
Datum: 13.04.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 192/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0413.4U192.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 46/09

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 16. September 2009 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 60.000,- EUR abzuwenden, falls nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehört, insbesondere die Sorge für die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs. Mitglieder des Klägers sind gerichtsbekannt auch Heilpraktiker, Hersteller von Kosmetika, Betreiber von Kurkliniken, Hersteller und Vertreiber von Naturheilmitteln und pharmazeutischen Produkten sowie

3

sonstige Lebensmittelbetriebe.

Die Beklagte vertreibt Nahrungsergänzungsmittel. Sie warb im Internet auf ihrer Homepage für das von ihr vertriebene Mittel "Q" unter anderem mit der Aussage, das Mittel unterstütze ein harmonisches Wohlfühl der Nasen- und Atemwege. Wegen der Einzelheiten des Internetangebots wird auf den Hilfsantrag (Bl.3 d.A.) Bezug genommen. 4

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 8. April 2009 wegen dieser Werbeaussage erfolglos ab. Er beantragte am 29. April 2009 unter Vorlage eines Internetausdrucks mit Datum vom 31. März 2009 den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Der Antrag wurde damit begründet, dass die Werbung krankheitsbezogene Aussagen enthalte. Sie werde von dem Adressaten dahin verstanden, dass das Mittel Q bei Pollenallergien helfe. Die Werbung sei zudem irreführend, weil das Mittel die Symptome einer Pollenallergie nicht mindern könne. 5

Das Landgericht hat im Verfahren 41 O 32 / 09 am 4. Mai 2009 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der der Beklagten bei Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt wurde, 6

im geschäftlichen Verkehr das Mittel "Q" mit der Aussage zu bewerben: 7

"Für das Wohlfühl der Nasen- und Atemwege 8

(...) Probieren Sie Q, wenn Sie Ihr harmonisches Wohlfühl der Nasen- und Atemwege unterstützen wollen. Insbesondere in den Monaten Februar bis August können wir Ihnen Q mit seiner ausgefeilten natürlichen Kombination an Natursubstraten empfehlen", 9

sofern dies geschieht wie in der Anlage A2 wiedergegeben. 10

Auf den Widerspruch der Beklagten hat das Landgericht, das einen Verfügungsgrund verneint hat, die einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. 11

Der Senat hat dagegen im Urteil vom 26. November 2009 (4 U 151 / 09) einen Verfügungsgrund bejaht und die einstweilige Verfügung bestätigt. 12

Das Mittel "Q" enthält neben verschiedenen anderen Bestandteilen auch die Zutat "Paradiesnusspulver mit Selen". Bei der Paradiesnuss oder der Sapucajanuss handelt es sich um die ölreichen Samen der Früchte eines Tropfbaumgewächses der Gattung Lecythis. Sie ähnelt der Paranuss. Ihr Vorkommen ist allerdings auf kleinere Gebiete beschränkt. Die Bäume werden nicht angebaut, sondern die Früchte wild gesammelt. Paradiesnüsse nehmen das Element Selen aktiv und gezielt auf, soweit sie auf selenhaltigen Böden wachsen. Sie stellen damit eine natürliche Selenquelle dar. 13

Im vorliegenden Hauptverfahren hat sich der Kläger zusätzlich darauf berufen, dass das in der beanstandeten Weise beworbene Mittel "Q" nicht verkehrsfähig sei, weil es sich bei dem Paradiesnusspulver um ein neuartiges Lebensmittel im Sinne der Novel-Food-Verordnung handele, für das unstreitig keine entsprechende Genehmigung der Europäischen Union vorliege. Sowohl die Paradiesnuss als auch das aus ihr isolierte Selen seien bisher nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden. In der aktuellen Literatur, insbesondere in den entsprechenden Lexika von Ternes und Römpf seien weder "Paradiesnuss" noch "Lecythis" unter den Lebensmitteln zu finden. Auch im Lexikon der Ernährung finde sich kein entsprechender Eintrag. Der Novel-Food-Katalog der Europäischen 14

Gemeinschaft enthalte zu dem Stichwort "Lecythis" gleichfalls nichts. Die Chemischen- und Veterinäruntersuchungsämter T2, L, G2 und T hätten in ihrem Jahresbericht 2007 ausdrücklich festgehalten, dass ein Nachweis für eine maßgebliche Verbreitung der Paradiesnuss in der Europäischen Gemeinschaft bislang nicht erbracht worden sei (vgl. Anlage K 11).

