
Datum: 15.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 222/11
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2013:0115:I20U222.11.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten zu 1. gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Oktober 2011 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten zu 1. auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte zu 1. darf die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben auch die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehört. Die am Berufungsverfahren nicht mehr beteiligte Beklagte zu 2., die Z. GmbH aus D., betreibt einen Versandhandel, ihre Produkte bewirbt sie im Fernsehen in der Form einer Dauerwerbesendung. Die Beklagte zu 1. ist eine Anbieterin von Nahrungsergänzungsmitteln. Sie setzt ihre Produkte auch über die Beklagte zu 2. ab, wobei ihr Geschäftsführer an der Produktpräsentation mitwirkt.

In der am 12. Juni 2010 in der Zeit von 10.00 bis 12.00 Uhr am 4. Juli 2010 in der Zeit von 12.00 bis 14.00 Uhr ausgestrahlten Z.-Dauerwerbesendung „X.Y. - natürlich gut“ bewarben sie die Produkte „Collagen-Lift-Drink“ (Typ II), „Flexi-Bel nova Gelenkkapseln“, „Cholesterin-Balance“, „Optimal Hair & Repair Kapseln für Haut, Haare, Nägel Set“, „CellClean-Kapseln mit Chorella“ und „Venovit Nova Kapseln“ der Beklagten zu 1. mit den nachstehend

1

2

3

4

wiedergegebenen Aussagen, die zum Teil Dialogen mit in der Sendung anrufenden Zuschauern entstammen:

1. Betreffend das Produkt „N. Collagen-Lift-Drink mit neuer Rezeptur Collagen-Typ II“: 5
- 1.1. „Es ist wirklich ein Drink, der die Haut glättet, sofort glättet, schnell glättet. Und es ist noch mal eine neue Rezeptur hinzugekommen. Das heißt, mit 3D-Effekt. Das heißt, stützt die Muskulatur, stützt die Bänder. Aber das kann ich gleich noch mal genau erklären. Es ist wirklich ein super, super Schönheitsdrink, ein Hautglätter par excellence.“, 6
- 1.2. „Und das kollagene Netz kann aber geflickt werden, repariert werden mit reinem natürlichen Collagen.“, 7
- 1.3. „Und wenn man jetzt den Collagen-Lift-Drink trinkt, dann geht dieses Collagen in das Bindegewebe, in das kollagene Netz und repariert von innen. Und dann passiert nämlich etwas Wunderbares. Es passiert, dass die Haut sich wieder glättet, dass wieder etwas passiert, dass wieder etwas Schönes entsteht.“, 8
- 1.4. „Die Frau sieht doch wirklich total, die sieht doch, hat doch um 15 Jahre gewonnen. Was passiert ist, der Typ Collagen II, der hier in dem Collagen-Lift-Drink noch ist, der hat dafür gesorgt, dass die Bänder sich stärken, dass die Muskulatur sich wieder anheben kann, weil die gestärkten Bänder die Muskulatur wieder heben. Und auf der Muskulatur sitzt übrigens das, unserer Körperfett. Und wenn die Muskulatur runter sinkt, sinkt das Körperfett mit. Das heißt, die Gesichtsphysiognomie wirkt alt. Und der Collagen-Lift-Drink mit 3D-Effekt bedeutet, dass die Muskulatur sich wieder stärkt.“, 9
- 1.5. „Also Zig-Tausende haben erlebt, wie einfach es ist, wenn man den Collagen-Lift-Drink einmal am Tag trinkt, die Haut von innen zu straffen und zu liften. Das wird auch weiterhin der Fall sein. Wir haben aber jetzt die Rezeptur zusätzlich erweitert, und zwar wird jetzt das Gesicht von innen, und jetzt kommt's, jetzt bitte mal ganz genau hinhören, weil, das gab es noch nie! Das Gesicht, die Haut wird von innen neu modelliert. Das heißt, jugendliche Konturen werden wieder geschaffen.“, 10
- 1.6. „Die Falten, ja, die werden mit dem Collagen-Lift-Drink gestrafft.“, 11
- 1.7. „Und jetzt sehen Sie ganz deutlich, wie diese Partie angehoben wirkt, und zwar ohne Skalpell, ohne irgendwelche chirurgischen Eingriffe. Alles mit dem neuen Collagen-Lift-Drink.“, 12
- 1.8. „Collagentyp II macht jetzt Folgendes: verstärkt die Spannkraft der Sehnen. Das heißt, die Sehnen gehen ein Stück wieder nach oben und mit den Sehnen die Muskulatur mit dem Unterfettgewebe. Und so entsteht wieder das, was wir mit zwanzig, dreißig immer hatten, jugendliche Konturen.“, 13
- 1.9. „Das heißt, der neue Collagen-Lift-Drink, also das heutige Tagesangebot arbeitet zweifach. Erstens, die Haut wird von innen gestrafft beziehungsweise geliftet. Zweitens, die Haut wird von innen neu modelliert. Das heißt, jugendliche Konturen werden wieder aufgebaut. Und deshalb haben wir auch drauf stehen, auf dem Collagen-Lift-Drink-Etikett: Jetzt mit 3D-Effekt. Sie zaubern mit dem neuen Collagen-LiftDrink zusätzlich einen 3D-Effekt ins Gesicht. Und dadurch werden Sie noch jugendlicher aussehen. Und das ist eine absolute Sensation! Das hat es in dieser Form noch nicht gegeben. Und wenn Sie sich jetzt den Preis anschauen, das ist sensationell! Normalerweise Modellation und Lifting und Straffung locker 14

