
Datum: 17.02.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 102/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0217.4U102.04.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 21/04

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 11. November 2004 wird aufrechterhalten, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht teilweise für erledigt erklärt haben.

Die Beklagten tragen die weiteren Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, daß die Regelungen des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. 1 2

Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) war, vertreibt und bewirbt das Produkt Gelenkschutz-Kapseln, in dem u.a. enthalten sind Teufelskrallen, Brennessel, Weidenrinden- und Weihrauchpulver. 3

Zur Verkehrsfähigkeit des damals noch unter dem Arbeitstitel "W" entwickelten Produkts holte die Beklagte zu 1) eine Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Industrie- und Handelsunternehmen für Arzneimittel, Reformwaren, Nahrungsergänzungsmittel und Körperpflegemittel e.V. vom 24. März 2003 ein. 4

Am 3. August 2003 warb der Beklagte zu 2) in einer Fernsehwerbesendung für die O Gelenkschutz-Kapseln.

Der Kläger wendet sich gegen die Werbung und den Vertrieb dieses Mittels. 6

Er hat dazu ausgeführt, die Gelenkschutz-Kapseln seien Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG. Dazu hat er behauptet, den vier oben genannten Substanzen komme eine pharmakologische Wirkung zu, so daß ein Verstoß gegen das Werbeverbot des § 3 a HWG i.V.m. § 1 UWG a.F. gegeben sei. 7

Ferner versuche die Beklagte zu 1) jedenfalls den irreführenden Eindruck zu erwecken, es handele sich bei den Gelenkschutz-Kapseln um ein Arzneimittel. Insofern bestehe ein Unterlassungsanspruch auf der Grundlage der §§ 1, 3 UWG a.F., 17 Abs. 1 Nr. 5 a und c LMBG, da eine gelenkschützende Wirkung nicht bestehe. 8

Letztlich folge der Unterlassungsanspruch auch daraus, daß die Gelenkschutz-Kapseln als Lebensmittel wegen unzulässiger Beimengung nicht verkehrsfähig seien. Die genannten vier Substanzen seien weder Stoffe i.S.d. § 1 Abs. 1 LMBG noch zugelassene Zusatzstoffe i.S.d. § 2 Abs. 1 LMBG i.V.m. der ZusatzstoffzulassungsVO. Nach § 11 LMBG sei es verboten, derartige Lebensmittel in den Verkehr zu bringen. Sie dürften dementsprechend auch nicht beworben werden. 9

Der Kläger hat beantragt, 10

I. 11

den Beklagten bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, 12

oder 13

einer Ordnungshaft bis zu sechs Monate, zu vollziehen an dem Geschäftsführer, 14

zu untersagen, 15

im geschäftlichen Verkehr das Mittel "O Gelenkschutz-Kapseln" mit der Bezeichnung "Gelenkschutz-Kapseln" zu bewerben und/oder zu vertreiben. 16

II. 17

Die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 255,20 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 17. Oktober 2003 zu zahlen. 18

Die Beklagten haben beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Sie haben eine pharmakologische Wirkung der genannten Substanzen bestritten und sich dazu auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen. Sie haben die Ansicht vertreten, die Gelenkschutz-Kapseln seien kein Arzneimittel, so daß ihnen auch nicht vorgeworfen werden könne, unzulässig für ein Arzneimittel geworben zu haben. 21

Gegenüber dem angesprochenen Kundenkreis werde auch nicht der irrige Eindruck erweckt, es handle sich bei dem Produkt doch um ein Arzneimittel. Es sei vielmehr ein Nahrungsergänzungsmittel und damit ein Lebensmittel beworben worden.

Die Gelenkschutz-Kapseln seien auch als Lebensmittel verkehrsfähig. Dies zeige die bereits erwähnte Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Industrie- und Handelsunternehmen vom 24. März 2003. Die von dem Kläger beanstandeten Inhaltsstoffe seien natürlicher Herkunft und würden ausschließlich wegen ihres Nährwerts verwendet. 23

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 24

Die Beklagten haben das Urteil mit der Berufung angegriffen, mit der sie die Abweisung der Klage erstreben. Sie wiederholen ihren Vortrag und unter Beweisantritt ihre Behauptung, daß den Gelenkschutz-Kapseln eine pharmakologische Wirkung nicht zukomme. Sie vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag, daß nach der Zweckbestimmung kein Arzneimittel vorliege. 25

Es liege auch kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LMBG vor. Entgegen der Ansicht des Landgerichts seien die Zutaten Teufelskrallen, Brennessel, Weidenrinden- und Weihrauchpulver keine Zusatzstoffe i.S.d. § 2 Abs. 1 LMBG. Bereits erstinstanzlich sei unter Beweisantritt vorgetragen worden, daß die genannten Zutaten natürlicher Herkunft seien und ausschließlich wegen ihres Nährwerts verwendet würden. Das Landgericht habe insoweit gegen übergeordnetes europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen. 26

