
Datum: 27.03.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 143/97
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0327.4U143.97.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 24 O 75/95

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22. April 1997 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Mittel „C3“ mit einer Tagesdosis von 500 mg L-Carnitin pro Capsette zu werben und/oder dieses Mittel zu vertreiben, solange es nicht als Arzneimittel zugelassen ist.

Die Kosten des gesamten Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 125.000 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beide Parteien können die Sicherheit durch unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts in der Europäischen Union erbringen.

Tatbestand:

Die Beklagte, ein pharmazeutisches Unternehmen, stellt u.a. ein Präparat mit der Bezeichnung "C3" her und vertreibt es, und zwar in Packungen mit 20 oder 50 sogenannten Capsetten, die jeweils 500 ml L-Carnitin enthalten. Das Präparat ist nicht als Arzneimittel zugelassen.

L-Carnitin ist eine körpereigene Substanz. Der tägliche Bedarf des Menschen wird durch seine "normale" Ernährung gedeckt, während bei vegetarischer Ernährung Mängel auftreten können.

Die Packung enthält den Hinweis: "Biocarrier für die Ausdauerleistung".

Die Beklagte bewarb "C3" in der Zeitschrift "H" (Ausgabe Juli/August 1995) u.a. mit den Worten:

"Ob im Beruf, in der Freizeit oder im Sport. Immer ist der Grad ihrer Gesundheit die Grundlage für ihre Leistungsfähigkeit. "C3" unterstützt die Leistungsbereitschaft ihres Organismus, erhöht die Ausschöpfung ihres Energie-Potentials und optimiert ihre Ausdauerleistungsfähigkeit. Darüber hinaus gleicht "C3" (L-Carnitin) ihren gesteigerten Energiebedarf durch berufliche und sportliche Belastungen schnell wieder aus".

Der damals verwendete Beipackzettel enthält u.a. den Hinweis, "L-Carnitin ist eine Transportsubstanz (Biocarrier) zur Erhaltung der muskulären Ausdauerleistung und der Pumpleistung des Herzens", sowie die Angabe, "C3 mit dem wichtigen L-Carnitin optimiert den Fettstoffwechsel, verstärkt die körpereigene Leistungsfähigkeit, verkürzt die Regeneration, stimuliert das Immunsystem, unterstützt die Herzleistung". Als "Verzehrsempfehlung" ist dort u.a. ausgeführt: "Täglich ein bis zwei Capsetten lutschen oder langsam kauen. Die Einnahme geschieht am besten kurweise, d.h. über mehrere Wochen, mit anschließender Einnahmepause. So wird einer nachteiligen Beeinflussung der körpereigenen L-Carnitin-Produktion vorgebeugt". Weiterhin werden dort Hinweise zur Einnahme bei sportlichen Belastungen sowie zum Zweck der "Mobilisation körpereigener Abwehrkräfte und der kalten Jahreszeit und in der Rekonvaleszenz (Genesungsphase)" gegeben.

In der Folgezeit änderte die Beklagte ihren Beipackzettel. Die Beipackzettel mit dem Stand Januar 1996 und Oktober 1997 weisen nicht mehr darauf hin, daß "C3" (L-Carnitin) die Pumpleistung des Herzens erhalte und die Herzleistung unterstütze. Die Beklagte hat nach ihrer Darstellung auch ihre Werbung für "C3" verändert.

Der klagende Wettbewerbsverein ist der Ansicht, daß "C3" ein Arzneimittel sei. Die Beklagte handele deshalb wettbewerbswidrig, wenn sie das Präparat in den Verkehr bringe und bewerbe, ohne daß es als Arzneimittel zugelassen sei.

Der Kläger hat ursprünglich beantragt,

die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Mittel "C3" mit einer Tagesdosis von 500 mg L-Carniton pro Capsette zu werben und/oder dieses Mittel zu vertreiben, solange es nicht als Arzneimittel zugelassen ist.