5.000 Euro beim Schönheitschirurgen. Hier noch nicht mal 50 Euro!‘,

1.10. „Überall hilft es. Punkt! Collagen kommt nach. Der Körper wird unterstützt, wieder jugendlicher auszusehen und das ganz ohne Skalpell, ohne Messer, ohne sonst etwas. Und das ist doch das Beste, was einem passieren kann.“, 15

1.11. „Das heißt, erstens strafft und liftet er die Haut am gesamten Körper von innen. Also das ist hocheffektiv, hochwirksam. Ich behaupte, das bekommen Sie mit keiner Kosmetik von außen so hin. Ist ja auch logisch, weil Collagen in den unteren Hautschichten sitzt und da müssen Sie über den Stoffwechsel rein. Zweitens, und das ist neu, das ist die verbesserte Rezeptur. Zaubern Sie - und deshalb steht das hier drauf: Jetzt mit 3D-Effekt - einen so genannten 3D-Effekt ins Gesicht. Was bedeutet das genau? Das heißt, das Gesicht, die Konturen werden neu modelliert.“, 16

1.12. „Diese zweite Collagenart verstärkt die Sehnen. Was das für Sie bedeutet beziehungsweise für Ihr jungliches Aussehen, sehen Sie hier. Jetzt schauen Sie sich bitte das; und das ist phänomenal! Sie sehen deutlichst, dass die hängende Partie wieder angehoben ist, und zwar ohne Skalpell, ohne chirurgischen Eingriff. Kinderleicht! Sie trinken einfach jeden Tag einmal einen Cocktail von unserem heutigen Tagesangebot.“, 17

1.13. „Ab heute ist aber zusätzlich zum Collagen-Typ I Collagen-Typ II mit drin. Und Collagen-Typ II ist verantwortlich für die Verstärkung der Sehnen. Und wenn die Spannkraft der Sehnen wieder so auf jugendlich getrimmt ist, dann wird im Gesicht die Muskulatur angehoben. Und dadurch entstehen wieder die jugendlichen Konturen. Jugendliches Aussehen erreichen Sie nämlich nicht nur, indem Sie die Haut straffen beziehungsweise liften, sondern Sie sollten gleichzeitig auch die Konturen wieder positiv unterstützen. Das kennen wir alle, als wir zwanzig waren. Da hatten wir noch die schönen Wangen. Da war alles fest aufgrund der Konturen. Und genau das macht der neue Collagen-Lift-Drink. Er liftet und strafft die Haut von innen. Und er modelliert Ihnen wieder jugendliche Konturen ins Gesicht. Und ich garantiere Ihnen an dieser Stelle, wenn Sie dieses Produkt regelmäßig nehmen, werden Sie nach wenigen Wochen optisch etliche Jahre gewinnen.“, 18

1.14. „Ab heute haben wir aber zusätzlich, also zum Lifting- und Straffungseffekt noch Collagen-Typ II drin. Wofür ist das wichtig? Collagen-Typ II verstärkt die Sehnen. Auf den Sehnen im Gesicht sitzt nämlich die Muskulatur mit dem Unterhautfettgewebe und sorgt für Konturen. Und hier sehen Sie sehr deutlich, dass das hemmt. Und das ist bei ganz vielen Menschen der Fall, weil im Laufe des Alters die Spannkraft der Sehnen nachlässt. Das heißt, die Sehnen sinken nach unten und damit die Muskulatur. Und dann sinkt die ganze Partie. Und jetzt schauen Sie sich bitte an, was der Collagen-Lift-Drink macht! Er zaubert quasi neue Konturen ins Gesicht. Weil, Collagen-Typ II, was ebenfalls ab heute mit drin ist im Collagen-Lift-Drink, verstärkt die Spannkraft der Sehnen. Dadurch heben sich die Sehnen wieder an. Mit den Sehnen die Muskulatur und das Unterhautfettgewebe. Und wir haben wieder jugendliche Konturen. Und das ist auch ganz wichtig.“, 19

1.15. „Und ich finde vom Aussehen, Frank, ist da ein Unterschied von 15 Jahren locker zwischen den beiden Bildern.“, 20

2. Betreffend das Produkt „X. Y. Flexi-Bel nova Gelenkkapseln“: 21

„Und jetzt zeigen wir Ihnen Flexi-Bel. Hab ich mal ‘ne ganze Weile selbst genommen. Hat meine Gelenke sehr unterstützt. Ich ... bin da sogar mit zu meinem Arzt gelaufen, hab gesagt, der soll mal gucken, was da drin ist. Der hat gesagt, wäre super! Super, was da drin wäre. 22

Und wenn man 'ne besondere Unterstützung bräuchte, hat er zu mir gesagt, man kann ruhig die Mengenangabe verdoppeln. Und das würde absolut unterstützend sein. Der war ganz begeistert ... Der hat gesagt, da ist genau das drin, was Gelenke unterstützt.“,

3. Betreffend das Produkt „X. Y. Cholesterin-Balance“: 23

„Seit längerem beziehe ich die Produkte und zumal die Tabletten für den Cholesterin. Den hab ich vor zwei Monaten angefangen zu nehmen. Damals hatte ich fast 300 und bin runter gekommen.“, 24

