
Datum: 17.06.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 16/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0617.4U16.08.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 10 O 13/07

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 30. November 2007 verkündete Urteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120.000,00 € abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Unterlassung des Vertriebs des Produktes W in Anspruch, das aus der Mangostane-Frucht gewonnen wird. Der Beklagte vertreibt dieses Produkt, das in Flaschen und sog. Squeeze-Packs erhältlich ist, im Internet.

1

2

3

Bei dem Getränk wird erstmals - wie in erster Instanz noch unstreitig - die Mangostane als Ganzes, also einschließlich der Schale verarbeitet. Nach der Ernte und Säuberung wird die Frucht blanchiert und anschließend in ihrer vollständigen Form in eine Mühle gegeben, zu einem Mark vermahlen und anschließend eingefroren. Das gefrorene Püree wird in die USA verschifft, dort aufgetaut und mit firmeneigenen Säften und Fruchtpüree vermischt.

Der W-Saft wurde im Herbst 2006 in Europa eingeführt, ohne zuvor ein
Genehmigungsverfahren nach der Novel-Food-Verordnung oder ein Notifizierungsverfahren durchzuführen. 4

Der Kläger, zu dessen satzungsmäßigem Zweck es gehört, den unlauteren Wettbewerb in allen Erscheinungsformen im Zusammenwirken mit Behörden und Gerichten zu bekämpfen, ist der Ansicht, dass Bewerbung und Vertrieb des W-Saftes der Novel-Food-Verordnung über neuartige Lebensmittel unterliege, und zwar deshalb, weil auch die Schale der Frucht mitverarbeitet werde. Diese Schale sei bisher in der EU noch nicht im nennenswerten Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden. Sie sei zudem nicht genießbar. 5

Das Landgericht hat durch Versäumnisurteil vom 22.03.2007 den Beklagten antragsgemäß unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt, 6

es zu unterlassen, 7

im geschäftlichen Verkehr das Produkt W, das den Saft der ganzen Mangostane-Frucht einschließlich der Schale dieser Frucht enthält, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu vertreiben und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen, solange zum Verkehr der ganzen Mangostane-Frucht, einschließlich der äußeren Umhüllung (Perikarp) als Lebensmittel oder Lebensmittelzutat die Genehmigung für ein Inverkehrbringen nach der Verordnung (EG) Nr. 258/97 für neuartige Lebensmittel nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht ist. 8

Wegen des Inhaltes des Versäumnisurteils im Einzelnen wird auf Bl. 38 d.A. verwiesen. 9

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte fristgemäß Einspruch eingelegt. 10

Der Beklagte ist der Ansicht, die Novel-Food-Verordnung sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es sei fraglich, ob ein Genehmigungsverfahren nach der Novel-Food-Verordnung auch für einzelne Bestandteile einer Pflanze in Betracht käme. Zudem sei fraglich, ob eine Verwendung der Schale der Mangostane für den menschlichen Verzehr in nennenswertem Umfang anzunehmen sei, wenn beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke der Schale mitverzehrt wurden. Zudem sei entscheidungserheblich, ob die in den USA mit einer Menge von 15 Millionen Litern ohne Auftreten gesundheitlicher Bedenken gemachte Erfahrung für die Bejahung der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit ausreiche oder die vorgebrachten Bedenken durch Vorlage von wissenschaftlichen Sachverständigengutachten ausgeräumt werden könnten. 11

Der Beklagte hat beantragt, 12

das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 22.03.2007 aufzuheben. 13

Der Beklagte hat ferner beantragt, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gem. Art. 234 Abs. 2 EG verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, die die Auslegung der Novel-Food-Verordnung betreffen. Wegen der Formulierung der Vorlagefragen im Einzelnen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bl. 135 f. 14

verwiesen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 30.11.2007 entsprechend dem Antrag des Klägers sein Versäumnisurteil vom 22.03.2007 aufrecht erhalten. 15

Wegen des Inhaltes des Urteils im Einzelnen wird auf Bl. 134 f. d.A. verwiesen. 16

