage gestellt noch widerlegt.

9 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Nach den vom Berufungs-

gericht bislang getroffenen Feststellungen können die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten nicht verneint werden.

10 1. Die Parteifähigkeit der Beklagten, deren Fehlen in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen ist (§ 50 Abs. 1, § 56 Abs. 1 ZPO), ist nicht schon dadurch weggefallen, dass der von der Beklagten während des Revisionsverfahrens gestellte Insolvenzantrag mangels Masse abgelehnt und nachfolgend die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist. Die Auflösung der Gesellschaft führt nicht zur Beendigung, sondern nur zur Liquidation der Gesellschaft, die parteifähig bleibt. Der Verlust der Parteifähigkeit tritt erst mit Vollbeendigung der juristischen Person ein (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.1994 - II ZR 159/93, ZIP 1994, 1887, 1888; Musielak/Weth, ZPO, 5. Aufl., § 50 Rdn. 18 m.w.N.). Für die Annahme einer Vollbeendigung der Beklagten bestehen - auch unter Berücksichtigung des relativ kurzen Zeitraums seit der Auflösung der Gesellschaft - keine hinreichenden Anhaltspunkte.

11 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Vertrieb eines Erzeugnisses, das in den Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung fällt, ohne die nach dieser Verordnung erforderliche Genehmigung (vgl. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 der Novel-Food-Verordnung) ein gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG und auch im Jahr 2003 schon gemäß § 1 UWG a.F. unlauteres und unzulässiges Wettbewerbsverhalten darstellt. Die genannten lebensmittelrechtlichen Bestimmungen regeln das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer, weil sie gemäß der Zweiten Begründungserwägung der Novel-Food-Verordnung dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen (vgl. OLG Braunschweig ZLR 2006, 453, 457; OLG Hamm, Urt. v. 27.3.2007 - 4 U 7/07, juris Tz. 31; LG Saarbrücken LMuR 2007, 68, 69; Harte/Henning/v. Jagow, UWG,

§ 4 Nr. 11 Rdn. 101; Bruggmann, LMuR 2007, 52, 54). Ihre Verletzung stellt aus diesem Grund auch keinen Bagatellverstoß i.S. von § 3 UWG a.E. dar (vgl. BGHZ 163, 265, 274 - Atemtest; OLG Hamm aaO Tz. 32).

12 3. Die vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen tragen jedoch nicht dessen Annahme, der Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung sei nicht eröffnet. Das Berufungsgericht hat den Begriff der "nicht nennenswerten Verwendung" i.S. des Art. 1 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung sowie die Darlegungs- und Beweislast der Parteien nicht richtig beurteilt.

13 a) Nach ihrem Art. 1 Abs. 2 findet die Novel-Food-Verordnung auf das Inverkehrbringen von Lebensmitteln und Lebensmittelzutaten in der Gemeinschaft Anwendung, die in dieser bisher noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden und in eine der in Art. 1 Abs. 2 lit. a bis f aufgeführten Gruppen von Erzeugnissen fallen.

14 aa) Das Berufungsgericht ist - von den Parteien unbeanstandet - davon ausgegangen, dass es sich bei den von der Beklagten beworbenen und vertriebenen Produkten um Lebensmittel handelt, bei denen Luo Han Guo-Fruchtextrakt als eine aus Pflanzen isolierte Lebensmittelzutat i.S. des Art. 1 Abs. 2 lit. e der Novel-Food-Verordnung verwendet wird.

15 bb) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Lebensmittel oder eine Lebensmittelzutat in der Gemeinschaft bisher noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden ist, auf die Verhältnisse am 15. Mai 1997 abzustellen ist (vgl. EuGH, Urt. v. 9.6.2005 - C-211/03 und andere, Slg. 2005, I-5141 = WRP 2005, 863 Tz. 87 = ZLR 2005, 435 - HLH Warenvertrieb und Orthica).

