
Datum: 05.06.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 1/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0605.4U1.08.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 45/05

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17. September 2007 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 140.000,- EUR abzuwenden, falls nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

-
- A.** 1
- Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. 2
- Die Beklagte vertreibt Nahrungsergänzungsmittel. Sie wirbt für die von ihr vertriebenen Produkte unter der Domain *internetadresse*. 3

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Unterlassung des Vertriebs und der Werbung für die Produkte "X", "F", "H" sowie Unterlassung von Werbeaussagen zu den Produkten "T", "D" und "M" geltend gemacht. Er hat die Unterlassungsansprüche – hinsichtlich der Produkte zu 1 – 4, um die es im Berufungsverfahren noch geht – wie folgt begründet:

1. 5
In dem von der Beklagten vertriebenen Produkt "X" sind u.a. die Stoffe "Angelica sinensis Pulver" und "Frauenmantelpulver" enthalten. Bei diesen Stoffen handelt es sich – nach Auffassung des Klägers – um nicht zugelassene Zusatzstoffe. Der Kläger hat hierzu zunächst geltend gemacht, aufgrund dieser Inhaltsstoffe handele es sich um ein Arzneimittel, nicht lediglich nur um ein Nahrungsergänzungsmittel. Dem Produkt komme eine pharmakologische Wirkung zu. Aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise diene das Produkt nicht der Ernährung oder Ergänzung derselben bzw. dem Genuss, sondern arzneilichen Zwecken. Der Vertrieb sei auch deshalb zu untersagen, weil die genannten Inhaltsstoffe unzulässige Zusatzstoffe seien. 6
2. 7
Das Produkt "F" enthält u.a. "Spitzwegerichpulver" und "Echinaceapresssaftpulver". Auch diese Stoffe sind in der Zusatzstoffzulassungsverordnung nicht aufgeführt. Der Kläger hat gemeint, auch dieses Nahrungsergänzungsmittel sei ein Arzneimittel. Selbst wenn dies nicht der Fall sei, sei das Produkt nicht verkehrsfähig, weil nicht zugelassene Zusatzstoffe enthalten seien. 8
3. 9
Das Produkt "H" enthält u.a. den Bestandteil "Olivenblattpulver", der als Zusatzstoff nicht zugelassen ist. Der Kläger hat behauptet, der Inhaltsstoff Olivenblattpulver habe eine arzneiliche Wirkung, so dass auch dieses Produkt als Arzneimittel zu begreifen sei. Zudem sei es wegen des nicht zugelassenen Zusatzstoffes nicht verkehrsfähig. 10
4. 11
Die Beklagte wirbt für das Produkt "T" mit der Werbeaussage: 12
"... nur der Mann im Mond schaut zu ... Können Sie sich noch an dieses wunderschöne Schlaflied erinnern? Nur – bei vielen Menschen könnte man dieses Lied abends rauf und runter singen – einschlafen würden sie trotzdem nicht. Unzählige Gedanken im Kopf, Konflikte und Leistungsdruck werden häufig dafür verantwortlich gemacht. Unsere T Kapseln können Ihnen – auf völlig natürliche Art und Weise – helfen, schnell das Tor zum Reich der Träume zu öffnen". 13
Der Kläger hat gemeint, diese Werbung sei irreführend. Sie suggeriere dem Verbraucher, dass mit der Einnahme des Produktes ein schnelles Einschlafen ermöglicht werde, was jedoch tatsächlich nicht der Fall sei. Bezüglich der Inhaltsstoffe in ihrer konkreten Dosierung sei nicht bekannt, dass diese eine einschlaferzwingende oder einschlaffördernde Wirkung hätten. 14
Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 23.02.2005 erfolglos abgemahnt. Für die Abmahnung hat er die Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 162,40 € verlangt. 15
Der Kläger hat beantragt, 16

I. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel, der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr	17
1. das Produkt "X" in folgender Zusammensetzung zu vertreiben und/oder zu bewerben: 218 Kapseln enthalten: 200 mg Arganöl, 50 mg Borretschöl, 50 mg Nachtkerzenöl, 13,5 mg Vitamin E, 16 mg Kopoubohnen-Isoflavone, 6 mg Rotkleeisoflavone, 8 mg Soja-Isoflavone, 10 mg Angelica sinensis Pulver, 10 mg Frauenmantelpulver,	218
2. das Produkt "F" in folgender Zusammensetzung zu vertreiben und/oder zu bewerben: 219 Kapseln enthalten: 100 mg Vitamin C, 24 mg Vitamin E, 120 mg Hagebuttenschalenpulver, 120 mg Holunderblütenpulver, 90 mg Spitzwegerichpulver, 60 mg Lindenblütenpulver, 25 mg Echinaceapresssaftpulver, 50 mg Zitronenpulver, 50 mg Kamillenblütenpulver, 30 mg Matetee gemahlen, 15 mg Bioflavonoide aus Zitrusfrüchten, 10 mg Pfeffer, 8 mg Thymianöl und 6 mg Chiliipulver	219
3. das Produkt "H" in folgender Zusammensetzung zu vertreiben und/oder zu bewerben: 220 Kapseln enthalten: 300 mg Zimtpulver, 180 mg Bittermelonenpulver, 160 mg Nopal-Feigenkaktuspulver, 50 mg Olivenblattpulver	220
4. für das Produkt "T" mit einer das Einschlafen fördernden Wirkung zu werben, insbesondere zu werben:	221
" ... nur der Mann im Mond schaut zu ... Können Sie sich noch an dieses wunderschöne Schlaflied erinnern? Nur - bei vielen Menschen könnte man dieses Lied abends rauf und runter singen - einschlafen würden sie trotzdem nicht. Unzählige Gedanken im Kopf, Konflikte und Leistungsdruck werden häufig dafür verantwortlich gemacht. Unsere T Kapseln können Ihnen - auf völlig natürliche Art und Weise - helfen, schnell das Tor zum Reich der Träume zu öffnen."	22
(...)	23
II. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 162,40 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 08.04.2005 zu zahlen.	24
Die Beklagte hat beantragt,	25
die Klage abzuweisen.	26
Sie hat hinsichtlich der Produkte 1) bis 3) behauptet, diese seien in den Niederlanden rechtmäßig hergestellt worden und dürften dort vertrieben werden. Hierzu hat die Beklagte eine Stellungnahme einer Firma U aus den Niederlanden zur Akte gereicht, behauptet, eine staatliche Zulassungsstelle bzw. Behörde gebe es in den Niederlanden nicht, und gemeint, der Vertrieb der drei Produkte in der Bundesrepublik dürfe ihr gemäß Artikel 28 ff. EG nicht untersagt werden.	27
Darüber hinaus hat sie bestritten, dass den in den Produkten enthaltenen Stoffen eine pharmakologische Wirkung zukomme, und gemeint, es handele sich nach der gebräuchlichen Definition um Lebensmittel, nicht um Arzneimittel. Die verwandten Zusatzstoffe seien Naturprodukte und als solche auch verwendbar.	28
Hinsichtlich des Produkts 4 (T) werde mit der getätigten Werbeaussage nicht behauptet, dass dem Produkt in jedem Falle eine schlaffördernde Wirkung zukomme. Es werde lediglich ausgesagt, dass das Einschlafen gefördert werden könne. Diese Möglichkeit der Wirkung sei	29

jedoch nachgewiesen.

Das Landgericht hat am 21.12.2005 einen Beweisbeschluss verkündet, auf den wegen seines genauen Inhalts verwiesen wird (s. Bl. 253 d.A.). Die Beklagte hat den Vorschuss zur Beantwortung der Fragen I 1) und I 3 b) auch nach dem Setzen einer Nachfrist gemäß Beschluss vom 09.03.2006 nicht eingezahlt. Das Landgericht hat daraufhin beschlossen, ein Gutachten zu diesen Fragen nicht mehr einzuholen. Im Übrigen hat es Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens der Sachverständigen Dr. med. C vom 31.05.2007. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten (Bl. 294 ff. d.A.) Bezug genommen. 30

Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt: 31

Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung des Vertriebs der Produkte "X", "F", "H" in der bezeichneten Zusammensetzung gemäß §§ 8 I, 3, 4 Nr.11 UWG, wohingegen ein Verstoß gegen § 2 I Nr. 5 AMG nicht bewiesen sei. Denn es handele sich bei den drei genannten Produkten – nach dem Ergebnis der Begutachtung – nicht um Arzneimittel, sondern um Nahrungsergänzungsmittel und damit um Lebensmittel. Die Begutachtung durch die Sachverständige habe ergeben, dass den Inhaltsstoffen der genannten Produkte jedenfalls in der dort aufgeführten Dosierung keine pharmakologische Wirkung nachgewiesen werden könne. Der Vertrieb der Produkte sei dennoch zu untersagen, weil ein Verstoß gegen §§ 2, 6 LFGB zu bejahen sei. Denn bei den Stoffen Angelica isnensis, Frauenmantelpulver, Echinacea, Spitzwegerichpulver und Olivenblattpulver handele es sich um Lebensmittel-Zusatzstoffe. Die insoweit darlegungspflichtige Beklagte habe nicht im Einzelnen vorgetragen, dass sich in Bezug auf diese Stoffe entsprechende Ernährungs- oder Herstellungsgewohnheiten entwickelt hätten. Die beanstandeten Stoffe würden den Produkten unstreitig nicht aus technologischen Gründen zugesetzt. Entgegen der Ansicht der Beklagten würden die Stoffe auch nicht zu den gemäß § 2 III 2 Nr. 1 LFGB ausgenommenen Stoffen zählen, denn die allgemeine Verkehrsauffassung, auf die abzustellen sei, gehe nicht davon aus, dass die genannten Stoffe allgemein übliche Nähr-, Genuss- oder Geschmacksstoffe seien. Die Stoffe seien als solche nicht verbreitet, weder Hersteller, noch Händler, noch Verbraucher nutzten sie allgemein in diesem Sinne. 32

