
Datum: 07.12.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 76/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:1207.4U76.99.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 7 O 31/99

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 11. Mai 1999 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar und beschwert die Beklagte mit 40.000,00 DM (zugleich Streitwert für das Berufungsverfahren).

Tatbestand:

Die Beklagte vertreibt im Versandhandel sog. "Sportlernahrung" für Bodybuilder und Kraftsportler. Sie warb in der Zeitschrift "T-S" Heft 1/1999 für ein Produkt mit der Bezeichnung "Profi G mit den Aussagen:

a) "Förderung des Muskelwachstums",

b) "Steigerung der Kraft",

c) "Verbesserung der Ausdauer",

d) "Erhöhung der Regenerationsfähigkeit",

1

2

3

4

5

6

e) "Stärkung des Immunsystems",	7
f) "Verringerung der Wassereinlagerung",	8
g) "Senkung des Cholesterinspiegels",	9
h) "Steigerung der Libido",	10
i) "Anregung der Hormonproduktion",	11
j) mit der Tabelle:	12
k) "Entscheidender Vorteil von Profi G2 gegenüber synthetischen Hormonen ist der, daß die Hormonproduktion über eine natürliche Stimulierung erfolgt",	13
l) "Profi G2 gibt Ihnen die Chance, ohne anabole Steroide und deren Nebenwirkungen den Testosteronspiegel natürlich zu erhöhen und sich so mit "Siebenmeilenstiefeln" Ihren Zielen zu nähern".	14
Wegen des Inhaltes der Werbung im einzelnen wird auf die Anlage K 4 zur Klageschrift verwiesen.	15
Der Kläger ist der Ansicht, daß es sich bei dem von der Beklagten beworbenen Präparat um ein Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 Arzneimittelgesetz handle. Maßgebend dafür sei die objektive Zweckbestimmung des Mittels nach der Verkehrsanschauung der Verbraucher, die wiederum auch von der Aufmachung, den Indikationshinweisen und den Gebrauchsanweisungen beeinflusst werde. Danach handle es sich bei dem von der Beklagten vertriebenen Produkt um ein Arzneimittel, da es bestimmt sei, Wirkungen im menschlichen Körper hervorzurufen, und arzneimitteltypisch beschrieben und aufgemacht sei. Mangels behördlicher Zulassung dürfe die Beklagte deshalb das Mittel weder bewerben noch vertreiben.	16
Der Kläger hält sich auch für klagebefugt nach § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG, da zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehöre und er wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gerichtlich und außergerichtlich verfolge. Zu seinen Mitgliedern gehörten auch in repräsentativer Zahl bedeutende Pharmaunternehmen.	17
Wegen der Mitglieder des Klägers im einzelnen wird auf die als Anlage K 2 zur Klageschrift überreichte Mitgliederliste (Stand 12. Februar 1999) verwiesen.	18
Das Landgericht hat die Beklagte durch Urteil vom 11. Mai 1999 antragsgemäß unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt,	19
es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Mittel "Profi G ohne Zulassung als Arzneimittel (gemäß § 21 AMG) zu bewerben und/oder zu vertreiben, insbesondere für das Mittel wie folgt zu werben:	20
a) "Förderung des Muskelwachstums",	21
b) "Steigerung der Kraft",	22
c) "Verbesserung der Ausdauer",	23
	24

- d) "Erhöhung der Regenerationsfähigkeit", 25
- e) "Stärkung des Immunsystems", 26
- f) "Verringerung der Wassereinlagerung", 27
- g) "Senkung des Cholesterinspiegels", 28
- h) "Steigerung der Libido", 29
- i) "Anregung der Hormonproduktion", 30
- j) mit der Tabelle: 31
- k) "Entscheidender Vorteil von Profi G2 gegenüber synthetischen Hormonen ist der, daß die Hormonproduktion über eine natürliche Stimulierung erfolgt", 32
- l) "Profi G2 gibt Ihnen die Chance, ohne anabole Steroide und deren Nebenwirkungen den Testosteronspiegel natürlich zu erhöhen und sich so mit "Siebenmeilenstiefeln" Ihren Zielen zu nähern". 33

Wegen des Inhaltes des Urteils im einzelnen wird auf Bl. 49 ff. d.A. verwiesen. 34

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihr Klageabweisungsbegehren aus erster Instanz weiterverfolgt. 35