Die Beklagten haben den Antrag angekündigt, 27

abändernd die Klage abzuweisen. 28

Der Kläger hat beantragt, 29

die Berufung zurückzuweisen. 30

Er verteidigt mit näheren Ausführungen das angefochtene Urteil. 31

Im Senatstermin vom 11. November 2004 sind die Beklagten nicht erschienen. 32

Der Senat hat daraufhin antragsgemäß die Berufung durch Versäumnisurteil vom 11. November 2004 zurückgewiesen. 33

Mit ihrem zulässigen Einspruch haben die Beklagten sich hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung "Gelenkschutz-Kapseln" für Nahrungsergänzungsmittel strafbewehrt unterworfen. Insoweit haben die Parteien im Senatstermin den Rechtsstreit teilweise in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. 34

Im Übrigen verfolgen die Beklagten ihr bisheriges Ziel weiter. Sie führen dazu aus, soweit der Kläger ein Vertriebsverbot anstrebe, liege eine unzulässige Klageänderung vor. Im Übrigen handele es sich um ein verkehrsfähiges Nahrungsergänzungsmittel, wie sich aus der Verkehrsfähigkeitsbescheinigung vom 16. November 2004 ergebe. Nach den gutachterlichen Stellungnahmen vom 12. November 2004 (Bl. 160 - 165 d.A.) und vom 15. November 2004 (Bl. 168 - 171 d.A.) handele es sich bei Teufelskrallen- und Weidenrindenpulver um Lebensmittel zur Nahrungsergänzung. 35

Die Beklagten beantragen, 36

das Versäumnisurteil aufzuheben und unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 38

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten. 39

Er führt aus, das Vorbringen zu der Verkehrsfähigkeit des Mittels und den Eigenschaften von Teufelskrallen- und Weidenrindenpulver sei im Hinblick auf § 531 Abs. 2 ZPO prozessual unbeachtlich; im Übrigen sei es auch in der Sache nicht gerechtfertigt. Zu den Zusatzstoffen Brennessel- und Weihrauchpulver fehle jegliches Vorbringen der Beklagten. Eine Klageänderung scheide schon deshalb aus, weil der Anspruch schon in der Klageschrift geltend gemacht worden sei, wie im Termin vor dem Landgericht noch einmal verdeutlicht worden sei. 40

Entscheidungsgründe: 41

Das Versäumnisurteil war soweit sich der Unterlassungsanspruch nicht durch die übereinstimmende Erledigungserklärung erledigt hat aufrechtzuerhalten, da die Berufung unbegründet ist. Dem Kläger steht sowohl der noch geltend gemachte Unterlassungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen § 11 LMBG als auch der Zahlungsanspruch als Folge eines Wettbewerbsverstoßes der Beklagten zu. 42

Der verbleibende Unterlassungsanspruch ist als Vertriebsverbot hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das Verbot bezieht sich auf das gewerbsmäßige Inverkehrbringen des Mittels, das früher mit "O Gelenkschutz-Kapseln" bezeichnet worden ist. In diesem Begehren liegt entgegen der Auffassung der Beklagten keine Klageänderung, da der Kläger diesen Anspruch bereits in der Klageschrift mit der fehlenden Verkehrsfähigkeit des angegriffenen Mittels begründet hat, bei der es auf die Bezeichnung als "Gelenkschutz-Kapseln" nicht ankommt. Darf es nicht in den Verkehr gebracht werden, darf es auch nicht beworben werden. 43

Die Beklagten sind gem. § 8 Abs. 1 UWG zur Unterlassung verpflichtet, weil sie mit dem Inverkehrbringen des Mittels "O Gelenkschutz-Kapseln" mit den besagten Inhaltsstoffen § 3 UWG zuwidergehandelt haben. Diese Wettbewerbshandlung ist unlauter i.S.v. § 3 UWG, weil die Beklagten damit einer Vorschrift zuwidergehandelt haben, die entsprechend § 4 Nr. 11 UWG auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Um eine solche Vorschrift handelt es sich gerade bei dem Zusatzstoffverbot des § 11 Abs. 1 Nr. 1 a und Nr. 2 LMBG, das dem vorbeugenden Gesundheitsschutz dient (vgl. BGH GRUR 2004, 1037, 1038 - Johanniskraut). 44

Bei dem Präparat handelt es sich um ein Lebensmittel, das entgegen dem Verbot des § 11 Abs. 1 Nr. 1 a LMBG hergestellt worden ist. 45