Die Beklagte könne sich auch nicht mit Erfolg auf den Grundsatz des freien Marktes in der Europäischen Union, Artikel 28 ff. EG, berufen. Denn sie habe nicht hinreichend nachgewiesen, dass die von ihr in Deutschland vertriebenen Produkte in den Niederlanden rechtmäßig hergestellt und dort als Nahrungsergänzungsmittel zugelassen seien. Soweit sich die Beklagte auf die Stellungnahme des Instituts U berufe, sei dies, jedenfalls nachdem der Kläger dieses angegriffen habe, nicht mehr ausreichend. Denn die Kammer könne aufgrund des Einwands des Klägers nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass die drei genannten Produkte aufgrund dieser Stellungnahme in den Niederlanden rechtmäßig vertrieben würden. Die Kammer habe beabsichtigt, hierzu Beweis zu erheben. Insoweit habe die Beklagte jedoch den erforderlichen Kostenvorschuss für ein Gutachten nicht eingezahlt und sei damit beweisfällig geblieben. Da die Beklagte die rechtmäßige Zulassung beweisen müsse, gehe dies zu ihren Lasten. 33

Hinsichtlich der Produkte 4 bis 6 sei der Unterlassungsanspruch des Klägers gemäß §§ 8, 3, 5 UWG in Verbindung mit § 11 I Nr. 2 und 4 LFGB begründet. Denn die von der Beklagten getätigten Werbeaussagen zu diesen Produkten seien irreführend im Sinne von § 11 LFGB. Die Werbeaussage zu dem Produkt "T" sei irreführend, weil bei dem durchschnittlichen verständlichen Verbraucher der Anschein erweckt werde, dass die Einnahme dieses 34

Nahrungsergänzungsmittels dazu beitrage, dass er besser einschlafen könne. Dies ergebe sich daraus, dass zunächst die Situation von Menschen dargestellt werde, die nicht einschlafen könnten. Dabei würden sogar Erklärungen für diesen Zustand, nämlich "unzählige Gedanken im Kopf, Konflikte und Leistungsdruck" genannt. In unmittelbarem Zusammenhang dazu werde das Produkt angepriesen. Es solle "helfen, schnell das Tor zum Reich der Träume zu öffnen". Die angesprochenen Verkehrskreise gingen, obwohl die Beklagte in der Aussage das Wort "können" und nicht "werden" verwende, davon aus, dass die Zuführung dieses Nahrungsergänzungsmittels den unerwünschten Zustand des "Nicht-Einschlafen-Könnens" beseitige. Dass das Produkt diese Wirkung habe, sei von der Beklagten, die insoweit beweispflichtig sei, nicht nachgewiesen worden. Denn sie habe auch insoweit den Kostenvorschuss für das Gutachten, das die Kammer habe einholen wollen, nicht eingezahlt.

Die Beklagte greift das Urteil mit der von ihr eingelegten Berufung – nur – hinsichtlich der Verbotsaussprüche zu 1) bis 4) an. 35