Der Kläger hat die Beklagte nunmehr in erster Linie darauf in Anspruch genommen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr 15

das Mittel "Q" zu bewerben und/oder zu vertreiben, sofern für das Mittel keine Zulassung oder Notifizierung nach der Novel-Food-Verordnung (Verordnung EG/258/97) besteht. 16

Hilfsweise hat er weiterhin die Unterlassung der beanstandeten konkreten Bewerbung begehrt und sich weiterhin auf die dadurch bewirkte Irreführung der angesprochenen Verbraucher berufen. Er hat zusätzlich die Erstattung einer Abmahnkostenpauschale in Höhe von 166,60 € nebst Zinsen begehrt. 17

Die Beklagte hat sich gegen die Klage in vollem Umfang verteidigt. Sie hat behauptet, Paradiesnusspulver sei schon vor Inkrafttreten der Novel-Food- Verordnung in Deutschland und anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in nennenswertem Umfang als Lebensmittelzutat in den Verkehr gebracht worden. Die Paradiesnuss sei insbesondere als reiche Selenquelle in Europa seit langem bekannt und beliebt. In dem bekannten und von der Lebensmittelindustrie verwendeten Lebensmittellexikon des Behr's Verlages sei die Paradiesnuss bereits 1993 als Lebensmittel aufgeführt worden. Die Herstellerin, die M in S, habe das Produkt vor Aufnahme des Vertriebs durch einen unabhängigen und vereidigten Sachverständigen für Lebensmittelchemie überprüfen lassen. Dieser habe am 27. Februar 2007 bestätigt, dass "Q" als Nahrungsergänzungsmittel in seiner Deklaration den Vorschriften des LFGB und seinen angegliederten Verordnungen entspreche und auch mit seiner Zutatenliste den lebensmittelrechtlichen Anforderungen entspreche und damit verkehrsfähig sei. Zur Verkehrsfähigkeit von Paradiesnusspulver in einem solchen Produkt habe der Sachverständige Dr. X am 24. April 2009 noch einmal zusätzlich Stellung genommen. Auf die vorgelegte Stellungnahme (Bl.102 f.) wird insoweit Bezug genommen. Zum Beweise dafür, dass es sich bei dem zugesetzten Paradiesnusspulver nicht um ein neuartiges Lebensmittel im Sinne der Novel-Food-Verordnung handele, hat sich die Beklagte auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Einholung eines Gutachtens der Europäischen Kommission berufen. Nach der weiteren Meinung der Beklagten fällt das Paradiesnusspulver nach Art. 1 Abs. 2 e auch deshalb nicht unter die Novel-Food-Verordnung, weil es sich um eine Lebensmittelzutat handele, die mit herkömmlichen Vermehrungs- oder Zuchtmethoden gewonnen wurde und die erfahrungsgemäß als unbedenkliches Lebensmittel gelten könne. Die auf natürliche Weise gewonnene Nuss gelte als unbedenkliches Lebensmittel. Es lägen auch keine gesicherten Erkenntnisse darüber vor, ab welcher Konzentration von selenhaltigen Nüssen eine Gesundheitsgefahr bestehen könnte. Eine Höchstmenge von 30 Mikrogramm pro Tag sei 1998 vom Bundesinstitut für Risikoforschung aus rein vorbeugenden Gründen vorgeschlagen worden. Diese Dosis werde beim Mittel "Q" nicht überschritten. Auch im Hinblick auf diese Eigenschaft als unbedenkliches Lebensmittel hat sich die Beklagte auf ein Sachverständigengutachten berufen. 18