16 cc) Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung jedoch einen unzutreffenden Begriff der Neuartigkeit i.S. von Art. 1 Abs. 1 und 2 der Novel-Food-Verordnung zugrunde gelegt. Es hat angenommen, Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten seien im Sinne dieser Bestimmungen in der Gemeinschaft (noch) nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden, wenn sie bei deren Inkrafttreten (überhaupt) nicht in einem oder mehreren Mitgliedstaaten im Handel gewesen seien, ohne dass weitere quantitative Anforderungen an das Merkmal "nicht in nennenswertem Umfang" zu stellen seien. Es hat sich dabei auf die Textziffer 97 der Schlussanträge des Generalanwalts vom 3. Februar 2005 in der Rechtssache HLH Warenvertrieb und Orthica bezogen (EuGH Slg. 2005, I-5141). Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist der vom Generalanwalt dort vertretenen Auffassung in seinem am 7. Juni 2005 in dieser Sache erlassenen Urteil jedoch nicht gefolgt. Denn er hat insoweit ausgeführt, die Voraussetzung, dass das Lebensmittel oder die Lebensmittelzutat bisher noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden seien, beziehe sich auf die Verwendung für den Verzehr im Sinne der Aufnahme durch den Menschen. Sie sei erfüllt, wenn das betreffende Lebensmittel oder die betreffende Lebensmittelzutat vor dem Bezugszeitpunkt von Menschen nicht in erheblicher Menge verzehrt worden sei. Bei der Beurteilung, ob ein so geringer menschlicher Verzehr vorliege, habe die zuständige Behörde alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sei der Umstand, dass das betreffende Lebensmittel oder die betreffende Zutat vor dem Bezugszeitpunkt auf dem Markt eines Mitgliedstaats oder mehrerer Mitgliedstaaten vertrieben worden sei, (lediglich mit) von Bedeutung (EuGH WRP 2005, 863 Tz. 83-85 - HLH Warenvertrieb und Orthica). Die berücksichtigten Umstände müssten das Lebensmittel oder die Zutat selbst betreffen, auf das oder auf die sich die Prüfung erstrecke, und nicht ein ähnliches oder vergleichbares Lebensmittel oder eine ähnliche oder vergleichbare Zutat. Denn auf dem Gebiet der neuartigen Lebensmittel oder Lebensmit-

telzutaten lasse sich nicht ausschließen, dass selbst gering erscheinende Abweichungen ernst zu nehmende Folgen für die Gesundheit der Bevölkerung nach sich ziehen könnten, zumindest solange nicht die Unschädlichkeit des fraglichen Lebensmittels oder der fraglichen Zutat durch angemessene Verfahren nachgewiesen sei (EuGH WRP 2005, 863 Tz. 86 - HLH Warenvertrieb und Orthica).

17 b) Das Berufungsgericht ist mithin bei der Beurteilung der Frage, ob die Produkte der Beklagten als neuartige Lebensmittel i.S. des Art. 1 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung anzusehen sind oder neuartige Lebensmittelzutaten im Sinne der Verordnung enthalten, von einem anderen Maßstab ausgegangen als der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem am 9. Juni 2005 in der Sache HLH Warenvertrieb und Orthica erlassenen Urteil. Dieser Umstand würde der Revision allerdings dann nicht zum Erfolg verhelfen, wenn sich diese Abweichung auf die angefochtene Entscheidung im Ergebnis nicht ausgewirkt hätte (§ 561 ZPO). Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat, da es an das Merkmal "nicht in nennenswertem Umfang" zu geringe Anforderungen gestellt hat, zu Unrecht angenommen, der Kläger habe seiner Darlegungs- und Beweislast nicht genügt.

18 aa) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Kläger insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist, als zwischen den Parteien Streit darüber besteht, ob die genannte Voraussetzung der Verwendung für den menschlichen Verzehr in "nicht nennenswertem Umfang" erfüllt ist (vgl. EuGH WRP 2005, 863 Tz. 88 - HLH Warenvertrieb und Orthica; OLG Braunschweig ZLR 2006, 453, 461; Bruggmann, LMuR 2007, 52, 53 f.; zur Beweislast im lebensmittelrechtlichen Überwachungsverfahren vgl. Meisterernst, ZLR 2007, 3, 13 f. einerseits und Groß, ZLR 2003, 543, 555 andererseits). Die seinen Anspruch begründenden Tatsachen hat grundsätzlich der Kläger darzu-

legen und zu beweisen. Dazu gehören hier die Darlegung und der Beweis der negativen Tatsache, dass es sich bei den beanstandeten Produkten der Beklagten um Lebensmittel oder Zutaten handelt, die vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden sind. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast trägt auch dem Umstand Rechnung, dass das Inverkehrbringen von Lebensmitteln und Lebensmittelzutaten grundsätzlich keiner vorherigen Genehmigung bedarf (vgl. MünchKomm.UWG/Hagenmeyer/Oelrichs, Anh. §§ 1-7 F § 2 LFGB Rdn. 16; vgl. ferner Meisterernst, ZLR 2007, 3, 13).