Hinsichtlich der Produkte zu 1) bis 3) ("X", "F" und "H") greift die Beklagte die Feststellung des Landgerichts an, dass es sich bei den hierin enthaltenen Inhaltsstoffen um Zusatzstoffe handele. Diese seien sämtlichst natürlicher Herkunft und dürften auch als natürliche Lebensmittel in dieser Art und Weise verwendet werden, was für die Substanzen Angelica sinensis, Frauenmantel, Spitzwegerich, Echina Presssaftpulver und Olivenblattpulver im Einzelnen ausgeführt wird. Das Landgericht habe, so die Beklagte weiter, diesbezüglich ihren erstinstanzlichen Sachvortrag übergangen. Sodann sei auch substantiiert dargelegt worden, dass sie ihre Produkte von dem niederländischen Hersteller, der Fa. O B.V., in zulässiger Weise beziehe. Die in den Produkten enthaltenen Inhaltsstoffe seien sämtlichst nach niederländischem Recht zulässig. Soweit der Kläger dies pauschal bestritten habe, habe das Landgericht die hierzu geltenden Darlegungs- und Beweislastregelungen verkannt. Die insoweit rechtsbegründenden Tatsachen seien vom Kläger zu beweisen, wozu es auch gehöre, dass sie auch unter Berücksichtigung der privilegierenden europäischen Rechtsbestimmungen diese Produkte weder bewerben noch vertreiben dürfe. Die Vorschussleistung für ein Gutachten hätte der Kläger erbringen müssen. Da die Unzulässigkeit der Produkte nach EU-Recht vom Kläger nicht ausreichend dargelegt worden sei, hätte im Übrigen überhaupt kein Gutachten eingeholt werden müssen. 36

Hinsichtlich des Produkts 4) ("T") sei zunächst zu beachten, dass es sich bei den streitgegenständlichen Aussagen nicht um die Wirkungsbehauptung handele, dass das Produkt eine "schlaffördernde" Wirkung habe. Vielmehr gehe es darum, den Verwender des Produktes in der natürlichen Einschlafphase zu unterstützen. Die Unterstützung zu dieser "Einschlafphase" sei begrifflich etwas völlig anderes als eine allgemeine "Schlafförderung". Zu keinem Zeitpunkt sei behauptet worden, dass das Produkt eine schlaffördernde Wirkung habe. Zur Förderung der bloßen Einschlafphase seien in das Produkt verschiedene natürliche Substanzen, nämlich Kamilleextrakt, Hopfenextrakt und Vitamin B 6, aufgenommen worden, die auch dafür bekannt seien, auf natürliche Art und Weise den Körper in dieser Einschlafphase zu unterstützen. Da das Landgericht mit dem Beweisbeschluss fehlerhaft eine "schlaffördernde Wirkung" habe überprüfen wollen, sei die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses zu Recht abgelehnt worden. Eine solche Aussage, wie mit dem Beweisbeschluss thematisiert, sei nicht getätigt worden. 37

Die Beklagte beantragt, 38

unter teilweiser Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die Klage im Hinblick auf die Urteilspunkte zu 1), 2), 3) und 4) abzuweisen, hilfsweise, unter teilweiser Aufhebung des 39

Urteils im Hinblick auf die Urteilspunkte zu 1), 2), 3) und 4) sowie die Kostenentscheidung die Sache zur Neuverhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Hinsichtlich der Produkte zu 1) bis 3) 42
verweist er darauf, dass Lebensmittelzusatzstoffen Stoffe mit oder ohne Nährwert gleich
stünden, die üblicher Weise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische
Zutat eines Lebensmittels verwendet werden. Eine überwiegende Verwendung wegen seines
Nähr-, und/oder Geruchs-, und/oder Geschmackswertes und/oder als Genussmittel stehe hier
nicht zur Debatte, da die Stoffe nach der ihnen von der Beklagten beigegebenen
Zweckbestimmung arzneiliche Wirkungen hätten und diese den angesprochenen
Verkehrskreisen im Hinblick hierauf bekannt seien. Eine überwiegende Verwendung der
verwandten Inhaltsstoffe als Nähr-, Geruchs-, Geschmacks- bzw. Genussmittel werde auch
durch die von der von der Beklagten vorgelegte Stellungnahme des Instituts U nicht belegt.
Die Beklagte könne auch nicht damit gehört werden, dass die von ihr vertriebenen
streitgegenständlichen Produkte in den Niederlanden rechtmäßig in den Verkehr gebracht
würden. Die Beweislast – für entsprechende rechtsvernichtende oder rechtshemmende –
Umstände liege bei der Beklagten. Es reiche auch nicht aus, allein den Vertrieb in den
Niederlanden zu behaupten. Erforderlich sei vielmehr ein substantiierter Sachvortrag zum
tatsächlich vorgenommenen Vertrieb, wozu beispielsweise Art und Umfang einzelner
Vertriebshandlungen einschließlich entsprechender Zeitangaben gehörten. Hieran fehle es
völlig. Darüber hinaus habe die Beklagte mangels Zahlung des Vorschusses die vom
Landgericht angeordnete Beweiserhebung vereitelt.