Das Landgericht hat die Klage zugesprochen. Es hat die Klagebefugnis des Klägers ebenso bejaht wie einen Anspruch auf Unterlassung der Werbung für das Produkt "Q" und/oder dessen Vertrieb aus § 8 Abs. 1, Abs. 3, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 1, 2e der Novel-Food-Verordnung. Die Beklagte habe gegen die Bestimmungen der Novel-Food-Verordnung verstoßen, die als Verbraucherschutzvorschrift das Marktverhalten regeln wolle. Bei dem 19

Inhaltsstoff Paradiesnusspulver handele es sich um eine neuartige Lebensmittelzutat, weil diese vor dem 15.05.1997 in der Europäischen Gemeinschaft nicht in nennenswertem Umfang verzehrt worden sei. Der Kläger habe dazu dargelegt und nachgewiesen, dass die Paradiesnuss in verschiedenen Lebensmittellexika nicht erwähnt werde. Außerdem sei den Untersuchungsberichten verschiedener Lebensmittelämter im Hinblick auf die Paradiesnuss entsprechend seinem Vortrag zu entnehmen, dass noch kein Nachweis dafür erbracht worden sei, dass sie vor Mai 1997 in der EU als Lebensmittel in nennenswertem Umfang im Verkehr gewesen sei. Damit sei der Kläger seiner primären Darlegungslast ausreichend nachgekommen und es habe nun der Beklagten obliegen, darzulegen, warum das Paradiesnusspulver tatsächlich doch schon vor diesem Zeitpunkt in nennenswertem Umfang verzehrt worden sei. Dieser sekundären Darlegungslast sei die Beklagte nicht nachgekommen. Die Stellungnahme des Privatgutachters Dr. X sei nicht geeignet, die Darlegungen des Klägers in erheblicher Weise zu erschüttern. Selbst wenn die Paradiesnuss in einzelnen Lebensmittellexika erwähnt worden sei, ließe sich daraus noch kein nennenswerter Verzehr feststellen. Nach der Entscheidung "Fruchtextrakt" des BGH hätte es vielmehr der Darlegung im Einzelnen bedurft, inwieweit die Zutat importiert und verarbeitet wurde. Die Beklagte habe aber weder Mengenangaben zum Verzehr in Ländern der EU noch zur Ernte der Nüsse gemacht. Ihre Beweisangebote könnten schlüssigen Vortrag nicht ersetzen.

Die Beklagte könne sich auch nicht auf die Ausnahmeregel des Art. 1 Abs. 2e berufen. Zwar sei die durch Wildsammlung gewonnene Paradiesnuss ein Lebensmittel, welches mit herkömmlichen Vermehrungs- oder Zuchtmethoden gewonnen sei. Die Beklagte habe aber nicht hinreichend dargetan, dass die Nuss erfahrungsgemäß als unbedenklich gelte. Sie habe vielmehr selber eingeräumt, dass das in der Nuss enthaltene Selen bei übermäßigem Verzehr gesundheitsschädlich sein könne. Wo die Grenze liege, sei unklar. Eine solche Unklarheit gehe aber zu Lasten der Beklagten, weil diese die Unbedenklichkeit nachweisen müsse. 20

Der Kläger könne schließlich auch die Zahlung der Abmahnpauschale im geltend gemachten Umfang verlangen. 21