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages stellt die Beklagte die Klagebefugnis des Klägers zur Überprüfung. Die Beklagte sei ein Lebensmittelunternehmen, das sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Nahrungsmitteln für Hochleistungssportler befasse. Es existierten weit mehr als 20 Wettbewerber der Beklagten. Pharmaunternehmen betätigten sich dagegen nicht auf dem streitgegenständlichen Markt für Nahrungsergänzungsmittel. Soweit in der Mitgliederliste des Klägers auf Seite 26 unter "Sportartikel/-ernährung" vier Mitglieder angegeben seien, müsse bestritten werden, daß diese Unternehmen nach wie vor Mitglieder des Klägers seien und zu den Wettbewerbern der Beklagten gehörten. Damit habe der Kläger eine ausreichende Klagebefugnis nicht dargetan. 36

Das beanstandete Produkt der Beklagten könne auch nicht als Arzneimittel qualifiziert werden. Maßgebliche Verkehrskreise seien vorliegend Sportler. Diesem Publikum sei bekannt, daß der menschliche Körper je nach Alter, Gesundheitszustand, körperlicher Belastung usw. einer unterschiedlich zusammengesetzten Ernährung bedürfe und darüber hinaus gerade bei Sportarten, die mit Muskelzuwachs verbunden seien, bestimmte Stoffe in besonderem Maße benötigt würden. Dazu gehörten auch die in dem beworbenen Produkt enthaltenen Stoffe Tribulus terrestris und Zink. Diese dienten als diätetische Nahrungsergänzung für Sportler ausschließlich Ernährungszwecken. Derartige Produkte seien zur Unterstützung einer muskelaufbaufördernden Sporternährung geeignet, wenn daneben ein angemessenes, kraftsportliches Training durchgeführt werde. Tribulus terrestris enthalte, wie viele andere Pflanzen auch, sogenannte Sterol-Saponine. Dadurch werde eine bessere Verwertung der zugeführten Nahrung ermöglicht, ähnlich wie etwa auch nach heutiger ernährungswissenschaftlicher Sicht scharfe Gewürze nicht nur die Funktion hätten, dem Geschmack zu dienen, sondern aufgrund der Verbesserung der Nährstoffresorption und teilweise auch der enzymatischen Verdauung weniger gut verdaulicher Nahrungsbestandteile echte Ernährungsfunktion hätten. Durch die bessere und schnellere Nährstoffaufnahme werde weiter die Regeneration erleichtert. 37

Da Sportler mit sehr hohem Trainingstand an der Grenze zum Übertraining fast immer einen Zinkmangel und subnormale Testosteronkonzentration aufweisen würden, sei auch das in dem Produkt enthaltene Zink ein essentieller Nährstoff. Diese Sportler würden besonders positiv auf eine Substitution mit Zink reagieren. Hierzu gehöre auch eine Tendenz zu höheren, d.h. normaleren Testosteronkonzentrationen im Blut. 37

Hinzu komme noch, daß die Hormonstimulation nicht nur durch Arzneimittel bewirkt werden könne, sondern eben auch durch die Ernährung und das Training. Insoweit sei beispielhaft auf die Insulinausschüttung nach Zuckergenuß hinzuweisen. Hieraus folge, daß die in der Werbung beschriebenen Vorteile des Produktes nicht geeignet seien, einen Arzneimittelcharakter zu belegen, sondern die Folgen einer "Aufbesserung" der normalen Ernährung durch Tribulus terrestris und Zink bei einem besonders beanspruchten Sportler erläuterten. 38

Die Beklagte beantragt, 39

die Klage unter Abänderung des am 11. Mai 1999 verkündeten Urteils des Landgerichts Paderborn abzuweisen. 40