Hinsichtlich des Produkts "T" könne nicht zwischen einer "Schlafförderung" und einer 43
"Einschlafförderung" unterschieden werden. Erstere beinhalte die zweite. Die angeordnete
Beweiserhebung hätte sodann auch eine Antwort darüber erbracht, ob die
streitgegenständliche Werbung insoweit den Tatsachen entspreche. Die von der Beklagten in
Anspruch genommene Wirkung ließe sich mit den Dosierungen des Produkts tatsächlich
auch nicht erreichen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten 44
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B. 45

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 46

Die geltend gemachten und titulierten Unterlassungsansprüche (zu Ziff. 1) bis 4), die noch 47
Gegenstand der Berufung sind) sind begründet, und zwar gemäß §§ 8 III Nr. 2; 3; 4 Nr. 11
UWG i.V.m. § 2, 6 LFGB (hinsichtlich des Ausspruchs zu 1) bis 3)) und aus §§ 8 III Nr. 2; 3; 4
Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 LFGB (hinsichtlich des Ausspruchs zu 4)).

I. 48

Die allgemeinen Voraussetzungen für das wettbewerbliche Verfahren liegen vor. Der Kläger 49
ist, wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt, im Sinne von § 8 III Nr. 2 UWG klagebefugt.
Die Beklagte hat auch im Rahmen des von ihr betriebenen Wettbewerbs gehandelt, § 2 Nr. 1
UWG.

Ein Rechtsmissbrauch i.S.v. § 8 IV UWG ist, wie bereits in der Sache 4 U 8/06 OLG Hamm umfassend geprüft und entschieden worden ist, nicht feststellbar. Der vorliegende Fall bietet keinen Anlass für eine insoweit abweichende Beurteilung.	50
II.	51
Der Kläger kann von der Beklagten Unterlassung der Bewerbung und des Vertriebs der Produkte "X", "F" und "H" (Ziff. 1) – 3)) wegen Verstoßes gegen §§ 2, 6 LFGB verlangen.	52
Geltend gemacht ist insoweit lediglich noch ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen wegen der Verwendung nicht zugelassener Zusatzstoffe. Nach Einholung des Gutachtens der Sachverständigen Dr. C, die hinsichtlich der beanstandeten Inhaltsstoffe in den fraglichen Dosierungen pharmakologische Wirkungen verneint hatte, hat der Kläger eine mangelnde Verkehrsfähigkeit wegen des vermeintlichen Vorliegens von Arzneimitteln nicht mehr weiterverfolgt.	53
1.	54
Bei dem Zusatzstoffverbot des § 6 LFGB (vormals § 11 LMBG) handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Sie dient dem vorbeugenden Gesundheitsschutz (BGH GRUR 200, 1037, 1038 – Johanniskraut; Senat, Urt. v. 07.12.2004, 4 U 101/04, betr. "O Venenkapseln").	55
2.	56
Nach § 6 I LFGB ist es verboten, bei dem gewerbsmäßigen Herstellen von Lebensmitteln, die dazu bestimmt sind, in den Verkehr gebracht zu werden, nicht zugelassene Lebensmittel-Zusatzstoffe zu verwenden.	57
a)	58
Die Frage, ob es sich bei den beanstandeten Stoffen Angelica sinensis Pulver, Frauenmantelpulver (in X), Spitzwegerichpulver, Echinaceapresssaftpulver (in F) und Olivenblattpulver (in H) um solche Zusatzstoffe i.S.v. § 2 III LFGB handelt, ist zu bejahen.	59
Lebensmittelzusatzstoffe sind gemäß § 2 III LFGB Stoffe mit oder ohne Nährwert, die in der Regel weder als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden und die einem Lebensmittel aus technologischen Gründen beim Herstellen oder Behandeln zugesetzt werden, wodurch sie selbst oder ihre Abbau- oder Reaktionsprodukte mittelbar oder unmittelbar zu einem Bestandteil des Lebensmittels werden oder werden können. Den Zusatzstoffen stehen nach § 2 III Nr. 1 LFGB gleich Stoffe mit oder ohne Nährwert, die üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden und die einem Lebensmittel aus anderen als technologischen Gründen beim Herstellen oder Behandeln zugesetzt werden, wodurch sie selbst oder ihre Abbau- oder Reaktionsprodukte mittelbar oder unmittelbar zu einem Bestandteil des Lebensmittels werden oder werden können. Ausgenommen sind Stoffe, die natürlicher Herkunft oder den natürlichen chemisch gleich sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswertes oder als Genussmittel verwendet werden. Letzteres beurteilt sich – nach BGH GRUR 2004, 1037 - Johanniskraut; s.a. Senat Urt. v. 07.12.2004, Az. 4 U 101/04 – Venenkapseln) – nach allgemeiner Verkehrsauffassung nach einer abstrakten	60

Betrachtungsweise. Ein Stoff, der in verschiedenen Anwendungsfällen Verwendung findet, ist dann "überwiegend" kein Zusatzstoff, wenn er in einem Anwendungsfall nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen seines Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswerts verwendet wird.