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der er in erster Linie begehrt, dass das Urteil abgeändert und unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abgewiesen wird. Hilfsweise begehrt er die von ihm in der Berufungsbegründung (Bl. 159 f. d.A.) ausformulierten Fragen dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gem. Art. 234 Abs. 2 EG zur Vorabentscheidung vorzulegen und bis zur Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften den Rechtsstreit auszusetzen. Die Frage zu Ziff. 5 hat der Beklagte in der Berufungsinstanz dahingehend ergänzt, dass eine erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit bejaht werden müsse, wenn nachgewiesen sei, dass das Lebensmittel keine toxologisch bedenklichen Substanzen enthalte. 17

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages rügt der Beklagte, dass das Landgerichts rechtsfehlerhaft angenommen habe, die Schale der Mangostane-Frucht sei Zutat des Getränks W. Die Schale sei lediglich ein natürlicher Bestandteil der Zutat Mangostanenmark. Deshalb sei das Unterlassungsgebot im Versäumnisurteil falsch formuliert, weil dort von der ganzen Mangostane-Frucht und nicht vom Mangostanenmark die Rede sei. 18

Rechtsfehlerhaft stelle sich demzufolge die Prüfung dar, ob die Schale im nennenswerten Umfang verzehrt worden sei. Auch sei das Tatbestandsmerkmal des "Verzehrs in nennenswertem Umfang" unzutreffend ausgelegt worden. Dabei habe das Landgericht nämlich verkannt, dass das Mangostanenmark und die darin enthaltene Schale in dem Getränk W nur zu einem geringen Anteil vorhanden sei. Deshalb hätte geprüft werden müssen, ob die in dem Mangostanenmark enthaltenen Bestandteile vor dem 15.05.1997 für den menschlichen Verzehr in ähnlicher Menge verwendet worden seien. 19

Hinsichtlich des Merkmals der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit rügt der Beklagte einen Verstoß gegen § 139 ZPO. Das Landgericht habe seine Rechtsauffassung zu den vorzutragenden Umständen nicht kundgetan. Zudem habe das Landgericht die angebotenen Beweise nicht erhoben und die Beweisanträge ohne nähere Begründung zurückgewiesen. Es habe zudem die Erfahrung mit dem Getränk W in den USA und damit in einem der EG vergleichbaren Raum unberücksichtigt gelassen. 20

Zudem sei der Verbotstenor des Versäumnisurteils zu weit gefasst. Der Tenor berücksichtige nicht die Möglichkeiten der Verfahren nach Art. 13 und Art. 5 der Novel-Food-Verordnung. Das Getränk W dürfe weiter in den Verkehr gebracht werden, wenn die Kommission entscheide, dass kein neuartiges Lebensmittel vorliege oder dass es sich um ein im Wesentlichen gleichartiges Lebensmittel nach Art. 3 Abs. 2 der VO handle. Rechtsfehlerhaft stelle demgegenüber der Verbotstenor auf die Veröffentlichung der Genehmigung im Amtsblatt ab, obwohl es nicht darauf, sondern auf die Zustellung der Genehmigung an den Beklagten als Antragsteller ankomme. 21

Mit näheren Ausführungen rügt der Beklagte zudem die Nichtvorlage zum EuGH als ermessensfehlerhaft. 22