19 bb) Das Berufungsgericht ist des Weiteren zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte, soweit die Beweislast für die Neuartigkeit der beanstandeten Produkte beim Kläger liegt, in dieser Hinsicht eine sekundäre Darlegungslast trifft und der Kläger auf einen substantiierten Vortrag der Beklagten seinerseits sein Vorbringen konkretisieren und darauf - gegebenenfalls unter Beweisantritt - eingehen muss. Für eine solche Darlegungslast der Beklagten spricht zum einen die Erwägung, dass an den Beweis einer negativen Tatsache keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BGH, Beschl. v. 21.12.2006 - I ZB 17/06, GRUR 2007, 629 Tz. 12 f. = WRP 2007, 781 - Zugang des Abmahnschreibens; OLG Braunschweig ZLR 2006, 453, 461 m.w.N.). Zum anderen darf insbesondere auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte hier Lebensmittelunternehmerin i.S. des Art. 3 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. Nr. L 31 v. 1.2.2002, S. 1, geändert durch die Verordnung [EG] Nr. 1642/2003 [ABl. Nr. L 245 v. 29.9.2003, S. 4]) ist und daher gemäß Art. 17 Abs. 1 dieser

Verordnung Sorge dafür zu tragen hat, dass die von ihr beworbenen und vertriebenen Lebensmittel die Anforderungen des Lebensmittelrechts erfüllen.

20 cc) Der Kläger hat, wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist, zunächst das Vorliegen der negativen Tatsache, dass das hier in Rede stehende Lebensmittel oder die Lebensmittelzutat zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden ist, hinreichend substantiiert behauptet. Die Beklagte hat daraufhin in ihrer Klageerwiderung nur pauschal vorgetragen, Luo Han Guo-Produkte bzw. Produkte, denen Luo Han Guo-Extrakt zugesetzt werde, seien bereits vor Ende 1995 im Geltungsbereich der Novel-Food-Verordnung in nennenswertem Umfang verwendet worden. Dabei ist die Beklagte davon ausgegangen, dass quantitativ die Verwendung von Mengen ausreiche, die über das für Versuchszwecke Erforderliche hinausgehe. Sodann hat sie in einem weiteren Schriftsatz vom 30. Juli 2004 ohne Angabe von Mengen und ohne nähere Spezifizierung der betreffenden Produkte vorgetragen, dass einzelne, von ihr benannte Unternehmen Luo Han Guo-Produkte seit Jahren in die europäische Gemeinschaft importierten oder solche führten.

21 dd) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann auf der Grundlage dieses Vorbringens der Beklagten nicht bereits deshalb eine Verwendung der in Rede stehenden Lebensmittel oder Zutaten für den menschlichen Verzehr in einem nennenswerten Umfang angenommen werden, weil der Kläger die Tatsachenbehauptungen der Beklagten weder ernsthaft in Frage gestellt noch widerlegt habe. Der lediglich pauschale Vortrag der Beklagten zum Import und zum Angebot von Luo Han Guo-Produkten durch einzelne Unternehmen lässt keinen hinreichenden Schluss darauf zu, dass gerade die Lebensmittel oder die Zutaten, auf die sich die Prüfung zu erstrecken hat - also hier die Erzeugnisse der Beklagten, auf die sich das Unterlassungsbegehren des Klägers

bezieht, oder zumindest bestimmte, vom Kläger als neuartige Lebensmittel oder Zutaten beanstandete Bestandteile dieser Erzeugnisse -, in einer erheblichen Menge vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft von Menschen verzehrt worden sind.