Die Beklagte hat demgegenüber vorgebracht, "C3" sei kein Arzneimittel, sondern ein Nahrungsergänzungsmittel. Die Klage sei auch deshalb unbegründet, weil der Kläger mit seinem Unterlassungsantrag ein abstraktes Werbe- und Vertriebsverbot anstrebe, das nur begründet wäre, wenn L-Carnitin seiner Natur nach nur als Arzneimittel verwendet werden könne. Dies sei jedoch nicht der Fall.	12
Das Landgericht hat mit seinem ersten Urteil die Klage abgewiesen, weil der Kläger nicht nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG prozeßführungsbefugt sei. Auf die Berufung des Klägers hat der Senat diese Entscheidung mit der Begründung aufgehoben, der Kläger besitze die erforderliche Prozeßführungsbefugnis, und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückgewiesen.	13
Das Landgericht hat auch mit seinem zweiten Urteil die Klage abgewiesen. Der Kläger hat gegen diese Entscheidung Berufung eingelegt.	14
Er hat nunmehr beantragt,	15
das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft,	16
oder einer Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken für das Mittel "C3" mit einer Tagesdosis von 500 mg L-Carnitin pro Capsette zu werben und/oder dieses Mittel zu vertreiben, so lange es nicht als Arzneimittel zugelassen ist,	17
hilfsweise, die Beklagte bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken das Mittel "C3" mit einer Tagesdosis von 500 mg L-Carnitin pro Capsette ohne arzneimittelrechtliche Zulassung zu bewerben und/oder zu vertreiben, wenn dies mit folgenden Angaben geschieht	18
Unterstützt die Leistungsbereitschaft Ihres Organismus	19
und/oder	20
Erhöht die Ausschöpfung ihres Energiepotentials	21
und/oder	22
Optimiert Ihre Ausdauerleistungsfähigkeit	23
Gleicht einen gesteigerten Energiebedarf durch berufliche oder sportliche Belastung schnell wieder aus	24
und/oder	25
Entsorgt die Zellen von Abfallprodukten des Energiestoffwechsels und schafft so für Herz- und Skelettmuskulatur leistungsstabilisierenden Zellschutz	26
und/oder	27
	28

Zusätzliche L-Carnitin-Substitution ermöglicht die sichere Regeneration und gewährleistet so auf natürliche Weise eine gezielte Verbesserung der allgemeinen Leistungsfähigkeit	
und/oder	29
Aktuelle wissenschaftliche Untersuchungen weisen darauf hin, daß es durch zusätzliche Aufnahme von L-Carnitin zu einer Verbesserung der körpereigenen Abwehr (Immunstimulation) kommt	30
und/oder	31
L-Carnitin ist eine Transportsubstanz zur Erhaltung der muskulären Ausdauerleistungsfähigkeit und der Pumpleistung des Herzens	32
und/oder	33
Mit zunehmenden Alter läßt die körpereigene Produktion in Leber und Nieren tendenziell nach, auch hier ist, um die geistige und körperliche Stabilität zu unterstützen, eine Zufuhr von L-Carnitin angezeigt. Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Leistungssteigerung des Herzens zu	34
und/oder	35
Optimiert den Fettstoffwechsel	36
und/oder	37
Verstärkt die körpereigene Leistungsfähigkeit	38
und/oder	39
Verkürzt die Regeneration	40
und/oder	41
Stimuliert das Immunsystem	42
und/oder	43
Unterstützt die Herzleistung.	44
Die Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung beantragt und bezüglich des Hilfsantrages die Einrede der Verjährung erhoben.	45
Der Senat hat mit seinem Urteil vom 5. Februar 1998 die Beklagte nach dem Hauptantrag verurteilt.	46
Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den Senat zurückverwiesen.	47
Die Parteien streiten mit unveränderten Anträgen weiter.	48
	49

Der Senat hat Beweis darüber erhoben, ob und gegebenenfalls welche pharmakologischen Wirkungen das Produkt der Beklagten "C3" mit dem in ihm enthaltenen L-Carnitin gerade auch in der Dosierung von 500 mg pro Tag hat, indem er zunächst ein schriftliches Sachverständigengutachten von dem Sachverständigen T eingeholt hat. Insoweit wird auf das schriftliche Gutachten vom 26. September 2001 Bezug genommen (siehe Anlage zu Bl. 553 der Akten).