Der Beklagte hat darüber hinaus die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den nachfolgenden Fragen beantragt:	
Ob und in welchem Umfang sind Bestandteile der Schale der Mangostane auch im Fruchtfleisch enthalten?	24
Ob und in welchem Umfang werden beim üblichen Verzehr der Frucht durch den Verbraucher Schalenbestandteile aufgenommen und mitverzehrt?	25
Wie ist der Verzehr des Erzeugnisses W im Vergleich zum üblichen Verzehr frischer Früchte zu bewerten?	26
Zur Frage des erfahrungsgemäß unbedenklichen Lebensmittels verweist der Beklagte auf die erstinstanzlich angebotenen Beweismittel. Er bietet zum Nachweis der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit und zum Nachweis des Fehlens toxologisch bedenklicher Substanzen ebenfalls und erneut ein Sachverständigengutachten an.	27
Abschließend überreicht der Beklagte das von seinem Prozessbevollmächtigten eingeholte Gutachten des Prof. Dr. D, wegen dessen Inhalt im Einzelnen auf Anlage B13 zum Schriftsatz des Beklagten vom 16.05.2008, Bl. 224 f. d.A. verwiesen wird. Der Beklagte sieht durch dieses Gutachten folgende Feststellungen als erwiesen an:	28
Das Getränk W wird in Übereinstimmung mit der Fruchtsaftverordnung hergestellt und enthält keine ungenießbaren Teile der Schale.	29
Beim Verzehr von zwei - drei geschälten Mangostane-Früchten wird etwa die gleiche Menge an schalentypischen Inhaltsstoffen aufgenommen, wie beim Verzehr von 30 ml des Getränks W.	30
Das Getränk W ist gesundheitlich völlig unbedenklich.	31
Der Beklagte sieht durch dieses Gutachten seine Rechtsauffassung bestätigt, dass es sich bei dem Getränk W nicht um ein neuartiges Lebensmittel, sondern um ein erfahrungsgemäß unbedenkliches Lebensmittel handelt, das bereits vor dem Inkrafttreten der Novel-Food-Verordnung in nennenswertem Umfang verzehrt worden sei. Was das Merkmal des erfahrungsgemäß unbedenklichen Lebensmittels angehe, sieht sich der Beklagte durch den Hinweisbeschluss des OLG München vom 30.04.2008 in einem Parallelverfahren bestärkt (vgl. Anlage B14 zum Schriftsatz des Beklagten vom 16.05.2008, Bl. 224 f. d.A.).	32
Der Beklagte beantragt:	33
I.	34
Das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 30. November 2007 und das Versäumnisurteil des Landgerichts Bielefeld vom 22. März 2007 - 10 O 13/07 - werden aufgehoben.	35
II.	36
Die Klage wird abgewiesen.	37
III.	38
Der Kläger hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.	39
	40

Hilfsweise:

IV.	41
Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gem. Art. 234 Abs. 2 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:	42
1.	43
Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. e in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass für das Inverkehrbringen des Pürees aus einer ganzen Frucht als Lebensmittelzutat die Verfahren der Art. 4, 6, 7 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 Anwendung finden können, wenn die Frucht bereits vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft allgemein verfügbar war und das Fruchtfleisch in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde?	44
Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" beantwortet:	45
2.	46
Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass die Verwendung des Pürees aus einer ganzen Frucht als Lebensmittelzutat für den menschlichen Verzehr in nennenswertem Umfang anzunehmen ist, wenn nachweislich feststeht:	47
(1)	48
dass das Fruchtfleisch vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde,	49
(2)	50
dass beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke oder Bestandteile der Schale mitverzehrt wurden und	51
(3)	52
dass die Menge der beim Verzehr einer Frucht mitverzehrten Schale mengenmäßig bzw. ernährungsphysiologisch annähernd den Schalenbestandteilen entspricht, die beim Verzehr der empfohlenen Tagesdosis des Lebensmittels verwendet werden, in dem das Püree als Zutat enthalten ist.	53
Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite Frage mit "Nein" beantwortet:	54
3.	55
Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass das Püree aus einer ganzen Frucht als erfahrungsgemäß unbedenkliches Lebensmittel anzusehen ist, wenn nachweislich feststeht:	56