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an. Sie begehrt die Aufhebung des Urteils, soweit darin über die Hauptanträge des Klägers entschieden worden sei. Im Übrigen beantragt sie in erster Linie die Zurückverweisung, soweit es um die Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag geht. Nur hilfsweise soll der Senat gegebenenfalls selbst auch schon über den Hilfsantrag entscheiden. Sie bemängelt, dass das Landgericht den Vertrieb des Produktes "Q" untersagt und das Verbot nicht auf die Lebensmittelzutat "Paradiesnusspulver" beschränkt habe. Unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag macht sie noch einmal deutlich, dass die Novel-Food-Verordnung nach der Ratio dieser Norm für die Lebensmittelzutat Paradiesnusspulver nicht anwendbar sei. Bei der Paradiesnuss handele es sich um eine natürliche Frucht, die mit herkömmlichen Vermehrungs- oder Zuchtmethoden gewonnen werde. Von ihr gingen auch keinerlei Gefahren aus. Dem Vortrag des Klägers selbst sei es zu entnehmen, dass es keine gesicherten Erkenntnisse darüber gebe, ob und inwieweit das in der Nuss enthaltene natürliche Selen gesundheitsschädigende Wirkungen habe. Eine Höchstmenge von 30 Mikrogramm pro Tag Verzehr dosis sei allein aus vorbeugenden Gründen des Gesundheitsschutzes vorgeschlagen worden. Jedenfalls in dieser Konzentration werde es somit erfahrungsgemäß als unbedenklich angesehen. Insoweit wiederholt die Beklagte ihre erstinstanzlichen Beweisanträge. Sie meint auch, dass Art. 1 Abs. 2e der Verordnung so auszulegen sei, dass es auf die Unbedenklichkeit der normalen Verzehrmenge entsprechend 22

der jeweiligen Verzehrempfehlung ankommen müsse. Das Landgericht hätte ohne die Einholung einer fachlichen Stellungnahme der EU-Kommission deshalb die Anwendbarkeit der Verordnung nicht bejahen dürfen. Für die Unbedenklichkeit spreche zudem, dass weder der Sachverständige Dr. X noch die Fachautoren des Lebensmittel-Fachbuchs des Behr's Verlanges 1993 ausdrücklich darauf hingewiesen hätten, dass der Genuss der Nüsse in irgendeiner Weise bedenklich sei.

Der Beklagte meint ferner, dass es hier auch nicht um ein neuartiges Produkt im Sinne der Novel-Food-Verordnung gehe. Die Paradiesnuss müsse bereits im Jahre 1993 im deutschsprachigen Raum als Lebensmittel bekannt gewesen sein, weil sie sonst nicht Eingang in das Behr'sche Lebensmittellexikon gefunden hätte. Daraus habe der Sachverständige Dr. X die Bekanntheit und Verkehrsfähigkeit hergeleitet. Es könne ihr nicht angelastet werden, wenn sie nicht darlegen könne, in welchen genauen Mengen die Paradiesnuss nach Deutschland oder in die EU geliefert worden sei. Es gehe hier um so lange Zeiträume, dass entsprechende Lieferlisten nicht mehr vorhanden seien. Unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag hält die Beklagte auch den Hilfsantrag und den Zahlungsanspruch für unbegründet. 23

Der Kläger beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Er verteidigt mit näheren Ausführungen unter Bezugnahme auf seinen erstinstanzlichen Vortrag auch den Verbotsausspruch des angefochtenen Urteils. Er vermisst weiterhin einen ausreichenden Vortrag dafür, dass es sich bei der Paradiesnuss mit dem in ihr enthaltenen Selen um ein erfahrungsgemäß unbedenkliches Lebensmittel handle. Eine Lebensmittelzutat könne nach der Rechtsprechung des Senats (LRE 55, 169 ff. –Xan Go) nur dann erfahrungsgemäß als unbedenklich angesehen werden, wenn sie zum einen auf breiter Grundlage in verschiedener Form verzehrt worden sei. Zum anderen müsse noch eine gewisse Beobachtung hinzukommen, die sich gerade auf die Unbedenklichkeit beziehe. Die Beklagte räume hier im Gegenteil selber ein, dass es an gesicherten Erkenntnissen darüber fehle, ob das im Produkt enthaltene natürliche Selen gesundheitsschädigende Auswirkungen habe oder nicht. Die vom BGVV im Jahre 1998 vorgeschlagene Höchstmenge von 30 Mikrogramm beziehe sich ausschließlich auf anorganisch gebundenes Selen. In gleicher Weise fehle es nach wie vor an einem hinreichenden Vortrag dazu, in welchem Umfang Paradiesnüsse und Paradiesnusspulver bislang in der Europäischen Gemeinschaft verzehrt wurden. Der Verweis auf die Listung der Paradiesnuss in einem einzigen Nachschlagewerk genüge dafür nicht. Es sei nicht ausreichend, wenn eine Zutat lediglich bekannt sei. Sie müsse auch in erheblichem Umfang verzehrt worden sein. 26