Als Nahrungsergänzungsmittel enthält es Zusatzstoffe, die nicht nach einer aufgrund der Ermächtigung nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 LMBG erlassenen Rechtsverordnung allgemein oder für bestimmte Lebensmittel oder für bestimmte Verwendungszwecke als Zusatzstoff zugelassen sind. 46

Bei den genannten vier Stoffen handelt es sich um Zusatzstoffe i.S.v. § 2 Abs. 1 LMBG. Insoweit sind zwar Stoffe ausgenommen, die natürlicher Herkunft sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung wegen ihres Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswertes oder als 47

Genußmittel verwendet werden. Die Voraussetzungen, die aufgrund einer abstrakten Betrachtungsweise zu bejahen sein müßten (vgl. BGH a.a.O. - Johanniskraut), liegen hier nicht vor. Dabei braucht der Senat nicht der Frage nachzugehen, ob das Vorbringen der Beklagten in der Einspruchsschrift insoweit zuzulassen ist. Es kann auch dahinstehen, ob es sich nach dem Vortrag der Beklagten bei dem Mittel Teufelskrallen- und Weidenrindenpulver um Mittel handelt, die von dem Verbot des § 2 Abs. 1 LMBG nicht erfaßt werden. Auch hinsichtlich der weiteren Zutaten Brennessel- und Weihrauchpulver handelt es sich um Zusatzstoffe i.S.d. § 2 Abs. 1 LMBG. Die bereits dargelegte Ausnahme könnte hier nur in der Form gegeben sein, daß die Stoffe wegen ihres Nährwertes eingesetzt werden. Um ein gebräuchliches Lebensmittel, das regelmäßig dazu bestimmt ist, als solches verzehrt zu werden (vgl. BGH WRP 2004, 1277 - Honigwein), handelt es sich bei diesen Stoffen nach Auffassung der Verbraucher sämtlich nicht. Insoweit fehlt es vorliegend an jeglicher Darlegung des Einsatzes dieser Stoffe "wegen ihres Nährwertes". Es ist nicht einmal dargetan oder ansonsten ersichtlich, worin der "Nährwert" dieser Zusatzstoffe liegen soll. Der Hinweis auf ein Sachverständigengutachten, das eingeholt werden soll, ersetzt den fehlenden Vortrag zu diesen Eigenschaften nicht.

Der Hinweis auf Art. 1 der bislang nicht umgesetzten Richtlinie 89/107/EWG gilt nicht für Stoffe, die aus anderen als technologischen Gründen zugesetzt werden. Das zeigt bereits der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2. Die beiden genannten Stoffe werden nicht aus technologischen Gründen zugesetzt. Insofern hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung Johanniskraut klargestellt, daß die Richtlinie keine andere, nämlich eine konkrete Auslegung des Begriffs Zusatzstoff i.S.d. § 2 Abs. 1 LMBG verlangt (vgl. BGH a.a.O., 1039 - Johanniskraut). 48

Hinsichtlich dieses Unterlassungsanspruchs ist durch die von den Beklagten abgegebene und vom Kläger angenommene Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Denn dieser zweite Verbotsinhalt wird von der Unterlassungserklärung, die sich allein auf die ursprünglich auch angegriffene Bezeichnung des Mittels erstreckt, nicht erfaßt. Der Unterlassungsanspruch bleibt im Hinblick auf den Vertrieb des nicht verkehrsfähigen Mittels unter Verwendung dieser Zusatzstoffe deshalb von der Teilunterwerfung unberührt (vgl. BGH WRP 2002, 1075 - Teilunterwerfung). 49

Insoweit hat das Landgericht zu Recht nach der damals geltenden Rechtslage einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. bejaht. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 50

Die unstreitigen Abmahnkosten nebst Zinsen stehen dem Kläger ebenfalls zu. 51

Die Revision war entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zuzulassen, da ein Revisionsgrund i.S.d. § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegt. 52

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97 Abs. 1, 539 Abs. 3, 344, 91 a Abs. 1 ZPO. Soweit die Parteien den Rechtsstreit teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt haben, müssen die Beklagten die anteiligen Kosten tragen. Denn der Kläger hätte ohne das erledigende Ereignis nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch insoweit obsiegt, als er sich gegen die Verwendung einer irreführenden Bezeichnung i.S.d. § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG gewandt hat. Mit der Verwendung der Bezeichnung "Gelenkschutz-Kapseln" haben die Beklagten jedenfalls gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG verstoßen. Sie haben dem Mittel im Bereich des Gelenkschutzes Wirkungen beigelegt, die nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht hinreichend gesichert sind. 53

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