(1)	
dass das Fruchtfleisch vor dem 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde,	58
(2)	59
dass beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke oder Bestandteile der Schale mitverzehrt wurden und	60
(3)	61
dass die Menge der beim Verzehr einer Frucht mitverzehrten Schale mengenmäßig bzw. ernährungsphysiologisch annähernd den Schalenbestandteilen entspricht, die beim Verzehr der empfohlenen Tagesdosis des Lebensmittels verwendet werden, in dem das Püree als Zutat enthalten ist.	62
Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite und die dritte Frage mit "Nein" beantwortet:	63
4.	64
Ist Art. 3 Abs. 4 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn das Endprodukt, in dem die Lebensmittelzutat verarbeitet ist, seit dem Jahr 2002 in einer Menge von 15 Millionen Litern von Verbrauchern in den Vereinigten Staaten von Amerika verzehrt worden ist und gesundheitliche Bedenken nicht aufgetreten sind?	65
Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite, dritte und vierte Frage mit "Nein" beantwortet:	66
5.	67
Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn der Inverkehrbringer des Lebensmittels sämtliche Bedenken, die gegen die gesundheitliche Unbedenklichkeit des Lebensmittels vorgebracht worden sind, durch wissenschaftliche Sachverständigengutachten ausgeräumt hat und durch wissenschaftliches Sachverständigengutachten nachgewiesen hat, dass das Lebensmittel keine toxikologisch bedenklichen Substanzen enthält?	68
V.	69
Der Rechtsstreit wird bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ausgesetzt (§ 148 ZPO).	70
Der Kläger beantragt,	71
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	72
	73

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages teilt der Kläger mit näheren Ausführungen die Ansicht des Landgerichts, die Schale der Mangostane-Frucht sei als Lebensmittelzutat im Sinne der Novel-Food-Verordnung zu qualifizieren. Dabei sei es ohne Belang, ob man die Schale selbst oder die in dem Fruchtmarm pürierte Schale betrachte. Denn es komme nur darauf an, dass man die Schale dem Saft zusetzt.

Das Landgericht habe dem Beweisangebot des Beklagten, das kleinste Bestandteile der Schale bereits früher mitverzehrt worden seien, auch nicht nachgehen müssen. Bei der Herstellung von W werde nämlich die gesamte Frucht verwertet, also die gesamte Schale, deren Volumen zumindest dem Volumen des Fruchtfleisches entspreche. Der Beklagte verkenne die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals des Verzehrs im nennenswerten Umfang. Dazu müsse nach der Rechtsprechung des EuGH die Lebensmittelzutat in erheblicher Menge für den menschlichen Verkehr verzehrt worden sein. Insofern sei auch eine Vorlage an den EuGH nicht geboten. 74

Rechtsfehlerfrei habe das Landgericht auch das Merkmal der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit ausgelegt. 75

Der Kläger rechtfertigt auch die Fassung des Verbotstenors. Er ist der Ansicht, dass das Landgericht die vom Beklagten angesprochenen Einschränkungen nicht habe vornehmen müssen. Es sei auch sachdienlich, an die gesetzlich zwingend vorgeschriebene Veröffentlichung anzuknüpfen. Denn ein anderer öffentlich zugänglicher Nachweis der Durchführung des vorgesehenen Verfahrens sei nicht vorhanden. Es sei auch nicht ermessensfehlerhaft, die vom Beklagten formulierten Auslegungsfragen dem EuGH nicht vorzulegen. Dafür bestehe im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH "Lactobact omni FOS" (überreicht als Anlage K18 zur Klageschrift) keine Veranlassung. Vorsorglich regt der Kläger eine Ergänzung der Vorlagefrage zu Ziff. 1 an, wegen deren Formulierung im Einzelnen auf den Schriftsatz des Klägers vom 12.03.2008 Bl. 196 d.A. verwiesen wird. 76

Im Hinblick auf den Vortrag des Beklagten zum Gutachten des Prof. Dr. D ist der Kläger der Meinung, dass die neue Behauptung, W enthalte nicht die Schale der Mangostane-Frucht aus prozessualen Gründen nicht zuzulassen sei. 77

Ferner weist der Kläger darauf hin, dass es für die Neuartigkeit eines Lebensmittels oder einer Lebensmittelzutat nicht darauf ankomme, ob typische Inhaltsstoffe bereits vor dem 15. Mai 1997 verzehrt worden seien. Es komme nämlich nicht auf die einzelnen Bestandteile der Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten an. Dass bestimmte Bestandteile vor dem 15. Mai 1997 verzehrt worden seien, mache neuartige Lebensmittel, die gleichfalls diese Bestandteile enthielten, nicht zu herkömmlichen Lebensmitteln. 78