Diesbezüglich hat die Beklagte, wie vom Landgericht zutreffend festgestellt, eine 61
überwiegende Verwendung der hier fraglichen Stoffe Angelica sinensis Pulver, Frauenmantelpulver (in X), Spitzwegerichpulver, Echinaceapresssaftpulver (in F) und Olivenblattpulver (in H) im Allgemeinen oder in einem maßgeblichen Einzelfall nicht dargetan. Eine charakteristische Lebensmittelverwendung (s.a. Richtlinie des Rates 89/107/EWG, Art. 1 II; Bl. 205) kann nach allgemeiner Verkehrsauffassung insoweit nicht festgestellt werden.

Soweit die Stoffe in einzelnen Kochrezepten, die von der Beklagten vorgelegt werden, oder 62
mitunter auch in nicht näher spezifizierten Bonbons oder Tees verwendet werden, ist zum einen schon nicht ersichtlich, dass die in den Produkten enthaltenen Substanzen, nämlich in Pulverform, tatsächlich auch den natürlichen Pflanzenteilen entsprechen, die in den einzelnen Rezepten Verwendung finden. Zum anderen stehen bei diesen Stoffen, die die Beklagte eben aus diesen Gründen für sich in Anspruch nimmt (für die Wechseljahre, zur Stärkung des Immunsystems und zur Unterstützung eines gesunden Zuckerstoffwechsels, "blutzuckersenkend"), nach ihrer Zweckbestimmung vor allem die arzneilichen Wirkungen im Vordergrund, die hier wegen ihrer Dosierung nicht erreicht werden können und die auch in den vorgelegten Alternativmedizinlexika entsprechend dargestellt sind. Die überwiegende Verkehrsauffassung geht hinsichtlich dieser Produkte von einer arzneilichen Verwendung aus, nicht aber von einer überwiegenden und charakteristischen Verwendung wegen ihres Nähr-, Geruchs- bzw. Geschmackswertes oder zur Verwendung als Genussmittel. Der Einsatz soll gerade auch und in erster Linie zu Behandlungs- und Heilzwecken erfolgen.

Angelica sinensis und Frauenmantel (in "X") werden medizinisch zur Behandlung von 63
Frauenleiden verwandt. Soweit hinsichtlich der Substanz Angelika senensis geltend gemacht wird, diese werde häufig zum Kochen verwendet und finde sich etwa auch in verschiedenen Suppengerichten, ist eine überwiegende Verwendung als natürliches Lebensmittel nach wie vor nicht dargetan. Diese ist vor allem bekannt zur Behandlung gynäkologischer Beschwerden wie Regelanomalien und Gebärmutterbeschwerden. Entsprechendes gilt für die Substanz Frauenmantel, hinsichtlich derer die Beklagte zwar das Rezept "Frauenmantel Krautwickel" vorgelegt hat, deren Sprossenteile und Wurzel vor allem zur Behandlung von typischen Frauenleiden (so im Klimakterium) verwendet werden, wie die Beklagte dies in ihrer Bewerbung ("in den Wechseljahren sehr beliebt") in diesem Sinne auch anspricht. Ferner findet diese Substanz Anwendung bei Durchfallerkrankungen und zur Wundheilung.

Spitzwegerich und Echinacea (in "F") dienen als arzneiliche Wirkstoffe zur Stärkung des 64
Immunsystems, zur Verwendung gegen Infekte und Erkältungskrankheiten, Spitzwegerich gilt dabei auch als entzündungshemmend und antibakteriell. Das vorgelegte Rezept "Traubentrüffel" und die Verwendung von Spitzwegerich als Wiesekraut erhellen demgegenüber nicht, dass es sich gerade charakteristisch bereits um eine überwiegende Verwendung als Lebensmittel handelt. Dies gilt zuvörderst auch für das Echinacea-Presssaftpulver. Echinacea mag zwar auch Inhaltsstoff verschiedener Bonbons oder Tees sein, wobei von Seiten der Beklagten schon der Einsatz konkret als Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswert nicht mitgeteilt wird. Echinaceae, gegebenenfalls auch in "Lutschbonbons" oder Tees, wird vielmehr eine Steigerung der körpereigenen Abwehrkräfte durch Stimulierung des Immunsystems zugeschrieben. Die Substanz existiert allgemein bekannt gerade auch in Arzneimittelzulassungen. Eine charakteristische Verwendung als Lebensmittel ist wiederum

bereits nach eigenem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich.