4. Betreffend das Produkt „X. Y. Optimal Hair & Repair Kapseln für Haut, Haare, Nägel Set“: 25

4.1. „Ich habe sehr viele Haare durch meine Krankheit verloren. Und ich hab sie alle wieder.“; 26

4.2 „Und Sie haben viele Haare verloren, sagten Sie.“ - „Aber reichlich, ja ... Aber sehr, sehr viele.“ - „Ja. Und jetzt hat sich das dramatisch zum Positiven verbessert?“ - „Aber wirklich!“, 27

5. Betreffend das Produkt „X. Y. CellClean-Kapseln mit Chlorella“: 28

5.1. „Aber beim zweiten Mal hab ich fünf Kilo abgenommen.“, 29

5.2. „Fünf Kilo abgenommen mit CellClean? Und das ist ja ein Produkt ... zur Entschlackung, die Entschlackung zu unterstützen.“ 30

6. Betreffend das Produkt „X. Y. Venovit Nova Kapseln“: 31

6.1. „Danach kam dann Venovit. Ja? Krampfadern waren weg. Also wunderbar!“, 32

6.2. „Aber ich kann nur sagen, dass das alles besser geworden ist. Ja? Die Bindehaut hat sich gebessert und so weiter und so was. Also ich würde es, darauf schwören, auf euer Produkt.“ 33

Wegen der weiteren Einzelheiten und des genauen Ablaufs der Sendungen vom 12. Juni und 4. Juli 2010 wird auf die als Anlagen K 33, Bl. 243 ff d. GA., und K 34, Bl. 250 ff d. GA., vorgelegten Niederschriften Bezug genommen. 34

Der Kläger hält diese Werbung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wegen Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB für wettbewerbswidrig, weil den Produkten Wirkungen zugeschrieben würden, die wissenschaftlich nicht hinreichend belegt seien. 35

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß zur Unterlassung der Bewerbung der Produkte mit den vorgenannten Behauptungen wie in den Sendungen geschehen sowie zur Erstattung der Abmahnkosten verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Werbung sei unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wettbewerbswidrig, sie verstoße gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB. An dessen Anwendbarkeit ändere sich auch durch das Inkrafttreten der Health-Claims-Verordnung nichts. Es handele sich bei § 11 LFGB um harmonisiertes Recht, das durch die Health-Claims-Verordnung nur insoweit eine Beschränkung erfahre, soweit die Verwandten nach der in Art. 13 Abs. 3 HCVO genannten Liste erlaubt seien. Die Beklagten müssten sich auch entsprechende Zuschaueräußerungen zurechnen lassen, eine hinreichende Distanzierung sei nicht erfolgt. Die Richtigkeit der Aussagen sei wissenschaftlich nicht belegt, den ihnen obliegenden Nachweis seien die Beklagten schuldig 36

geblieben.

Hiergegen wendet sich die Beklagte zu 1. mit ihrer Berufung. Sie trägt vor, das Landgericht habe den Vorrang der Health-Claims-Verordnung nicht hinreichend beachtet. Diese sehe strenge Anforderungen nur für den Bereich der gesundheitsbezogenen Angaben vor, um die es sich bei Aussagen zum äußeren Erscheinungsbild der Haut aber gerade nicht handele. Im Übrigen sei nach Ablauf der Frist zur Vorlage der Liste nach Art. 13 Abs. 3 HCVO - wie von Kommission auch praktiziert - ohnehin Art. 28 Abs. 6 HCVO auf alle Angaben anzuwenden. Zumindest hätten diese Fragen dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt werden müssen. In tatsächlicher Hinsicht habe das Landgericht ihren Vortrag zur Wirksamkeit des „Collagen-Lift-Drinks“ nicht beachtet und ihren Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu Unrecht übergangen. So seien in dem Produkt Zink und Vitamin C enthalten, die die Biosynthese von Collagen im menschlichen Körper unterstütze und verstärke. Nicht ohne Grund sei das Produkt bereits über 100.000 Mal an zufriedene Kunden verkauft worden. Hinsichtlich des Produkts „Flexibel nova“ habe der Moderator lediglich wiedergegeben, was ihm sein Arzt gesagt habe. Ein Verbot der Werbung mit ärztlichen Empfehlungen habe der Europäische Gerichtshof als mit der Waren- und Dienstleistungsfreiheit unvereinbar angesehen. Von den Zuschaueräußerungen hätten sie sich klar und eindeutig distanziert. Bezüglich des Produkts „Cholesterin Balance“ habe sie zudem eine Unterlassungserklärung abgegeben. 37

Die Beklagte zu 1. beantragt, 38

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 26.10.11, Az. 12 O 414/10, die 39
Klage des Klägers gegen die Beklagte zu 1. zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil. Es gehe um gesundheitsbezogene Werbeaussagen 42
und nicht um allgemeine unspezifische Aussagen zum äußeren Erscheinungsbild der Haut. Die Beklagte behaupte eine Stützung der unter Haut liegenden Muskulatur, der Bänder und Sehnen sowie eine Reparatur des Collagennetzes. Ohnehin kämen die bis zum Inkrafttreten der Liste nach Art. 13 HCVO die Regelungen des § 11 LFGB zur Anwendung; Art. 28 Abs. 6 HCVO regele lediglich die Übergangsfristen für die bis zum Krafttreten nach nationalem Recht zulässig verwandter Angaben. Zur Wirksamkeit habe sich die Beklagte lediglich auf unzureichende In-Vitro-Untersuchungen berufen, die als Anlage B 4 vorgelegte Studie betreffe eine völlig andere Dosierung. Ausweislich der Liste nach Art. 13 HCVO lieferten Zink und Vitamin C lediglich einen Beitrag zur normalen Funktion der Haut; die Werbebehauptungen gingen hierüber weit hinaus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die 43
tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, Bl. 306 ff. d. GA., wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 44