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 79

Entscheidungsgründe 80

Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. 81

Das Landgericht hat das beantragte Verbot zu Recht verhängt. 82

Die Verbotsfassung ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das Verbot musste das konkrete Produkt, also das Getränk W, zum Gegenstand haben. Denn Verbotsgegenstand kann nur das sein, was der Beklagte tatsächlich vertreibt. 83

Auch durch den mit "solange" eingeleiteten Verbotszusatz verliert das Verbot nicht seine hinreichende Bestimmtheit. Denn durch diesen Nachsatz wird dem Beklagten lediglich eine Möglichkeit eröffnet, aus dem Verbot herauszukommen. Das Verbot selbst, nämlich der Vertrieb des fraglichen Getränks, bleibt durch diesen Nachsatz unberührt. Denn dieser "solange"-Zusatz definiert nicht zwingend ein Verbotsende. Das liefe auf ein Gebot hinaus, ein bestimmtes Zulassungsverfahren zu betreiben, wenn durch diesen Zusatz die einzige Möglichkeit beschrieben werden soll, wie der Beklagte aus dem Verbot herauskommen kann. So ist dieser Zusatz aber nicht zu verstehen. Er ist im Grunde genommen überflüssig. Denn der Beklagte darf derzeit das fragliche Getränk nicht vertreiben, und zwar einschränkungslos. Es bleibt dem Beklagten unbenommen, Umstände herbeizuführen, die ein Vertriebsverbot nicht mehr rechtfertigen würden. Dabei ist der Beklagte nicht auf die vom Landgericht aufgezeigte Möglichkeit beschränkt.	84
Demgemäß ist auch die Rüge des Beklagten unerheblich, dass nicht auf die Veröffentlichung im Amtsblatt, sondern auf die Zustellung der Genehmigung an den Beklagten als Antragsteller des Verfahrens abzustellen ist, um den Vertrieb des Verbotes als zulässig anzusehen. Es bleibt dem Beklagten unbenommen, eine Aufhebung des Verbotes im Wege der Vollstreckungsgegenklage zu erreichen, auch wenn die Genehmigung noch nicht veröffentlicht, sondern nur zugestellt ist. Insgesamt gesehen markiert der "solange"-Zusatz lediglich den absoluten Endpunkt, zu dem auch bereits aus heutiger Sicht eine Aufrechterhaltung des Verbotes nicht mehr zu rechtfertigen ist.	85
Anspruchsgrundlage für das ausgeurteilte Verbot ist §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2; 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 e der Novel-Food-Verordnung.	86
Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Novel-Food-Verordnung stellt sich zugleich als unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG dar. Denn die Novel-Food-Verordnung hat verbraucherschützenden Charakter und ist damit eine Norm, die im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten regeln will. Dass diese Verordnung die Gesundheit der Verbraucher schützen will, zeigt schon der Erwägungsgrund (2) der Verordnung. Nach § 4 Ziff. 11 UWG handelt aber unlauter im Sinne des § 3 UWG, wer gegen eine solche Marktregelnorm verstößt.	87
Gerade weil es um den Schutz der öffentlichen Gesundheit geht, stellt ein Verstoß gegen die Novel-Food-Verordnung auch keine wettbewerbsrechtlich unbeachtliche Bagatelle im Sinne des § 3 UWG dar.	88
Zu Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass der Beklagte durch den Vertrieb des Getränkes W gegen Art. 1 der Novel-Food-Verordnung verstößt.	89
Die Verordnung regelt und findet demzufolge Anwendung auf das Indenverkehrbringen neuartiger Lebensmittel und neuartiger Lebensmittelzutaten. Dabei ist für den vorliegenden Fall klarzustellen, dass es hier nicht um ein Vertriebsverbot für das Fruchtfleisch der Mangostane geht. Es geht auch nicht um die Formulierung des Saftes und damit nicht darum, ob dieses Fruchtfleisch nun in flüssiger Form angeboten wird oder ob einem aus dem Mangostane-Fruchtfleisch gewonnenen Saft andere Säfte zugesetzt werden, um die Trinkmenge zu erhöhen. Entscheidend ist allein die Frage, ob der vom Beklagten vertriebene Saft dadurch zu einem verbotenen neuartigen Lebensmittel wird, dass er nicht nur das Fruchtfleisch der Mangostane-Frucht enthält, sondern zusätzlich auch deren Schale.	90
Zugunsten des Klägers ist dabei davon auszugehen, dass der fragliche Saft tatsächlich diese Schale (Perikarp) der Mangostane-Frucht enthält. Dies ist ausweislich des Tatbestandes des	91