II. 27

Die Berufung hat keinen Erfolg, weil ein Verstoß gegen die Novel-Food-Verordnung vorliegt und dem Kläger deshalb der weiter gehende Unterlassungsanspruch zusteht. 28

1) Es handelt sich hier um das Hauptsacheverfahren zum Verfügungsverfahren 4 U 151 / 09. Der Kläger ist nicht gehindert, das Hauptsacheverfahren dazu zu benutzen, wegen der Verletzungshandlung ein weitergehendes Verbot zu erstreiten. Der Kläger bleibt auch insoweit Herr des Hauptsacheverfahrens, dass er nicht an den im Verfügungsverfahren gestellten Antrag und das dort erwirkte Verbot gebunden ist. Zwar würde dann, wenn dem Hauptantrag entsprochen wird, nicht endgültig über den Streitgegenstand des Verfügungsverfahrens entschieden. Damit riskiert der Kläger aber nur, dass die einstweilige 29

Verfügung wieder aufgehoben werden könnte. In der Entscheidung des Senats im Urteil vom 26. November 2009 im Verfügungsverfahren hat der Senat eine irreführende Werbung bejaht. Einer Entscheidung über den Hilfsantrag im Hauptsacheverfahren bedarf es aber nicht, weil die Klage bereits nach dem Hauptantrag begründet ist.

2) Die Klagebefugnis des Klägers wird auch von der Beklagten nicht mehr in Frage gestellt. Der Senat hat im Hinblick auf eine solche Klagebefugnis nach wie vor aus den im Verfahren 4 U 8 / 06 festgehaltenen Gründen keine Bedenken mehr. Der BGH hat auch nach dieser Zeit in Verfahren mit dem Kläger Nichtzulassungsbeschwerden zurückgewiesen, in denen die fehlende Klagebefugnis besonders gerügt worden war. 30

3) Der Klageantrag ist bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Hauptantrag richtet sich auf ein Schlechthinverbot, weil die fehlende Genehmigung dazu führt, dass das beanstandete Produkt generell nicht verkehrsfähig ist. Der sich an dem Antrag im vom BGH entschiedenen Fall "Fruchtextrakt" orientierende Antrag ist auch nicht zu weit gefasst. Er muss sich gegen das als solches ohne die erforderliche Genehmigung vertriebene Lebensmittel "Q" richten. Die Tatsache, dass nur eine Zutat des vertriebenen Produkts als neu im Sinn der Novel-Food-Verordnung der Genehmigungspflicht unterliegt, ist der Verbotsgrund. Der Nachsatz, der mit "sofern" beginnt, macht nur auf an sich überflüssige und unschädliche Weise deutlich, wie die Beklagte auch aus dem Verbot herauskommen kann. Die Tatsache, dass sie natürlich auch aus dem Verbot herauskommt, wenn sie das Produkt ohne die umstrittene Zutat vertreibt, ist klar und bedarf keiner Berücksichtigung im Antrag. 31

4) Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 2, 4 der Novel-Food-Verordnung zu, weil er ein Produkt, bei dem eine Lebensmittelzutat in den Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung fällt, ohne die erforderliche Genehmigung bewirbt und vertreibt. 32

a) Ein solches Verhalten ist nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG, weil die Beklagte damit gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt, die zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die Bestimmungen der Novel-Food-Verordnung sind Marktverhaltensregelungen in diesem Sinne, weil sie gemäß der Zweiten Begründungserwägung dieser Verordnung dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen. Ihre Verletzung stellt aus diesem Grunde auch keinen Bagatelverstoß dar (BGH WRP 2008, 924, 925 -Fruchtextrakt; Senat LRE 55, 169 –Xan Go = 4 U 7 / 07). 33