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1. hat in der Sache keinen Erfolg. 45

46

Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG prozessführungs- und anspruchsberechtigt. Die Voraussetzungen der Angehörigkeit einer erheblichen Zahl von Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, und einer für die Wahrnehmung seiner satzungsgemäßen Aufgabe erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung betreffen nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis (BGH, GRUR 2006, 873, 874 - Augenoptiker-Mittelstandsvereinigung) und sind daher von Amts wegen zu prüfen.

Vorliegend unterliegt die Klagebefugnis keinen Bedenken. Es reicht, dass die Gewerbetreibenden aus der einschlägigen Branche im Verband - bezogen auf den maßgeblichen Markt - in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann; es kommt nicht entscheidend darauf an, ob den Verbandsmitgliedern nach Anzahl, Bedeutung oder Umsatz im Verhältnis zu allen auf diesem Markt tätigen Unternehmen eine repräsentative Stellung zukommt (BGH, GRUR 2009, 692 Rn. 12 - Sammelmitgliedschaft VI). Dass der Kläger diese Voraussetzung erfüllt, ist dem Senat aus einer Vielzahl anderer Verfahren bekannt und wird auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen. Für das Vorhandensein der erforderlichen personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung spricht beim Kläger, der seit vielen Jahren entsprechend tätig ist und in dieser Zeit immer als entsprechend ausgestattet angesehen worden ist (zuletzt BGH, GRUR 2012, 1058 - Euminz), eine tatsächliche Vermutung (BGH, GRUR 1997, 476 - Geburtstagswerbung II).

47

Der Kläger hat gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Bewerbung der Produkte „X. Y. Collagen-Lift-Drink“ (Typ II), „X. Y. Flexi-Bel nova Gelenkkapseln“, „X. Y. Cholesterin-Balance“, „X. Y. Optimal Hair & Repair Kapseln für Haut, Haare, Nägel Set“, „X. Y. CellClean-Kapseln mit Chorella“ und „X. Y. Venovit Nova Kapseln“ mit den vorstehend wiedergegebenen Aussagen aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB.

48

Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB ist es verboten, Lebensmittel unter Angabe einer Wirkung zu bewerben, die wissenschaftlich nicht ausreichend gesichert ist. Bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (BGH, GRUR 2008, 1118 Tz. 15 - MobilPlus-Kapseln).

49

Der Wirksamkeitsnachweis obliegt den Beklagten. Wer mit einer an das Gesundheitsbewusstsein der von ihm angesprochenen Verkehrskreise appellierenden Aussage werbend hervortritt, die den Eindruck einer wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis vermittelt, übernimmt die Gewähr für deren Richtigkeit und muss daher im Streitfall die wissenschaftliche Absicherung dieser Werbeangabe auch beweisen (BGH, GRUR 1991, 848, 849 - Rheumalind II; BGH, GRUR 1971, 153, 155 - Tampax). Für den Nachweis des in § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB ausdrücklich normierten Wirksamkeitserfordernisses gilt nichts anderes, auch der ist vom Hersteller beziehungsweise Anbieter des Lebensmittels zu erbringen (vgl. BGH, GRUR 2010, 359 Tz. 17 - Vorbeugen mit Coffein, zum gleichlautenden § 27 Abs. 1 Nr. 1 LFGB).

50

Der Nachweis der Wirksamkeit ist durch die Vorlage von Studien zu erbringen, die nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden sind (BGH, GRUR 2009, 75 Tz. 24 - Priorin), wobei sich die hinreichende wissenschaftliche Absicherung schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben kann, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht (GRUR 2010, 359 Tz. 18 - Vorbeugen mit Coffein).

51

52

Es kann vorliegend dahinstehen, ob ein wissenschaftlich fundierter Wirksamkeitsnachweis grundsätzlich die Vorlage einer randomisierten, placebokontrollierten Doppelblindstudie mit einer adäquaten statistischen Auswertung erfordert (so OLG Frankfurt, Urt. v. 12. Jan. 2006, 6 U 241/04, Priorin-Kapseln, BeckRS 2006 03996). Der Senat hat in seinem Urteil vom 24. November 2009, I-20 U 194/08, ausgeführt, dass der Verzicht auf einen solchen, als Goldstandard bezeichneten Nachweis nicht nur auf eine vertretbare Absenkung des Niveaus hinausläuft, sondern in der Regel den faktischen Verzicht auf die gesetzliche Forderung eines Nachweises der Wirksamkeit bedeutet, da eine nicht randomisierte und placebokontrollierte Doppelblindstudie wegen des nicht zu unterschätzenden Placeboeffekts oftmals wertlos ist (ZLR 2010, 343; MD 2010, 170; BeckRS 2010 03043). Er hat sich dabei auf die breit angelegte GAIT-Studie gestützt (New England Journal of Medicine 2006, Vol. 354, S. 795 ff.). Nicht umsonst fordert auch der Arbeitskreis Lebensmittelchemischer Sachverständiger der Länder und des Bundesinstituts für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin, dass der Nachweis der behaupteten Wirkung eines Lebensmittels in der Regel nur durch eine gezielte Interventionsstudie am Menschen erbracht werden kann, die doppelblind und randomisiert geführt wurde (Bundesgesundheitsblatt 2000, 540). Diese Auffassung des Senats, der sich auch das Oberlandesgericht Karlsruhe angeschlossen hat (MD 2011, 522), hat jedenfalls für den Bereich diätetischer Lebensmittel nunmehr auch höchstrichterliche Billigung erfahren (BGH; GRUR 2012, 1164 Rn. 20 - Arthrostar).