Zu diesem Gutachten haben die Parteien im einzelnen Stellung genommen.

50

Die Beklagte hat u.a. ausgeführt, der Sachverständige habe Behördenäußerungen zu dem Lebensmittelcharakter von L-Carnitin wie in den Allgemeinverfügungen des Bundesministeriums für Gesundheit vom 26. Januar 1994, 15. August 1995, 5. Dezember 1996 und 4. August 1999 (vgl. Bl. 578, 580 bis 582 der Akten), in der Monographie vom 17. Dezember 1989 und in den Stellungnahmen des Bundesinstituts für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin vom 11. September 1996 und 3. Juli 2000 (vgl. Bl. 583 bis 586 der Akten) unbeachtet gelassen. Das Bundesinstitut vertrete darin den Standpunkt, daß L-Carnitin jedenfalls in einem Dosierungskorridor von bis zu 1000 mg überwiegend ernährungsphysiologische Eigenschaften zugeschrieben würden. Diese Auffassung werde von zahlreichen Fachleuten geteilt, wie das Gutachten von X vom 27. Juli 2001 (Bl. 587, 588 der Akten) und das von Professor Dr. Lohninger vom 20. August 2001 (vgl. Bl. 589 bis 599 der Akten) beispielhaft zeigten, auf deren sachverständiges Zeugnis sich die Beklagte beruft. Der gerichtliche Sachverständige habe die mitentscheidende Frage, bis zu welcher Maximaldosierung L-Carnitin (auch) ernährungsphysiologische Bedürfnisse abdecken könne, weder im Hinblick auf die "Normalbevölkerung", noch im Hinblick auf die Personenkreise mit erhöhtem Bedarf (z.B. Sportler), auf die es maßgeblich ankomme, beantwortet. Der Sachverständige sei bei seiner Feststellung, bis zu einer Menge von 300 mg L-Carnitin sei die Aufnahme noch als ernährungsphysiologisch anzusehen, von falschen Voraussetzungen ausgegangen. So betrage der L-Carnitin-Wert für Rinderfilet 1390 mg/kg und nicht 600 mg/kg (siehe die Dissertation "Stimmung des Carnitin-Gehalts in rohen und zubereiteten pflanzlichen und tierischen Lebensmitteln" von Gustavsen – Bl. 600 ff der Akten und Anlage zu Bl. 638 der Akten, auf deren sachverständiges Zeugnis sich die Beklagte ebenfalls beruft). Unberücksichtigt geblieben sei auch die intensive L-Carnitin-Aufnahme bei gängiger Alltagsernährung.

51

Zum Beweis dafür, daß eine Dosierung von 0 bis 1000 mg L-Carnitin pro Tag eine Dosierung darstelle, die als toxikologisch sicher, nebenwirkungsfrei und somit als physiologisch anzusehen sei und demnach eine pharmakologische Wirkung nicht bestehe, bezieht sich die Beklagte auf das sachverständige Zeugnis des Q unter Bezugnahme auf dessen Gutachten vom 9. Juli 2002 (Bl. 676 und 679 bis 701 der Akten).

52

Der Kläger hat u.a. ausgeführt, die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen seien nicht zu beanstanden. Das gelte auch für die mengenmäßige Aufnahmemöglichkeit von L-Carnitin durch die Nahrung. Die Beklagte habe bei den Angaben in der Dissertation von Gustavsen unbeachtet gelassen, daß bei der Zubereitung nicht unbeträchtliche Verluste von Carnitin aufträten und dort ebenfalls festgestellt worden sei, daß Gemischtköstler zwischen 30 und 100 mg Carnitin pro Tag aufnähmen. Zutreffend habe der Sachverständige T ab einer Dosierung von 500 mg L-Carnitin eine pharmakologische Wirkung bejaht, da die Zufuhr von derart unphysiologisch hohen Dosen zu einer Veränderung des Quotienten zwischen Acylcarnitin und freiem Carnitin führe. Die Bedeutung einer solchen Verschiebung des Quotienten zu Gunsten des Anteil von freiem Carnitin solle auch nach den Feststellungen im Gutachten C darin liegen, daß "für eine eventuelle Leistungssteigerung oder Erhöhung der