Olivenblätter kommen zwar etwa im Mittelmeerraum auch als Lebensmittel zum Einsatz (so bei in Olivenblättern ummantelten Fleischgerichten), der hiesige Einsatz erfolgt indes im Hinblick auf eine angesprochene Blutzuckersenkung und damit in einem arzneilichen Sinne. Die charakteristische Verwendung als Lebensmittel ist nicht feststellbar. 65

Insgesamt ist von daher nicht nachvollziehbar, dass die hier fraglichen Pulver und Dosen überwiegend zu Ernährungs- und Genusszwecken zum Einsatz kommen. Vor allem ist dabei in keiner Weise konkretisiert, ob und mit welcher Zuordnung die Stoffe den nötigen Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswert haben oder unter welchem Aspekt sie als Genussmittel dienen sollen. Die Einstufung als Lebensmittelzusatzstoffe ist von daher zu bejahen. Einer weiteren Begutachtung über diese Qualifizierung bedarf es, da schon nach eigenem Vortrag auch unter Berücksichtigung der gutachterlichen Stellungnahme des U Instituts die überwiegende Verwendung als Lebensmittel nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht dargestellt ist, nicht. 66

Diese Stoffe sind nicht zugelassen. Sie sind von daher in Bezug auf Bewerbung und Vertrieb verbotswidrig. 67

b) 68

Die Beklagte kann sich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, auch nicht unter Beachtung des Urteils des BGH Sportlernahrung II (GRUR 2004, 793; und OLG Karlsruhe ZLR 2006, 290 betr. Zwischenhändler) mit Erfolg auf den Grundsatz des freien Marktes in der Europäischen Union gemäß Art. 28 EG berufen. Nach der genannten Entscheidung setzt das Verbot des Inverkehrbringens eines in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft als Lebensmittel mit Zusatzstoffen rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Produkts zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen voraus, dass die geltend gemachte Gefahr für die öffentliche Gesundheit unter Berücksichtigung des Wahrscheinlichkeitsgrads schädlicher Auswirkungen der zugesetzten Stoffe auf die menschliche Gesundheit und der Schwere dieser potentiellen Auswirkungen als hinreichend nachgewiesen anzusehen ist. Im vorliegenden Streitfall ist insofern aber schon nicht hinreichend dargelegt und nachgewiesen, dass die von der Beklagten in Deutschland vertriebenen Produkte in den Niederlanden rechtmäßig hergestellt und dort als Nahrungsergänzungsmittel zugelassen sind. 69

Der Kläger hat bereits die Herstellung in den Niederlanden und den Vertrieb von dort aus substantiiert bestritten, unter anderem weil die Beklagte entsprechende Produkte zuvor selbst vertrieben hat, eine Änderung der Herstellungs- und Vertriebsstrukturen weiter nicht ersichtlich ist und der Internetauftritt der B.V. nicht einmal die notwendigen Kontaktierungsmöglichkeiten angibt, zumal die B.V. die Produkte, wie der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Senatstermin erklärt hat, selbst nicht produziert. Die Beklagte hat jedenfalls im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nichts dazu vorgetragen, wo und wie die Produktion durch die B.V. und konkret das Inverkehrbringen in den Niederlanden erfolgt und dass dazu entsprechende Lieferverträge bestehen. Allein die Vorlage des U-Berichts und die Deklaration der Produkte, worauf die Beklagte Bezug nimmt, sagen hierzu nichts aus. Allein schon deshalb scheitert im Streitfall der Verweis auf die Warenverkehrsfreiheit in der EG. Von einer Herstellung in den Niederlanden kann nicht ausgegangen werden. 70

Sodann – einen ausreichenden Vortrag der Beklagten insoweit unterstellt – sollte die Verkehrsfähigkeit der Produkte gemäß Beweisbeschluss des Landgerichts Essen vom 21.12.2005 gemäß der Beweisfrage I 1) konkret auch untersucht werden. Indes hat die Beklagte entgegen § 356 ZPO den hierfür erforderlichen Kostenvorschuss nicht eingezahlt. Der Beklagten ist einzuräumen, dass grundsätzlich der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen hat. In vorliegenden Fall gilt aber insofern ein anderes, als die fehlende Zulassung des Zusatzstoffes in Deutschland – nach den obigen Ausführungen – feststeht und sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf einen Ausnahmetatbestand beruft, insofern, als sie für sich beansprucht, gegenüber Inländern wegen einer im europäischen Ausland behaupteten Herstellung besser gestellt zu sein. Die Beklagte beruft sich ihrerseits auf eine Legitimation zum Vertrieb der Produkte wegen der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EG, so dass es richtig ist, entsprechend auch für diese Voraussetzungen bei ihr die Darlegungs- und Beweislast anzusiedeln.