Der Kläger beantragt, 41

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 42

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages behauptet der Kläger, daß das beworbene Produkt aus der maßgeblichen Verbrauchersicht, wozu allein Bodybuilder bzw. hieran Interessierte gehörten, ganz vorrangig eine den Zustand und die Funktionen des Körpers beeinflussende Wirkung habe und nicht lediglich der Zufuhr verbrauchter und zur Regeneration erforderlicher Nährstoffe diene. Das Produkt werde als legales Ersatzprodukt für die zwischenzeitlich verbotenen Anabolika aufgefaßt. Denn das Produkt werde in der beanstandeten Werbung mit "körperbeeinflussender, anabolikaersetzender Wirkung bzw. Zweckbestimmung" angepriesen. Abgerundet werde die die Körperbeeinflussung/manipulation herausstellende Produktdarstellung durch die Empfehlung von Mike Sehr, vorgestellt als "Deutscher Bodybuilding-Champion im Schwergewicht", die mit einer wissenschaftlich/medizinisch anmutenden Grafik "tägliche Testosteronproduktion" unterlegt sei. So würden Mittel mit dem Wirkstoff Tribulus terrestris seit Jahren zu Doping-Zwecken verwendet. Man verspreche sich eine Erhöhung der Testosteronproduktion. Testosteron sei ein androgen wirkendes Steroid-Hormon und gehöre zur Gruppe der Anabolika. In den V existierten regelrechte Doping-Pläne, in die Präparate mit Tribulus terrestris eingebunden seien. Diese anabole Wirkung von Tribulus terrestris sei den Kunden der Beklagten Bodybuildern bekannt. 43

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 44

Entscheidungsgründe: 45

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil das begehrte Verbot zu Recht ausgesprochen. 46

Dieses Verbot beinhaltet entsprechend dem Verbotsbegehren des Klägers ein gänzlichliches Werbe- und Vertriebsverbot für das Mittel "Profi G der Beklagten. Soweit darüber hinaus durch den mit "insbesondere" eingeleiteten Nachsatz noch zusätzlich bestimmte 47

Werbeaussagen aufgezählt werden, mit denen das Produkt nicht mehr beworben werden darf, soll damit das umfassende Werbe- und Vertriebsverbot nicht auf das Verbot bestimmter Werbeaussagen eingeschränkt werden. Diese Aufzählung dient vielmehr nur der zusätzlichen Kennzeichnung und Beschreibung des verbotenen Produktes zur Verdeutlichung seines Arzneimittelcharakters.

Der Kläger ist für dieses verfolgte Vertriebs- und Werbeverbot auch klagebefugt nach § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG. Danach können Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG auch von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren gleicher Art auf demselben Markt vertreiben. Wie der Senat bereits in vorangegangenen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien festgestellt hat (vgl. Senatsurteil vom 12. März 1998 4 U 238/97; vom 26. August 1999 4 U 23/99), geht es hier auch um den Arzneimittelmarkt. Denn der Kläger greift die von der Beklagten angebotenen Produkte unter dem Gesichtspunkt nicht zugelassener Arzneimittel an, während es sich nach der Auffassung der Beklagten um Nahrungsergänzungsmittel handelt. Auf dem Arzneimittelmarkt gehören dem Kläger eine als repräsentativ anzusehende Zahl von Gewerbetreibenden als Mitglieder an, wie bereits mehrfach festgestellt worden ist (vgl. BGH WRP 1998, 505 Gelenknahrung; Senatsurteile vom 04. November 1997 4 U 167/97; vom 02. Oktober 1997 4 U 131/97). Die Beklagte kann den relevanten Markt hier nicht auf den Bereich der Nahrungsergänzungsmittel beschränken, weil es gerade darum geht, ob die Beklagte die Grenzen dieses Marktbereiches überschreitet, indem sie Produkte anbietet, die als Arzneimittel zu qualifizieren sind, und damit auch in diesen Markt eindringt (BGH WRP 1999, 980 Hypotonietee).

48

Das Verbotsbegehren des Klägers ist auch begründet. Es handelt sich bei dem beanstandeten Produkt "Profi G der Beklagten um ein Arzneimittel im Sinne des § 2 AMG, das nach § 21 AMG nicht ohne behördliche Zulassung vertrieben werden darf. Solch ein verbotswidriger Vertrieb von Arzneimitteln ohne behördliche Zulassung stellt zugleich auch einen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG dar, ohne daß es weiterer wettbewerblicher Unlauterkeitsmomente bedürfte. Denn die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes stellen wertbezogene Normen zum Schutze der Gesundheit dar, deren Verletzung zugleich auch ohne weiteres einen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG begründet (BGH NJW 1999, 2737 Hormonpräparate; Köhler/Piper UWG § 1 Rdz. 338 m.w.N.). In Anbetracht der großen Bedeutung der Arzneimittelvorschriften für die Volksgesundheit ist ein Verstoß gegen diese Vorschriften, auch unter dem Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr, zugleich auch geeignet, den Wettbewerb auf dem Arzneimittelmarkt wesentlich zu beeinträchtigen, § 13 Abs. 2 Ziff. 2 letzter HS UWG.