53

Wirksamkeit das freie Carnitin verantwortlich sei" (siehe Bl. 683 der Akten oben). In der nur durch unphysiologisch hohe Dosierungen erreichbaren Manipulation normal verlaufender Stoffwechselvorgänge liege die erforderliche pharmakologische Wirkung. Die Sachverständige C2 sei in ihrem Gutachten vom 10. Oktober 2001 gleichfalls zu dem Ergebnis gelangt, L-Carnitin habe ab einer Dosierung von 500 mg pharmakologische Wirkung (vgl. Bl. 629 bis 637 der Akten).

Sodann hat der Senat den Sachverständigen T ergänzend angehört. Insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift vom 27. März 2003 Bezug genommen (siehe Bl. 763 bis 765 der Akten). 54

Entscheidungsgründe: 55

Die Berufung des Klägers ist begründet, da die Beklagte es zu unterlassen hat, ihr L-Carnitin-Präparat "C3" zu bewerben und zu vertreiben, ohne daß eine arzneimittelrechtliche Zulassung als fertiges Arzneimittel vorliegt. 56

In dem die Beklagte mit "C3" ein Arzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 AMG ohne Zulassung in den Verkehr gebracht und beworben hat, hat sie gegen die Vorschriften der § 21 AMG und § 3 a HWG verstoßen. Diese Zuwiderhandlung gegen die wertbezogenen, auf den gesundheitlichen Schutz der Bevölkerung als besonders wichtigem Gemeingut gerichteten Vorschriften begründet zugleich den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Klägers nach § 1 UWG. 57

Arzneimittel sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG u.a. Stoffe, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung im menschlichen Körper Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern oder zu verhüten. Darüber hinaus fallen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG auch Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen unter den Arzneimittelbegriff, die die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers beeinflussen. Der Arzneimittelbegriff wird allerdings durch § 2 Abs. 3 Nr. 1 AMG dahin eingeschränkt, daß Lebensmittel im Sinne von § 1 LMBG keine Arzneimittel sind. Derselbe Stoff kann danach nicht gleichzeitig Lebensmittel und Arzneimittel sein. 58

Nach § 1 Abs. 1 LMBG sind Lebensmittel 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. 59

Für die Einordnung eines Produkts als Arznei- oder Lebensmittel ist eine an objektive Merkmale anknüpfende überwiegende Zweckbestimmung entscheidend, wie sie sich für einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher darstellt. Die Verkehrsauffassung knüpft regelmäßig an eine schon bestehende Auffassung über den Zweck vergleichbarer Mittel und ihrer Anwendung an, die wiederum davon abhängt, welche Verwendungsmöglichkeiten solche Mittel ihrer Art nach haben. Die Vorstellung der Verbraucher von der Zweckbestimmung kann weiter durch die Auffassung der pharmazeutischen oder medizinischen Wissenschaft beeinflußt sein, ebenso durch die dem Mittel beigefügten oder in Werbeprospekten enthaltenen Indikationshinweise und Gebrauchsanweisungen, sowie durch die Aufmachung, in der das Mittel dem Verbraucher allgemein entgegentritt. Ein verständiger Durchschnittsverbraucher wird im allgemeinen nicht annehmen, daß ein als Nahrungsergänzungsmittel angebotenes Präparat tatsächlich ein Arzneimittel ist, wenn es in der empfohlenen Dosierung keine pharmakologische Wirkung hat (vgl. u.a. BGH GRUR 2002, 910 ff, 912 – 60

Muskelaufbaupräparate).