Die vorgelegten Untersuchungen genügen in der gegebenen Form schon grundlegenden Anforderungen an einen wissenschaftlich fundierten Wirksamkeitsnachweis nicht. Anlage B 1 ist eine Dissertation zu zellchemischen Untersuchungen der Wirkung von Peptiden und Proteinhydrolysaten auf Humanzellen und keine Studie zur hautstraffenden Wirkung oraler Collagengaben. Soweit derartige Untersuchungen erwähnt werden, fehlt es an einer aussagekräftigen Darstellung der Studien, die dem Gericht ein Nachvollziehen der Interpretation und Wertung erlauben würde. Das Gericht darf sich nicht darauf beschränken, Äußerungen von Wissenschaftlern unbesehen zu glauben, es muss diese vielmehr für die Gewinnung der erforderlichen richterlichen Überzeugung auch nachvollziehen können. Der Senat hat auf diesen Umstand bereits im Verfahren I-20 U 85/10 hingewiesen, das ebenfalls gegen die Beklagte gerichtet war; eine Vorlage der Studien ist gleichwohl nicht erfolgt. 53

Anlage B 2 ist zwar eine wissenschaftliche Untersuchung, aber eine zur Gewichtsreduktion durch ein Schlankheitsmittel auf Collagenbasis. Es wurden Gewicht, Körperumfang und Körperfettanteil gemessen. Zur Haut finden sich lediglich allgemeine Aussagen, wie die, dass sie in fast allen Fällen geschmeidiger, besser mit Feuchtigkeit versorgt und reiner geworden sei. Ob dies auf die Collagengabe oder die Ernährungsverbesserung zurückzuführen ist, wird nicht dargelegt; für die Autoren handelt es sich lediglich um einen für den Untersuchungsauftrag unerheblichen Nebeneffekt. Die Studie leidet zudem an einer mit zwölf Probanden sehr kleinen statistischen Basis, vor allem aber fehlen jedwede Angaben zur verabreichten Collagenmenge. Die Mengenangabe bezieht sich auf das untersuchte Produkt „Slendernight“, zu dessen Zusammensetzung lediglich ausgeführt wird, dass es Collagenhydrolysat enthält, ohne dessen Anteil und sonstige Inhaltsstoffe offenzulegen. Eine wissenschaftliche Untersuchung zur hautstraffenden Wirkung von Collagen ist dies nicht. 54

Anlage B 3 ist ein Artikel aus der Ärztezeitung, der sich noch dazu ausschließlich mit Gelenkbeschwerden befasst. Gleiches gilt für Anlage B 4, einen Artikel aus einer orthopädischen Fachzeitschrift. Auch der befasst sich mit Gelenkbeschwerden. Aussagen zur Haut, für die im Übrigen das vorstehend Ausgeführte entsprechend gelten würde, finden sich hier nicht. 55

Bei der Anlage B 5 handelt es sich um eine Kurzzusammenfassung einer japanischen Studie, ein sogenanntes Abstract. Zur wissenschaftlichen Absicherung ist eine solche Inhaltsangabe ohne Interpretation und Wertung untauglich. Ein Abstract macht auf eine wissenschaftliche Untersuchung aufmerksam und gibt so dem Interessierten die Möglichkeit, die Studie anzufordern. Eine Auseinandersetzung mit den Untersuchungen selbst, vermag es jedoch nicht zu ersetzen. Auch hierauf ist die Beklagte bereits im Verfahren I-20 U 85/10 hingewiesen worden.

Soweit die Beklagte auf die Zugabe von Zink und Vitamin C verweist, ist auch für diese nur ein Beitrag zum normalen Hautbild und zur normalen Collagenbildung gesichert, nicht jedoch eine Reparatur des Collagennetzes und ein Liften der Haut. Zudem kommt es nicht auf die Wirksamkeit einzelner Inhaltsstoffe, sondern die des konkreten Produkts an. Die Beklagte vertreibt das Produkt nicht allein als Vitamin- und Mineralstoff-Kombination, sondern gerade auch und sogar in erster Linie im Hinblick auf seine Inhaltsstoff Collagen als ein Mittel zur Regeneration der Haut (vgl. BGH, GRUR 2012, 1164 Rn. 27 - Arthrostar). 57