49

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG sind Arzneimittel unter anderem Stoffe, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen Körper die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers zu beeinflussen. Lebensmittel sind demgegenüber nach § 1 Abs. 1 LMBG Stoffe, die dazu bestimmt sind, in unverändertem, zubereitetem oder verarbeitetem Zustand von Menschen verzehrt zu werden; ausgenommen sind Stoffe, die überwiegend dazu bestimmt sind, zu anderen Zwecken als zur Ernährung oder zum Genuß verzehrt zu werden. Der Begriff der Arzneimittel wird durch § 2 Abs. 3 Nr. 1 AMG dahingehend eingeschränkt, daß Lebensmittel im Sinne des § LMBG keine Arzneimittel sind. Daraus folgt, daß Produkte der hier vorliegenden Art nicht gleichzeitig Lebens- und Arzneimittel sein können.

50

Die Abgrenzung ist nach einer an objektive Merkmale anknüpfenden überwiegenden Zweckbestimmung vorzunehmen. Maßgebend sind vor allem die Verwendungsmöglichkeiten des Produktes, Indikationshinweise und Gebrauchsanweisungen sowie die Aufmachung, in der das Mittel dem Verbraucher allgemein entgegentritt (BGH WRP 1995, 386 - Knoblauchkapseln). Auch die empfohlene Tagesdosis kann zur Abgrenzung herangezogen werden (OLG München NJWE-Wettbewerbsrecht 1997, 51).

Für die Abgrenzung von Nahrungsergänzungsmitteln von Arzneimitteln ist ebenfalls auf die Zweckbestimmung abzustellen, die sich zunächst nach einer an objektive Merkmale anknüpfenden überwiegenden Zweckbestimmung beurteilt (OLG Koblenz WRP 1996, 777). Die hierfür maßgebliche Verkehrsanschauung wird regelmäßig durch die allgemeine Verwendung seitens der Verbraucher bestimmt, die wiederum davon abhängt, welche Verwendungsmöglichkeiten das Produkt seiner Art nach hat. Dabei kann die Vorstellung der Verbraucher wiederum durch die dem Mittel beigefügten oder in Werbeprospekten enthaltenen Indikationshinweise und Gebrauchsanweisungen beeinflusst sein. Mithin kommt es maßgeblich darauf an, ob das Produkt überwiegend der Deckung der energetischen oder stofflichen Bedürfnisse des menschlichen Organismus dient oder ob es in erster Linie die Beeinflussung der Beschaffenheit, des Zustandes oder der Funktionen des menschlichen Körpers bezweckt und dadurch anderen Zwecken dient als der Ernährung oder dem Genuß (KG WRP 1995, 211). Für die zu treffende Abgrenzung stehen eine Reihe von Indizien zur Verfügung, mit deren Hilfe sich die überwiegende Zweckbestimmung eines Produktes ermitteln läßt. Sie stellen Anhaltspunkte für die zu ermittelnde Verkehrsauffassung dar und ermöglichen eine nachvollziehbare Bewertung über den Produktstatus (Klein, Nahrungsergänzung oder Arzneimittel? in NJW 1998, 791; Forstmann, Arzneimittel, Lebensmittel, Diätetische Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel Abgrenzung und Werbung, in GRUR 1997, 102).

52

Diese Abgrenzung zwischen Arzneimitteln einerseits und Lebensmitteln bzw. Nahrungsergänzungsmitteln andererseits läßt sich nicht einheitlich für eine ganze Produktgruppe vornehmen, sondern muß für jedes Produkt einzeln vorgenommen werden. Denn die Abgrenzung hängt von einer Vielzahl von Einzelkriterien ab, so daß nicht generell gesagt werden kann, ob bestimmte Produktarten schon allein aufgrund ihrer stofflichen Zusammensetzung als Arzneimittel oder als Lebensmittel einzuordnen sind. So kann durchaus auch ein- und dieselbe Substanz einmal als Arzneimittel und das andere Mal als Nahrungs- oder Genußmittel zu qualifizieren sein, je nach dem, in welcher Dosierung, für welchen Verwendungszweck und in welcher Aufmachung und Darreichungsform sie dem Verbraucher entgegentritt (BGH WRP 1995, 396 - Knoblauchkapseln; OLG München WRP 1995, 139; Zipfel, Lebensmittelrecht Stand: 01. Juli 1997 § 1 LMBG Rz. 40 f. "Vitamine"; Lebensmittelrechtshandbuch/Wörning Stand: Juli 1998, Anmerkung F Produktregelungen II Rz. 262 k; Kloesel/Cyran, AMG, § 2 Ziff. 80 Stichwort "Nahrungsergänzungsmittel").