b) Die Novel-Food-Verordnung findet im vorliegenden Fall Anwendung. Voraussetzung dafür ist nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung, dass Lebensmittel und Lebensmittelzutaten in der Gemeinschaft in Verkehr gebracht werden, die in dieser bisher noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden und in eine der in Art. 1 Abs. 2 a bis f aufgeführten Gruppen von Erzeugnissen fallen. Hier handelt es sich bei dem von der Beklagten beworbenen und vertriebenen Produkt "Q" dadurch um ein neuartiges Nahrungsergänzungsmittel und damit Lebensmittel, dass es mit dem Paradiesnusspulver eine aus Pflanzen isolierte Zutat im Sinne des Art. 1 Abs. 2 e enthält, die ihrerseits neuartig ist. Das Paradiesnusspulver wäre als pflanzliche Lebensmittelzutat nur dann von der Genehmigungspflicht ausgenommen, wenn sie mit herkömmlichen Vermehrungs- und Zuchtmethoden gewonnen würde und erfahrungsgemäß als unbedenkliche Lebensmittelzutat gelten könnte. 34

Davon ist aber nicht auszugehen. 35

c) Für die Beurteilung der Frage, ob das Paradiesnusspulver als Lebensmittelzutat bis zum Stichtag am 15. Mai 1997 in der Gemeinschaft in noch nicht nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden ist, kommt es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entscheidend auf die Verwendung im Sinne der Aufnahme durch den Menschen an. Ob die Zutat als Lebensmittel bekannt war oder sogar schon als solches gehandelt wurde, kann dabei auch von Bedeutung sein, genügt aber alleine nicht. Es kommt hinzu, dass die dabei zu berücksichtigenden Umstände die Lebensmittelzutat selbst betreffen müssen und nicht etwa eine ähnliche oder vergleichbare Zutat (EuGH WRP 2005, 863 –HLH Warenvertrieb und Orthica; BGH, a.a.O –Fruchtextrakt, S.526). Das hat der Senat in Bezug auf das Xan Go Saftgetränk mit der neuartigen Verwendung der Schale der Mangostane-Frucht auch schon so gesehen. Darlegungs- und beweispflichtig für diese Voraussetzung ist der Kläger. Er muss im Hinblick auf diese negative Tatsache zunächst darlegen, dass das Paradiesnusspulver vor dem Stichtag nicht in nennenswertem Umfang in der Gemeinschaft verzehrt worden ist. Dazu hat der Kläger aber vorgetragen, dass die wild gesammelte Paradiesnuss als Samen aus einer tropischen Frucht im fraglichen Bereich in der fraglichen Zeit als Lebensmittel überhaupt nicht in Erscheinung getreten ist. Dem entsprechend haben die staatlichen Chemischen und Veterinäruntersuchungsämter (CVUA) in T2 und an anderen süddeutschen Orten in ihrem Informationsdienst über die Lebensmittelüberwachung auch mitgeteilt, dass beispielsweise Paradiesnussmehl als nicht zugelassenes neuartiges Lebensmittel zu beurteilen sei. Diese haben erklärt, dass die Paradiesnuss zwar zum Berichtszeitpunkt