angefochtenen Urteils in erster Instanz noch unstreitig gewesen.

Wie mit den Parteien erörtert, kann das nunmehrige Bestreigen aber nur dahingehend verstanden werden, dass nur die Schalenreste herausgefiltert werden, die beim Mahlvorgang nicht genügend pulverisiert worden sind. Andernfalls bleibt unklar, weshalb die ganze Frucht einschließlich der Schale in die Mühle gegeben wird, wenn die Schale anschließend nahezu vollständig wieder herausgefiltert wird. Auch der Beklagte hat nicht angeben können, inwiefern so etwas nach einem Zerkleinerungsvorgang überhaupt noch möglich ist. Dementsprechend wird auch auf S. 12 des Urteils des Landgerichts München I vom 19.11.2007 ausgeführt (Anlage K31 zum Schriftsatz des Klägers vom 28. November 2007, Bl. 130 ff. d.A.): "Dass dem Saft zugesetzt Mark wird durch Blanchieren und Mahlen der gesamten Mangostane-Frucht gewonnen. Die so verarbeitete Schale wird auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder entnommen." 92

Damit stimmen auch die Ausführungen des Gutachters der Beklagten Prof. Dr. D überein, wenn er in seinem Gutachten ausführt, dass ein Transfer weicher bzw. löslicher Schalenbestandteil in das Fruchtfleisch erfolgt (S. 2/7), und dass Feststoffe, wie die verholzte Schale, weitgehend abgetrennt werden. Ferner führt der Gutachter aus (S. 6/7), dass beim Passieren der ganzen Frucht ein Teil der Schale in das Mark übergeht." 93

Damit bleibt es dabei, dass die Mangostane-Frucht als Ganze, also einschließlich der Schale zermahlen wird, und dass nur die Bestandteile der Schale herausgefiltert werden, die nicht genügend klein gemacht worden sind, um den Filter passieren zu können. Mithin ist, wie schon in erster Instanz, auch in der Berufungsinstanz davon auszugehen, dass die Schale der Mangostane-Frucht mitverarbeitet wird. 94

Diese Schale der Mangostane-Frucht ist aber als neuartige Lebensmittelzutat im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Novel-Food-Verordnung zu werten, die damit auch den so zusammengesetzten Saft W zu einem verbotenen Produkt macht. Nach Sinn und Zweck der Novel-Food-Verordnung, wie er in Art. 1 Abs. 2 Novel-Food-Verordnung zum Ausdruck kommt, bestimmt sich die Neuartigkeit danach, ob das Lebensmittel oder die Lebensmittelzutat bereits verzehrt worden ist. Allein die Bekanntheit eines Lebensmittels reicht nicht aus, um ihm die Neuartigkeit im Sinne der Novel-Food-Verordnung zu nehmen. Auch wenn die Mangostane-Frucht äußerlich als Einheit betrachtet werden kann, so kommt es für die Frage der Neuartigkeit eines Lebensmittels im Sinne der Novel-Food-Verordnung nicht entscheidend darauf an, ob ein Lebensmittel als solches bereits auf dem Markt angeboten worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob es gerade auch zum Verzehr angeboten worden ist. 95

Dies ist bei der Schale der Mangostane-Frucht gerade nicht der Fall. Die Schalenpartikel, die am Fruchtfleisch haften bleiben mögen, wenn man das Fruchtfleisch aus der Schale entfernt, sind so geringfügig, dass sie keinen nennenswerten Verzehr begründen können, zumal sich die Früchte auch leicht aus der Schale lösen lassen. 96