53

Daraus folgt, daß das hier in Rede stehende Produkt als Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Ziff. 5 AMG einzuordnen ist. Denn die Beeinflussung von Körperfunktionen durch das Produkt steht im Vordergrund seiner Zweckbestimmung, auch wenn es als Sportlernahrung bezeichnet wird. Schon bei den Gründen, weshalb das Produkt eingenommen werden soll, tritt ein Ernährungszweck nicht hervor. Es fehlt jede Einbindung in die allgemeinen Ernährungsgewohnheiten. Stattdessen wird die selbständige Wirkung des Produktes bei der Muskelbildung hervorgehoben, die über ernährungsbedingten Kraftzuwachs gerade hinausgehen soll. Soweit zum Schluß der Aufzählung die Steigerung der Libido und die Anregung der Hormonproduktion angesprochen wird, wird der Ernährungsbereich vollständig verlassen.

54

Die Grafik spricht dem Produkt unmittelbaren Einfluß auf die Testosteronproduktion zu, verspricht also eine Wirkung, die über die bloße Ernährung gerade nicht zu erreichen ist.	55
Dies alles wird abgerundet durch den Begleittext, durch den das Produkt in Vergleich zu synthetischen Hormonen gesetzt wird. Zwar wird dabei die natürliche Wirkung des Produktes im Vergleich zu den synthetischen Hormonen hervorgehoben. Das ändert aber nichts daran, daß damit dem Produkt der Beklagten eine Wirkung beigemessen wird, die eben der Wirkung solcher synthetischen Hormone vergleichbar ist. Mag damit auch die Ungefährlichkeit des Produktes in gesundheitlicher Hinsicht zu Recht hervorgehoben werden, so ändert das doch nichts daran, daß gerade auch dieser Vergleich belegt, daß es bei dem Produkt der Beklagten eben nicht um bloße Nahrungsergänzung, sondern wie bei den synthetischen Hormonen um die Beeinflussung von Körperfunktionen geht.	56
Auch das von der Beklagten vorgelegte Gutachten des Sachverständigen S1 vom 29. März 1999 (Anlage BK 6 zur Klageerwidern) belegt (Seite 4 ff.), daß Sterol-Saponine auf der Grenze zu Arzneimitteln liegen. Im übrigen kann das Gutachten die hier getroffenen Feststellungen nicht erschüttern. Die abschließende Feststellung des Sachverständigen, daß es sich bei dem Produkt der Beklagten um ein Lebensmittel im Sinne des § 1 LMBG handele, ist als Rechtsfrage der Sachverständigenbeurteilung entzogen (Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 4. Aufl., Kap. 32 Rz. 1 ff.).	57
Soweit der Sachverständige allgemein Produkte mit den hier in Rede stehenden Inhaltsstoffen beschreibt und deren Ernährungsfunktion erläutert, ist das für die Qualifikation gerade des beanstandeten Produktes der Beklagten unergiebig. Denn es geht allein um die konkrete Zweckbestimmung gerade dieses Produktes, wie sie sich insbesondere auch aus der beschriebenen Wirkungsweise ergibt. Gerade damit setzt sich der Sachverständige in seinem Gutachten aber nur unvollständig auseinander.	58
Zu Unrecht trennt der Sachverständige auch zwischen der "Tribulus-Wirkung" und der "Zink-Wirkung". Das hier in Rede stehende Produkt enthält nun einmal beide Substanzen. Auch wenn es nur der Zinkanteil ist, der die Testosteron-Wirkung entfaltet, die mit Ernährung schon nach der von der Beklagten selbst abgedruckten Tabelle nichts mehr zu tun hat, so ändert dies nichts daran, daß das beworbene Produkt in seiner Gesamtwirkung eben die Körperfunktionen beeinflussende Wirkung hat und folglich als Arzneimittel zu qualifizieren ist.	59
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.	60
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziff. 10 ZPO.	61