im Jahre 2007 in Nahrungsergänzungsmitteln als natürliche Selenquelle eingesetzt werde, aber bislang noch kein Nachweis dafür erbracht worden sei, dass sie vor Mai 1997 in der EU als Lebensmittel in nennenswertem Umfang im Verkehr war. Fehlt es schon daran, dass sie im Verkehr war, so spricht alles dagegen, dass Paradiesnussmehl schon damals im erforderlichen Umfang verzehrt wurde, sei es auch nur in bestimmten Nahrungsergänzungsmitteln. Angesichts dieses substantiierten Vortrags war es Sache der Beklagten, im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast vorzutragen, woraus sie entnommen hat, dass die von ihr beworbene und vertriebene Lebensmittelzutat Paradiesnusspulver doch vor dem Jahre 1997 im fraglichen Bereich in nennenswertem Umfang verzehrt worden ist. Einen solchen früheren Verzehr von Paradiesnusspulver in einer Menge, die geeignet war, ernst zu nehmende Folgen für die Gesundheit auszuschließen, hat die Beklagte aber nicht schlüssig vorgetragen (vgl. zu den Voraussetzungen BGH WRP 2008, 924, 926 f. –Fruchtextrakt unter Bezugnahme auf EuGH, HLH Warenvertrieb und Orthica, a.a.O.). Die Beklagte hat nach eigenem Vortrag auch keine Kenntnisse über die genaue Menge, die angeblich Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre von Südamerika in die EU eingeführt und dort als Selenquelle benutzt worden sein soll. Groß kann diese angesichts der Wildsammlung ohnehin nicht gewesen sein. Insoweit handelt es sich erkennbar auch eher um Vermutungen als um Tatsachen. So hat die Beklagte nicht nur keine Lieferlisten vorgelegt, was angesichts des Zeitlaufes verständlich sein mag, sondern auch kein einziges Lebensmittel mit Paradiesnusspulver benennen können, das vor dem Stichtag zum Verzehr im Handel war. Es fehlt an jedem Nachweis für eine damalige tatsächliche Nutzung der Paradiesnuss in Form eines nennenswerten Verzehrs. Die Tatsache, dass eine mögliche Nutzung als Selenquelle damals schon bekannt gewesen sein mag, reicht dafür nicht aus. Die Herstellerin des Produkts Q hat sich im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit auch der Zutat Paradiesnusspulver erkennbar auf die Bescheinigung durch Dr. X verlassen. Dieser hat offenbar aus der 1993 erfolgten Listung der Paradiesnuss als Lebensmittel im Lebensmittel-Lexikon des Behr's Verlages geschlossen, dass sie als Lebensmittel bekannt war. Selbst wenn das ungeachtet der Tatsache, dass die Paradiesnuss in den anderen Lexika bis heute als Lebensmittel nicht auftaucht, so gewesen wäre, ist daraus immer noch nicht darauf zu schließen, dass auch Paradiesnusspulver als die Zutat, auf die es ankommt, damals in der Europäischen Union in erheblichem Umfang verzehrt wurde. Die Tatsache, dass mittlerweile (12 Jahre später)