22 Mit der Voraussetzung der Verwendung für den menschlichen Verzehr in nicht nennenswertem Umfang sind, wie sich aus der Entscheidung des Gerichtshofs HLH Warenvertrieb und Orthica ergibt, die durch in diesem Sinne neuartige Lebensmittel und Zutaten begründeten Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung angesprochen. Danach ist davon auszugehen, dass ein zur Annahme der Neuartigkeit des betreffenden Lebensmittels oder der betreffenden Zutat führender Verzehr durch Menschen in einer nicht erheblichen Menge dann anzunehmen ist, wenn das betreffende Lebensmittel oder die Zutat in einem so geringen Umfang verzehrt worden ist, dass durch sein Inverkehrbringen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ernst zu nehmende Folgen für die Gesundheit der Bevölkerung nicht auszuschließen sind. Eine in diesem Sinne erhebliche Menge der Verwendung für den menschlichen Verzehr ist dementsprechend gegeben, wenn es nach dem Umfang, in dem das betreffende Mittel von Menschen verzehrt worden ist, zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung nicht (mehr) erforderlich erscheint, das Inverkehrbringen in der Gemeinschaft erst nach einer Sicherheitsprüfung nach den Bestimmungen der Novel-Food-Verordnung zuzulassen. Die von der Beklagten vorgetragenen Tatsachen lassen einen solchen Schluss nicht zu. Sie betreffen lediglich den Vertrieb von Luo Han Guo-Produkten, also nur einen der in die Gesamtbeurteilung einzubeziehenden Umstände. Der Umfang des Vertriebs der betreffenden Produkte durch die benannten Unternehmen ist zudem nicht näher dargelegt. Und schließlich kann der pauschalen Angabe, es handele sich um Luo Han Guo-Produkte bzw. um Produkte, denen Luo Han Guo-Extrakt zugesetzt worden sei, nicht ohne weiteres entnommen werden, inwieweit die Produkte, die von den

von der Beklagten benannten Unternehmen importiert oder geführt worden sind, hinsichtlich der für die Beurteilung möglicher Gesundheitsgefahren maßgeblichen Bestandteile mit den beanstandeten Erzeugnissen der Beklagten übereinstimmen. Angesichts des insoweit nicht hinreichend substantiierten Sachvortrags der Beklagten durfte sich der Kläger auf das Bestreiten der von der Beklagten vorgetragenen Tatsachen beschränken.

23 4. Lässt sich auf der bisherigen Tatsachengrundlage folglich nicht feststellen, dass die in Rede stehenden Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft in einem nennenswerten Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden sind, kann bislang ein von der Beklagten begangener Wettbewerbsverstoß nicht verneint werden. Die durch einen solchen Verstoß gegebenenfalls begründete Wiederholungsgefahr ist durch die Auflösung der Beklagten (oben unter 1) nicht weggefallen. Insoweit handelt es sich um eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Eine solche Änderung berührt die Wiederholungsgefahr nur dann, wenn durch sie jede Wahrscheinlichkeit für eine Aufnahme des unzulässigen Verhaltens durch den Verletzer beseitigt ist (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 8 Rdn. 1.40 m.w.N.). Davon kann bei der Beklagten, die erst noch zu liquidieren ist, schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Möglichkeit besteht, dass sie noch über entsprechende Produkte verfügt.

24 5. Aus den dargelegten Gründen kann auch die Abweisung des auf Erstattung der Abmahnkosten gerichteten Zahlungsantrags keinen Bestand haben.

25 III. Nach allem ist das mit der Revision angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um den Parteien

Gelegenheit zu geben, ihren Sachvortrag zu der Frage, ob die in Rede stehenden Produkte in der Gemeinschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt in einem nennenswerten Umfang zum menschlichen Verzehr verwendet wurden, im Hinblick auf die nach der Entscheidung HLH Warenvertrieb und Orthica des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu berücksichtigenden Umstände zu ergänzen.

26 Das Berufungsgericht wird sodann unter Berücksichtigung der Ausführungen oben unter II 3 b erneut zu prüfen haben, ob die Parteien ihrer Darlegungslast hinsichtlich der (fehlenden) Neuartigkeit der von der Beklagten vertriebenen Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten nachgekommen sind. Sollte

es diese Frage bejahen, wird es zu prüfen haben, ob der hinsichtlich der Neuartigkeit beweisbelastete Kläger dafür hinreichend Beweis angetreten hat, und wird diesen Beweis gegebenenfalls zu erheben haben.

Bergmann Büscher Schaffert

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 16.09.2004 - 4 HKO 8786/04 -
OLG München, Entscheidung vom 21.04.2005 - 29 U 5452/04 -