Diese Abgrenzung der Arznei- von den Lebensmitteln steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Arzneimittelbegriff (vgl. BGH a.a.O., 912 – Muskelaufbaupräparate). Namentlich die hier maßgebliche Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG entspricht dem Begriff des Funktionsarzneimittels nach Artikel 1 Nr. 2 Abs. 2 der Richtlinie 65/65/EWG, die insoweit inhaltsgleich ist mit der Bestimmung des Artikel 1 Nr. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG. Davon werden Erzeugnisse erfaßt, die sich tatsächlich oder nach ihren angekündigten Wirkungen derart auf die Körperfunktionen auswirken können, daß sie deren Funktionsbedingungen nennenswert beeinflussen. An diesem Rechtszustand hat sich auch durch die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 nichts geändert (vgl. dazu BGH a.a.O., 912, 913 – Muskelaufbaupräparate mwn). 61

Nach diesen Kriterien ist das Produkt der Beklagten als Arzneimittel einzustufen, da es auch schon in der Dosierung von 500 mg pharmakologische Wirkung entfaltet. 62

Eine pharmakologische Wirkung liegt im Abgrenzungsbereich u.a. auch dann vor, wenn die Wirkungen eines Produkts das übersteigen, was physiologisch auch mit der Nahrungsaufnahme im menschlichen Körper aufgelöst wird (vgl. BGH a.a.O., 914 – Muskelaufbaupräparate). Die Wirkungsweise des Produkts läßt dann auf ein Arzneimittel schließen, wenn nicht die Nahrungsaufnahme im Sinne der Ersetzung verbrauchter Stoffe, sondern eine Manipulation körpereigener Funktionen im Vordergrund steht. Es geht in dem Fall gerade nicht um die Auffüllung eines – wenn auch durch sportliche Betätigung erhöhten – Nahrungs- und Energiebedarfs, sondern um eine über den Bedarf hinausgehende Zuführung eines Stoffes zum Zwecke der Veränderung, also der Manipulation normaler (physiologischer) Körperfunktionen (vgl. KG ZLR 2001, 576 ff). 63

Eine solche pharmakologische Wirkung ist nach den Feststellungen des Sachverständigen T in seinem schriftlichen Gutachten und dessen mündlichen Ergänzung gegeben. 64

Soweit die Beklagte dazu beanstandet, der Sachverständige habe sich lediglich auf Erkenntnisse in der Literatur gestützt und keine eigenen Untersuchungen der Wirkungsweise von L-Carnitin angestellt, ist das Zurückgreifen auf verifizierbare Untersuchungen Dritter nicht zu beanstanden. Der Hinweis auf einen angeblich unrichtigen L-Carnitingehalt von Lebensmitteln unter Hinweis auf die Dissertation von Gustavsen geht schon deshalb fehl, weil sich die Angabe für Rinderfilet mit 1390 mg pro kg erkennbar auf die Trockensubstanz (TS) bezieht, während der Anteil an der ursprünglichen Substanz (uS) 452 mg pro kg beträgt (siehe dort S. 173, 63). Die Werte des Sachverständigen T entsprechen auch denen in dem Gutachten des C (siehe dort S. 3). Zudem nimmt der Carnitingehalt nach den Untersuchungen von Gustavsen in der genannten Dissertation bei der Zubereitung ab, z.B. im Fleisch beim Fritieren um 15 %, beim Braten um 10 bis 30 % (siehe dort S. 147). Nach den dortigen Feststellungen liegt die Aufnahme durch Nahrung bei Gemischtköstlern pro Tag zwischen 30 und 100 mg Carnitin (siehe S. 147 in der genannten Dissertation). Der Sachverständige T ist hier von einer mittleren Zufuhr von 70 bis 90 mg ausgegangen, also von einer nur geringfügig abweichenden Größe. Mit dem Vorwurf der Beklagten, der Sachverständige habe sich nicht mit den behördlichen Stellungnahmen zum Lebensmittelcharakter von L-Carnitin auseinandergesetzt, lassen sich auch keine Bedenken gegen die Sachverständigenfeststellungen begründen. Diese Stellungnahmen enthalten keine Begründung für die dort angenommenen Grenzwerte. Sie entbehren zudem nach den Angaben des Sachverständigen im Senatstermin einer wissenschaftlichen Untermauerung durch Langzeitstudien. Die Gutachten des X und des M enthalten keine Feststellungen zu der von dem Sachverständigen T festgestellten metabolischen Wirkung von L-Carnitin in einer 65

Dosierung von 500 mg, so daß ihnen schon deshalb nicht nachzugehen war. Das gilt auch für das Gutachten des C, der lediglich darauf abgestellt hat, daß L-Carnitin in Dosierungen zwischen 0 und 1000 mg derzeit als toxykologisch sicher und nebenwirkungsfrei und somit als physiologisch anzusehen sei (siehe dort S. 14).