zahlreiche Nahrungsergänzungsmittel Paradiesnussmehl als organisches Selen enthalten mögen, ist insoweit auch nicht aussagekräftig. Gleiches gilt erst recht für die relativ geringe Zahl der Google-Treffer bei "Nahrungsergänzungsmittel + Paradiesnuss". Da es somit an einer substantiierten Darlegung eines ausreichenden Verzehrs der Paradiesnuss in Form des natürlichen Selen enthaltenden Pulvers fehlt, wäre es Ausforschung gewesen, dem Antrag der Beklagten auf Einholung eines Sachverständigengutachtens insoweit nachzukommen. Außerdem wäre es gegebenenfalls Sache des Klägers gewesen, Beweis für die negative Tatsache anzutreten, wenn die Beklagte durch ausreichende Darlegung "den Ball in das Feld des Klägers zurückgespielt" hätte. Das bedarf aber keiner Entscheidung.

d) Die Beklagte hat schon nicht dargelegt, dass die neuartige Lebensmittelzutat hier ausnahmsweise nicht der Antrags- und Genehmigungspflicht nach der Novel-Food-Verordnung unterliegt. Paradiesnüsse werden unstreitig nicht in nennenswertem Maße angebaut. Man kann schon daran zweifeln, ob wild gesammelte Nüsse mit herkömmlichen Vermehrungs- oder Zuchtmethoden gewonnen wurden. Wildsammlungen sind in dieser Ausnahmebestimmung eigentlich nicht gemeint. Es kommt hinzu, dass die Beklagte auch nicht dargetan hat, dass das Paradiesnusspulver wegen der Gewinnung mit herkömmlichen Methoden als aus Erfahrung unbedenkliches Lebensmittel gelten kann. Das hat der Sachverständige Dr. X noch nicht einmal behauptet. Er hat vielmehr selbst aus dem Lebensmittellexikon zitiert, dass es bei übermäßigem Verzehr von Samen der Paradiesnuss zu Krankheitserscheinungen kommen kann. Auch bei der Verwendung des Paradiesnusspulvers als Selenquelle hängt es nach den unstreitigen Einschätzungen der Fachleute davon ab, in welchem Umfang das Selen, das in zu großer Menge schädliche Wirkungen haben kann, mit einem Nahrungsergänzungsmittel der üblichen Nahrung zugeführt werden kann. Es ist insoweit vom Bundesinstitut für Risikobewertung für die Zusetzung von anorganischem Selen eine Höchstgrenze vorgeschlagen worden, die bei dem Mittel der Beklagten erreicht wird, welches aber organisches Selen enthält. Unter diesen Voraussetzungen könnte die Verwendung von Paradiesnusspulver mit Selen in Nahrungsergänzungsmitteln nur dann als unbedenklich angesehen werden, wenn es bereits auf breiter Grundlage in verschiedener Form angewandt und beobachtet worden wäre (vgl. Senatsurteil 4 U 7 /07 S.11). Das gilt besonders angesichts des Zwecks der Ausnahmenvorschrift, nur solche Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten von dem sonst geltenden Genehmigungsvorbehalt freizustellen, die zwar neuartig sind, bei denen jedoch aufgrund besonderer Erfahrungen –etwa mit einem Verzehr außerhalb der Gemeinschaft– keinerlei Zweifel an der gesundheitlichen Unbedenklichkeit bestehen. Es ist nämlich zu beachten, dass die sachliche Prüfung, ob ein neuartiges Lebensmittel unbedenklich ist oder nicht, grundsätzlich dem nach der Verordnung im Einzelnen geregelten Verfahren vorbehalten bleiben soll. Davon soll nur dann abgesehen werden, wenn die Unbedenklichkeit unumstritten ist (vgl. OLG Frankfurt, OLGR 2009, 750, 751). Zu einer solchen erfahrungsbedingten und unumstrittenen Unbedenklichkeit fehlt es an jedem Vortrag der Beklagten. Diese hat nur vorgetragen, dass nicht feststeht, dass von dem Paradiesnusspulver in der vorgeschlagenen Dosierung erkennbare Gefahren ausgehen. Es gebe vielmehr keine gesicherten Erkenntnisse, ob und inwieweit das in dem Paradiesnusspulver enthaltene natürliche Selen in irgendeiner Weise gesundheitsschädliche Auswirkungen habe. Gerade eine solche von der Beklagten selbst angesprochene Ungewissheit geht aber nach dem Schutzzweck zu Lasten des Vertreibers des neuartigen Produkts, der sich auf die Ausnahmeregelung beruft. Das ist die Beklagte. Insoweit geht es nach dem Schutzzweck auch nicht nur um veränderte Lebensmittel, sondern auch um unbekannte Wildfrüchte. Da somit die Ausnahmeregelung nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nicht eingreift, ist auch kein Raum mehr für den Beweisantritt der Beklagten. Es ist insoweit auch nicht erforderlich, eine Auskunft der europäischen Union einzuholen, da Sinn

und Zweck der Vorschrift der bereits vorliegenden Entscheidung des EuGH entnommen werden kann.

6) Dem Kläger steht auch der Anspruch auf Erstattung der pauschalierten Abmahnkosten in Höhe von 166,60 € nebst Zinsen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu, weil die Abmahnung gerechtfertigt war. Das ergibt sich schon daraus, dass der Senat im Verfügungsverfahren den Unterlassungsanspruch bejaht hat. Dadurch, dass der Anspruch im Hauptsacheverfahren nicht weiterverfolgt wird, kann der gesetzliche Erstattungsanspruch nicht entfallen. 38

Die Zulassung der Revision, die die Beklagte angeregt hat, kommt nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu diesem Problemkreis nicht vorliegen. 39

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 40

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 41

711 ZPO. 42