Die auf das Produkt „Flexibel nova“ bezogene Aussage, da sei genau das drin, was Gelenke unterstützt, wird vom Verkehr im Sinne einer Erhaltung oder sogar, da es auch zur einer „besonderen Unterstützung“ geeignet sein soll, der Wiederherstellung der Funktionalität der Gelenke verstanden. Einen Nachweis der entsprechenden Wirksamkeit hat die Beklagte für das konkrete Produkt nicht angetreten; die zu einzelnen Inhaltsstoffen angemeldeten Health Claims haben in die nach Schluss der mündlichen Verhandlung am 14. Dezember 2012 in Kraft tretende Positivliste zu Art. 13 HCVO zu Recht keinen Eingang gefunden. Mit Glucosamin und Chondroitin hat sich der Senat unter Bezug auf die GAIT-Studie bereits befasst (MD 2010, 170), die auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Arthrostar“ diesbezüglich anführt (GRUR 2012, 1164 Rn. 28). Ob die in diesem Zusammenhang erfolgte Berufung auf den eigenen Hausarzt noch aus anderen Gründen unzulässig ist, kann dahinstehen, da sie den erforderlichen Wirksamkeitsnachweis jedenfalls nicht zu ersetzen vermag. 58

Es entlastet die Beklagte nicht, dass die die Produkte „Cholesterin-Balance“, „Optimal Hair & Repair Kapseln für Haut, Haare, Nägel Set“, „CellClean-Kapseln mit Chlorella“ und „Venovit Nova Kapseln“ betreffenden Aussagen von Anrufern stammen. 59

Der Begriff der Verwendung gesundheitsbezogener Äußerungen Dritter im Bereich der Werbung für Lebensmittel setzt nicht voraus, dass sich der Werbende deren Aussageinhalt zu eigen macht. Es reicht vielmehr aus, dass solche zur Werbung geeigneten Äußerungen Dritter im Rahmen einer Werbung unmittelbar wiedergegeben oder zitiert werden oder dass bloß auf sie hingewiesen wird, wenn die Äußerungen in einer Weise mit der Werbung verbunden sind oder werden, dass aus der Sicht des Verbrauchers ernsthaft der Eindruck entstehen kann, das gerade beworbene Mittel könne die vom Dritten angesprochene Krankheit verhüten. Auch dann besteht nämlich die Gefahr, dass der Selbstmedikation Vorschub geleistet wird, was die Vorschrift verhindern will. Dabei ist es nicht entscheidend, ob der Werbende bei der Verwendung der Drittaussagen geplant und zielgerichtet vorgeht. Eine Wertung oder Einordnung der Äußerung braucht der Werbende selbst dabei nicht vorzunehmen. Der Werbende braucht unter Umständen noch nicht einmal aktiv zu werden. Es kann im Rahmen einer Fernsehwerbesendung mit Zuschauerbeteiligung genügen, wenn der Werbende es geduldet hat, dass im Rahmen einer reklamehaften Anpreisung seiner Produkte in dieser Sendung Werbeaussagen von anrufenden Zuschauern so einbezogen werden, dass bei den zuschauenden Verbrauchern der Eindruck entsteht, diese Werbeaussagen seinen Teil der zu vermittelnden Werbeinformation (KG, MD 2010, 154, 159; 60

OLG Hamm, Urt. v. 24. Okt. 2006, 4 U 8/06, BeckRS 2006, 14607; Senat, MD 2008, 359, 360/361).

Das Sendeformat der Werbesendung ist darauf angelegt, Zuschauer zu krankheitsbezogenen telefonischen Äußerungen zu animieren. Die Möglichkeit zu Anrufen in der Sendung spielt mit dem natürlichen Mitteilungsbedürfnis vieler Menschen, wobei ein solches häufig gerade dann gegeben ist, wenn ein Zuschauer glaubt, besondere, eher außergewöhnliche Erfahrungen mit dem Produkt gemacht zu haben (vgl. a. KG, MD 2010, 154, 160). Hinweise, die Äußerungen beruhten allein auf persönlichen Erfahrungen, von denen man sich „aus rein rechtlichen Gründen komplett distanzieren“ müsse, verstehen die Zuschauer schon wegen des durch das Wort „rein“ nochmals betonten Adjektivs „rechtlich“ als rein formalen Hinweis, dem sie regelmäßig keine größere Bedeutung beimessen. Gleiches gilt für Aussagen wie „Sie wissen, rechtliche Gründe, ich muss da so´n bisschen einschränken“. Rechtliche Gründe sind in den Augen der Zuschauer gerade keine tatsächlichen Gründe, die sie für allein relevant halten. Auch soweit der Geschäftsführer der Beklagten zu 1. die Zuschaueräußerung betreffend eine Gewichtsreduktion durch die Einnahme von CellClean mit dem Hinweis, es handle sich eigentlich um ein Produkt zur Entschlackung, kommentiert hat, liegt hierin keine hinreichende Distanzierung, da dieser Effekt nicht nur nicht in Abrede gestellt, sondern durch Aussagen wie „Hammer!“, „Toll!“ und „Super!“ anschließend nachgerade vereinnahmt wird. 61

Hinsichtlich der Bewerbung des Produkts „Cholesterin-Balance“ wird die Aussage einer Anruferin, sie beziehe „die Tabletten für den Cholesterin“, sie habe vor zwei Monaten angefangen und sei von damals fast 300 runter gekommen, vom Verkehr im Sinne einer Absenkung des Cholesterinwertes auf 300 mg/dl Blut und damit im Sinne einer Eignung des Produkts zur Cholesterinsenkung verstanden. Für diese, aber auch für die anderen von den Zuschauern behaupteten Wirkungen hat die Beklagte keinerlei Nachweis angeboten. 62