Diese Sichtweise wird auch allein dem Sinn und Zweck der Novel-Food-Verordnung gerecht. Denn im Vordergrund steht der gesundheitliche Schutz vor neuartigen Lebensmitteln. Das kommt nicht nur im Erwägungsgrund (2) zum Ausdruck, sondern ergibt sich auch aus Art. 1 Abs. 2 e, wo die erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit angesprochen wird. Vor diesem Hintergrund ist es unerheblich, ob eine exotische Frucht als solche bekannt ist. Entscheidend allein ist deren Verzehr. Der Gesundheitsschutz gebietet, nicht alle Teile einer Frucht dann gleich zu behandeln, wenn nur ein Teil bislang unbedenklich verzehrt worden ist. Bezog sich aber der Verzehr bislang in nennenswertem Umfang allein auf das Fruchtfleisch, hat damit auch allein nur das Fruchtfleisch seinen Charakter als neuartiges Lebensmittel verloren. 97

Wie sinnvoll diese Regelung der Novel-Food-Verordnung ist, beweist auch gerade das vom 98
Beklagten vorgelegte Gutachten des Prof. Dr. D. Denn danach unterscheiden sich die
Inhaltsstoffe der Schale erheblich von denen des Fruchtfleisches, zumindest was die
Dosierung betrifft (vgl. S. 5/7 des Gutachtens).

Auch die Zahlenbeispiele des Gutachtens führen nicht weiter. Es geht nicht darum, die 99
Inhaltsstoffe der Schale zu denen des Getränks in Beziehung zu setzen. Es ist im
vorliegenden Zusammenhang unerheblich, wie wenig man von diesen Stoffen zu sich nimmt,
wenn man das Getränk des Beklagten trinkt. Nach der Novel-Food-Verordnung kommt es
allein darauf an, dass der Beklagte durch die Verwendung der Schale, in welchem Umfang
auch immer, eine neuartige Lebensmittelzutat verwandt hat. Daran ändert auch der
Herstellungsprozess des Saftes W nichts. Auch wenn die gesamte Frucht einschließlich der
Schale zu einem einheitlichen Püree verarbeitet wird, bleibt es damit dabei, dass dem
Fruchtfleisch die Schale zugesetzt wird. Der Vorgang ist nicht anders zu beurteilen, als wenn
zunächst das Fruchtfleisch zu Saft verarbeitet worden wäre und dann die geriebene Schale,
etwa in Wasser aufgelöst zur Verlängerung hinzugesetzt würde. Nach Art. 1 Abs. 1 Novel-
Food-Verordnung kommt es für den nennenswerten Umfang des Verzehrs nicht darauf an, in
welchem Umfang die neuartige Lebensmittelzutat in dem auch noch aus anderen
unbedenklichen Zutaten zusammengesetzten Produkt enthalten ist. Der nennenswerte
Umfang des bisherigen Verzehrs muss sich gerade auf die Lebensmittelzutat erstrecken,
um deren Verkehrsfähigkeit es geht. Diese Verkehrsfähigkeit wird nicht dadurch bestimmt, in
welchem Umfang eine solche als neuartig zu qualifizierende Lebensmittelzutat in einem
Produkt enthalten ist, das auch noch andere verkehrsfähige Bestandteile enthält.

Dass die Schale im Vergleich zum Fruchtfleisch etwas besonders ist, ergibt sich auch aus S. 100
4/7 des Gutachtens, wonach gerade die Schale intensive Farbeigenschaften hat. Auf S. 6/7
des Gutachtens wird sogar von toxischen Effekten der Schale beim Verzehr durch Tiere
berichtet. Dass mit dem Verzehr des Fruchtfleisches auch immer schon Xantone
aufgenommen worden sind, die sich vor allem in der Schale befinden (S. 7/7 des
Gutachtens), beseitigt ebenfalls nicht die Neuartigkeit. Denn es geht nicht darum, ob
irgendwelche Stoffe der in Rede stehenden Lebensmittelzutat schon früher in anderem
Zusammenhang aufgenommen worden sind, sondern ob die fragliche Lebensmittelzutat
bereits früher als solche verzehrt worden ist. Das ist eben bei der Schale der Mangostane-
Frucht wie dargelegt nicht der Fall.