66
Zwar hat der Sachverständige T keine wissenschaftlichen Untersuchungen gefunden, die Rückschlüsse auf die Resorptionsverhältnisse von Carnitin im Dosierungsbereich zwischen 100 und 1000 mg zulassen. Er hat aber im Senatstermin überzeugend begründet, daß von einer Resorption in einem Bereich von 500 mg auszugehen ist. Die durchschnittliche zusätzliche Aufnahme, die mit der Nahrung möglich ist, hat er mit 300 mg angenommen, wobei es sich nach seinen Darlegungen um eine statistische Größe als theoretische Obergrenze handelt. Bis zu dieser Grenze kann also noch von einer physiologischen Dosis ausgegangen werden.

67
Dagegen ist eine Dosierung ab 500 mg nicht mehr als physiologisch, sondern als pharmakologisch anzusehen.

68
Der Sachverständige T hat nämlich des weiteren in seinem Gutachten dargelegt, daß bei sportlicher Belastung – nach den Angaben der Beklagten handelt es sich bei dem Präparat um einen "Biocarrier für die Ausdauerleistung" – der Anteil des Acylcarnitin um mehr als den Faktor 5 anstieg, während das freie Carnitin um 66 % abnahm, wobei sich das Gesamtcarnitin nicht sinifikant bzw. gar nicht verringerte. Dabei ist entscheidend, daß nur das freie Carnitin für den Fettsäuretransport zur Verfügung steht, so daß nur dieses für eine eventuelle Leistungssteigerung verantwortlich ist (siehe auch das Gutachten C – S. 4, 5).

69
Durch die Zuführung von L-Carnitin soll die Konzentration des freien Carnitins erhöht und damit das Verhältnis zwischen Acylcarnitin und freiem Carnitin wieder ausgeglichen werden. Eine solche Wirkung kann nach den Feststellungen des Sachverständigen erst mit einer Dosierung ab 500 mg erreicht werden.

70
Es wird also mit dieser Zufuhr von L-Carnitin nicht ein Mangel an Nährstoffen ausgeglichen, die gewöhnlich mit der Nahrungsaufnahme aufgenommen werden. Die Dosierung ab 500 mg dient allein dem Zweck, den Anteil des freien Carnitins zu erhöhen und damit das Verhältnis zu dem immens gestiegenen Anteil des Acylcarnitins auszugleichen. Somit handelt es sich nicht um eine Normalisierung des Verhältnisses zwischen dem Acylcarnitin und dem freien Carnitin, wie es vor der Belastung gegeben war, sondern um eine unphysiologische Erhöhung des freien Carnitins, wie der Sachverständige überzeugend begründet hat.

71
Diese metabolische Wirkung, die gerade nicht Teil des natürlichen Stoffwechsels aus der Nahrungsaufnahme ist, ist als pharmakologisch anzusehen. Dem stehen auch nicht die Hinweise entgegen, nach denen mit größeren Mengen bestimmter Fleischarten wie Hirsch oder Lamm sogar eine höhere Zufuhr als 500 mg Carnitin erreicht werden kann. Bei denen von der Beklagten angesprochenen Verbrauchern also auch bei Sportlern – geht es im Bereich der Ausdauerleistung nicht um solche außergewöhnlichen Ernährungsmaßnahmen, sondern um eine kontinuierliche Zufuhr eines Vielfachen des täglich "normal" zugeführten Carnitins. Nach alledem ist C3 als Funktionsarzneimittel einzustufen.

72
Der Vertrieb und die Werbung für dieses Produkt sind auch geeignet, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen, wie schon aus dem geschützten Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung folgt (vgl. BGH a.a.O., 915 – Muskelaufbaupräparate).

Die für die Zulassung der Revision in § 543 Abs. 2 genannten Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eine Anordnung nach § 712 ZPO zu Gunsten der Beklagten kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil nicht ersichtlich ist, daß bei der Vollstreckung für sie ein unersätzlicher Nachteil entsteht.

74