Soweit die Beklagte zu 1. hinsichtlich des „Optimal Hair & Repair Kapseln“ auf ihre bereits anlässlich einer früheren Auseinandersetzung abgegebenen Unterlassungserklärung verweist (Anlage K 31), nimmt dies der Klage auch insoweit nicht das Rechtsschutzbedürfnis, da die Unterlassungserklärung die vorliegende Behauptung jedenfalls nicht eindeutig erfasst. Es genügt nicht, dass der Kläger sein Begehren möglicherweise auch mit Hilfe des im vorausgegangenen Verfahren erstrittenen Titels hätte erreichen können, wenn der Ausgang eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ungewiss ist und eine Verjährung der auf Grund des erneuten Verstoßes geltend zu machenden Ansprüche droht (BGH, GRUR 2011, 742 - Leistungspakete im Preisvergleich). 63

Die von den Beklagten beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens ist nicht veranlasst, wobei dahinstehen kann, ob es Aufgabe der EFSA oder der EU-Kommission ist, Gutachten in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen abzugeben. Bei der ihm obliegenden Beweisführung, dass die von ihm aufgestellten Behauptungen gesicherten wissenschaftlichen Kenntnissen entsprechen, kann sich der Werbende nur auf im Zeitpunkt der Werbung bereits vorliegende und ihm bekannte Erkenntnisse stützen, eine Führung des Beweises der Richtigkeit seiner Behauptungen durch erst zu gewinnende wissenschaftliche Erkenntnisse kommt nicht in Betracht (Senat, Urt. v. 22. März 2011, I-20 U 85/10; KG, Beschl. v. 2. Nov. 2010, 5 U 83/09, BeckRS 2011, 00956; OLG Hamburg Urt. v. 21. Jun. 2012, 3 U 97/11, BeckRS 2012, 17923). Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB ist es verboten, Lebensmitteln eine Wirkung beizulegen, die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind. Die Wirkung muss folglich bereits in dem Moment wissenschaftlich gesichert gewesen sein, in dem sie dem Lebensmittel beigelegt wird. 64

Die Zulassung einer Führung des Beweises durch erst zu gewinnende wissenschaftliche Erkenntnisse liefe zudem darauf hinaus, dem Werbenden zu ermöglichen, eine Wirksamkeit erst einmal auf „gut Glück“ zu behaupten. Zum einen würde hierdurch der klagende Mitbewerber oder Verband mit einem erheblichen Kostenrisiko belastet, da er mit den Kosten einer umfassenden wissenschaftlichen Untersuchung belastet würde, wenn sich die Behauptung des Werbenden zufälligerweise durch ein solches Sachverständigengutachten als richtig herausstellen sollte. Vorliegend müsste eine repräsentative Anzahl von Personen untersucht werden, wobei nach Auffassung des Senats eine Doppelblindstudie geboten wäre. Dabei müssen die unterschiedlichen Ernährungsgewohnheiten berücksichtigt und jeweils in repräsentativer Zahl in beiden Gruppen vertreten sein. Eine solche Studie kann leicht fünfstellige Beträge verschlingen. Ein Risiko, das viele Mitbewerber von einem Vorgehen ganz abhalten würde. Zum anderen würde dem Werbenden gestattet, auf Kosten der Gesundheit der Verbraucher quasi „Roulette zu spielen“. Letzteres ist entscheidend. Nur bei einer Beschränkung auf im Zeitpunkt der Werbung bereits vorliegende und bekannte Erkenntnisse kann der Grundsatz, auf dem Gebiet der Gesundheitspflege, bei dem die Gefahr von Schäden besonders groß ist, nur solche Werbeangaben zuzulassen, die gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen (BGH, GRUR 1971, 153, 155 - Tampax), umfassend verwirklicht werden (Senat, Urteil vom 13. Nov. 2007, I-20 U 172/06, BeckRS 2008 03329; Urteil vom 11. Aug. 2009, I-20 U 41/08, BeckRS 2009 29362).

Anderes ist auch der Entscheidung „Vorbeugen mit Coffein“ des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen. So hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil lediglich deshalb aufgehoben, weil dem Werbenden der Nachweis, dass die von ihm vorgelegte Studien lege artis durchgeführt worden seien und die sich aus ihnen ergebende Wirkungsaussage zutreffend sei, allein mit der Begründung abgelehnt worden war, die Studien seien nicht Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion gewesen (GRUR 2010, 359 Tz. 16) und betont, die wissenschaftliche Absicherung setze nicht voraus, dass die dem beworbenen Mittel beigelegte Wirkung Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion geworden ist (Tz. 19). Diese kann sich zwar schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht. Zumindest deren Vorlage bedarf es jedoch in jedem Fall. Nicht ohne Grund wird der Bundesgerichtshof die von der Beklagten im Verfahren I-20 U 85/10 eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde, die gerade auf die Nichtzulassung der Erbringung des Wirksamkeitsnachweises im Prozess gestützt worden war, durch Beschluss vom 2. Februar 2012, I ZR 77/11, verworfen haben. 66

An der Unzulässigkeit der streitgegenständlichen Werbeaussagen hat sich auch durch das Inkrafttreten der Health-Claims-Verordnung (HCVO) nichts geändert. Nach Art. 10 Abs. 1 HCVO sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht in die Liste gemäß den Art. 13 und 14 aufgenommen sind. Dabei stellen auch die das Produkt „Collagen-Lift-Drink“ (Typ II) betreffenden Werbeaussagen gesundheitsbezogene Wirkungsangaben im Lichte der HCVO dar. Der „Collagen-Lift-Drink“ soll das Collagennetz von innen reparieren, Muskeln und Bänder stützen und stärken und die Haut so von innen straffen und liften, um so jugendliche Konturen zu schaffen. Der Behauptung einer Eignung zur Straffung und Liftung der Haut geht über einen Beitrag zur Darstellung eines normalen und folglich auch altersgemäßen Zustands weit hinaus, ein Gesundheitsbezug kann diesen Behauptungen nicht abgesprochen werden. 67