Der Beklagte kann sich auch nicht auf die Ausnahmeregelung des Art. 1 Abs. 2 e der Novel- 101
Food-Verordnung berufen, wonach auch neuartige Lebensmittel dann nicht unter die
Verordnung fallen, wenn sie erfahrungsgemäß als unbedenklich gelten können. Eine solche
ausreichende Erfahrung mit der Schale der Mangostane-Frucht hat der Beklagte nicht dartun
können. Er hat sich zwar darauf berufen, dass der Saft W in den USA seit 2002 vertrieben
werde, ohne dass es bislang zu negativen Erfahrungen gekommen sei. Allein der Vertrieb
eines einzelnen Produktes in den USA kann aber eine erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit
der Lebensmittelzutat noch nicht ausreichend belegen, mag sich dieser Vertrieb inzwischen
auch auf mehr als 15 Millionen Liter aufsummiert haben. Ein Lebensmittel und eine
Lebensmittelzutat können erfahrungsgemäß als unbedenklich nur dann angesehen werden,
wenn sie zum einen auf breiter Grundlage in verschiedener Form verzehrt worden sind, nicht
nur in einem einzelnen Produkt. Zum anderen muss auch eine gewisse Beobachtung
hinzukommen, die sich gerade auf die Unbedenklichkeit bezieht. Das mehr oder weniger
zufällig keine Störfälle bekannt geworden sind, kann eine erfahrungsgemäße
Unbedenklichkeit noch nicht belegen.

Diese erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit kann auch nicht durch wissenschaftliche Gutachten ersetzt werden, die eine solche Unbedenklichkeit bescheinigen. Vielmehr soll die Unbedenklichkeit durch das Verfahren festgestellt werden, das die Novel-Food-Verordnung vorsieht. Lediglich althergebrachte Lebensmittel sollen von diesem Zulassungserfordernis befreit sein, wenn sie, wenn auch nicht in nennenswertem Umfang, so doch zumindest vereinzelt seit Jahr und Tag zum Speiseplan gehört haben. Dann würde ein eigenständiges Prüfungsverfahren als übertriebene Formsache erscheinen. Eine erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit setzt aber voraus, dass der Konsum eine gewisse Zeit beobachtet und auch entsprechend überprüft worden ist. Allein die wissenschaftliche Untersuchung der entsprechenden neuartigen Lebensmittelzutat auf ihre Unbedenklichkeit kann die von der Novel-Food-Verordnung geforderte Erfahrung nicht ersetzen.

Da nach der Novel-Food-Verordnung die Erfahrung gerade auch mit dem neuen Lebensmittel gemacht worden sein muss, hilft es dem Beklagten auch nicht, dass er auf gutachterlichem Wege dargelegt hat, dass die in der Schale der Mangostane-Frucht enthaltenen Substanzen sich auch in anderen Lebensmitteln finden, die schon in nennenswertem Umfang verzehrt worden sind und damit nicht mehr als neu gelten können. Auf eine solche vergleichende Sicht kommt es nach der Novel-Food-Verordnung nicht an. 103

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 104

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. 105

Der Senat hat die Revision zur Fortbildung des Rechts nach § 543 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO zugelassen. Die beantragte Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Novel-Food-Verordnung hat er dagegen nicht als angemessen angesehen. Es drängen sich keine Auslegungsfragen der Novel-Food-Verordnung auf, deren vorrangige Klärung eine Entscheidung des vorliegenden Einzelfalles erst sinnvoll ermöglicht. Die grundsätzliche Frage, wann von einem neuartigen Lebensmittel im Sinne der Verordnung auszugehen ist, hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 09.06.2005 (ZLR 2005 435 - Lactobact omni FOS) bereits entschieden. 106