Eine erneute Gelegenheit zur Stellungnahme war der Beklagten diesbezüglich nicht einzuräumen, zumal der Kläger ihre Behauptung, dass die O B.V. die drei streitgegenständlichen Mittel zu 1) bis 3) in den Niederlanden hergestellt habe, bereits mit den Schriftsätzen vom 30.05.2005 (S. 3 ff.), 24.08.2005 (S. 3), 13.12.2005 und 23.05.2008 (S. 5 ff.) explizit bestritten hatte. Dass der Klagevortrag bereits in erster Instanz als substantiiert und relevant angesehen wurde, erhellt auch schon daraus, dass das Landgericht hierüber entsprechenden Beweis hat erheben wollen. 72

Die Unterlassungsansprüche zu 1) bis 3) sind mithin begründet. 73

III. 74

Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte auch gegen das titulierte Werbeverbot für das Produkt "T". Die Werbung ist irreführend im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 I Nr. 1 LFGB. Danach ist es verboten, für Lebensmittel mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen, insbesondere mit zur Täuschung geeigneten Eigenschaften, zu werben. 75

Die Wirkungsbehauptung ist zumindest die, dass "T" jedenfalls einschläffördernde Wirkung hat. Eine solche ist gerade auch ein Teil einer "Schlafförderung", die unstreitig hiermit nicht erreicht werden kann. Jedenfalls für einen erheblichen Teil des Verkehrs stellt eine Einschläfförderung gleichzeitig auch eine Schlafförderung dar. Die Werbung ist in diesem Sinne insofern auch zu einer Täuschung geeignet. 76

Unstreitig hat das Produkt keine schlaffördernde Wirkung. Auf eine Begutachtung zu einer bloßen Einschlafwirkung, wie von der Beklagten beantragt, in dem Sinne, dass die verwendeten Substanzen dafür bekannt seien, auf natürliche Art und Weise den Körper in der Einschlafphase zu unterstützen, kommt es nicht an. Eine Reduktion auf ein Einschlafen ist nach der getätigten Werbeaussage nicht zulässig. Die suggerierte Wirkung kann nicht erzielt werden. Auch wenn das Tor zum Reich der Träume nach der Werbeaussage vermeintlich zunächst nur "geöffnet" werden soll, soll der Verbraucher dann doch auch in das "Reich der Träume" kommen und von seinen unzähligen Gedanken im Kopf, von Konflikten und Leistungsdruck abschalten. Das beinhaltet auch ein Element des "Weiterschlafens", das ebenso bei einem wiederholten Einschlafen mit angesprochen und hiervon aus der maßgeblichen Verbrauchersicht nicht ohne weiteres zu trennen ist. Auch wenn in Fachkreisen bei Schlafstörungen zwischen Einschlafstörungen und Durchschlafstörungen unterschieden wird, ist aus der Werbung nicht ersichtlich, dass Durchschlafstörungen hiermit nicht auch gemeint sein sollen. Mit dem Einschlafen soll der Schlaf gefördert werden. Für den angesprochenen Durchschnittsverbraucher ist eine Reduzierung auf eine enge 77

Einschlafphase nicht erkennbar.

Selbst bei anderer Betrachtung wäre die Beklagte mit ihrem Beweis diesbezüglich ausgeschlossen. Denn diese ist für die behauptete Wirkung darlegungs- und beweispflichtig. Wer im geschäftlichen Verkehr mit Wirkungsaussagen Werbung treibt, die wissenschaftlich ungesichert sind, hat darzulegen und zu beweisen, dass seine Angaben zutreffend und richtig sind (BGH GRUR 1958, 485 – Odol; GRUR 1965, 368 – Kaffee C; WRP 1962, 404 – Bärenfang; st. Rspr.). Die Beklagte hat insoweit wiederum den vom Landgericht eingeforderten Vorschuss für die Begutachtung gemäß Beweisbeschluss Ziff. I 3 b) nicht gezahlt. Auch wenn sich die Beweisfrage – was nicht geteilt wird und lediglich unterstellt werden mag – auf isolierte Einschlafstörungen beziehen müsste, wäre dies von der Beweisfrage mit umfasst gewesen und dann entsprechend auch mit aufgeklärt worden. Dies aber hat die Beklagte vereitelt. Das negative Beweisergebnis geht zu ihren Lasten. 78

Der Unterlassungsanspruch zu 4) ist ebenfalls begründet. 79

IV. 80

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 81

Die Zulassung der Revision ist, da es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, die keine grundsätzliche Bedeutung hat, nicht veranlasst, § 543 ZPO. 82