Die Liste nach Art. 13 HCVO ist zwar zwischenzeitlich verabschiedet worden, sie ist jedoch erst zum 14. Dezember 2012 und damit nach Schluss der mündlichen Verhandlung in Kraft getreten, wobei sie die von der Beklagten für ihre Produkte in Anspruch genommenen Claims ohnehin nicht enthält. Mit Blick auf den zur Erstellung der Liste erforderlichen Zeitaufwand hat der europäische Gesetzgeber zur Vermeidung einer rechtlichen Unsicherheit in Art. 28 68

ausdrücklich als solche bezeichnete Übergangsmaßnahmen geschaffen. Gemäß Art. 28 Abs. 5 dürfen gesundheitsbezogene Angaben zwar bis zur Annahme der Liste verwendet werden, aber nur, sofern die Angaben der Verordnung und den einschlägigen einzelstaatlichen Vorschriften entsprechen. Bis zur Annahme der Liste ist § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB folglich kraft ausdrücklichen Verweises auf die einzelstaatlichen Vorschriften in jedem Fall anzuwenden. Zudem sieht die HCVO auch selbst in Art. 5 Abs. 1 lit. a. für die Zulässigkeit gesundheitsbezogener Angaben den Nachweis der ernährungsphysiologischen Wirksamkeit anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise vor.

Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof ist nicht veranlasst. Der Wortlaut der Übergangsvorschrift in Art. 28 Abs. 5 HCVO ist eindeutig. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 13 der Umsetzungsverordnung zur HCVO. Danach sollen die beantragten Health Claims bis zur Entscheidung der Kommission weiter benutzt werden können, aber nur in Übereinstimmung mit den in Art. 28 Abs. 5 HCVO niedergelegten Überleitungsmaßnahmen. Gestattet ist folglich nur die Weiterbenutzung bislang nach nationalem Recht legal verwandter Wirkungsangaben, ein Recht zur (erstmaligen) Benutzung eines bloß angemeldeten Claim, das im Übrigen allen Verbraucherschutzabwägungen zuwiderlaufen würde, soll nicht geschaffen werden. Das mit der Verweisung auf nationale Vorschriften einhergehende Risiko divergierender nationaler Entscheidungen bis zur Verabschiedung der Liste gemäß den Art. 13 und 14 HCVO hat der Europäische Gesetzgeber im Interesse einen zeitlich lückenlosen Verbraucherschutzes für diese Übergangszeit in Kauf genommen (Senat, Urt. v. 22. März 2011, I-20 U 85/10; OLG Hamburg Urt. v. 21. Jun. 2012, 3 U 97/11, BeckRS 2012, 17923). 69

Soweit die Kommission für abgelehnte Claims die in Art. 28 Abs. 6 vorgesehene Frist von sechs Monaten anwendet, vermag auch dies ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Art. 28 Abs. 6 HCVO erfasst gesundheitsbezogene Angaben, die unter Beachtung der nationalen Rechtsvorschriften vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung verwendet wurden, und gestattet deren weitere Verwendung bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Erlass des Zulassung ablehnenden Beschlusses. Ein Recht zur erstmaligen Nutzung wird auch insoweit nicht geschaffen (OLG Hamburg Urt. v. 21. Jun. 2012, 3 U 97/11, BeckRS 2012, 17923). Eine faktische Freigabe von noch ungenehmigten und ungeprüften Werbebehauptungen würde ein wesentliches Ziel der Verordnung, nämlich die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Erwägungsgrund Nr. 9 der VO) klar verfehlen (OLG Hamm, Urt. v. 29. Sep. 2011, I-4 U 71/11, BeckRS 2011, 25701). Auch diese Vorschrift setzt folglich eine nach den nationalen Rechtsvorschriften zulässige Verwendung voraus, die vorliegend gerade nicht gegeben ist. Nur insoweit genießen die Werbenden einen gewissen Vertrauensschutz in Bezug auf ihr bis dahin anzuwendendes nationales Recht. Der Ordnungsgeber hat die Fortgeltung nationalen Rechts der Erteilung eines Freibriefs für alle im Zulassungsverfahren befindlichen Angaben vorgezogen. Auch dies war im Übrigen bereits Gegenstand der im Verfahren I-20 U 85/10 eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde, die der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 2. Februar 2012, I ZR 77/11, verworfen hat. 70

Der Kläger hat gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Abmahnung. Der Zinsforderung ergibt sich § 291 BGB. 71

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 72

Es besteht keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Die hierfür in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die relevanten Rechtsfragen sind durch die zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen beantwortet. Als reine Einzelfallentscheidung 73

hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird ausgehend von der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Festsetzung auf 40.000,00 Euro und unter Berücksichtigung der gleichmäßigen Verteilung der Verfahrenskosten auf beide Beklagte im Hinblick auf die Berufung allein der Beklagten zu 1. auf 20.000,00 Euro festgesetzt.

74