
Datum: 26.09.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 40/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0926.4U40.17.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 17 O 70/16
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, I ZR 233/19

Tenor:

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers gegen das am 21.03.2017 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Dieses Urteil und das mit der Berufung angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Soweit die Beklagte durch das angefochtene Urteil zur Unterlassung verurteilt worden ist, kann sie die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 27.500,00 € abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Im Übrigen können die Parteien jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.	2
Der Kläger, dem ca. 2.000 Mitglieder angehören, ist der eingetragene Verein „A“. Aufgrund seiner Mitgliederstruktur hat er umfassende Verbandsklagebefugnis. Die Beklagte vertreibt Nahrungsergänzungsmittel, homöopathische Arzneimittel, Medizinprodukte und Produkte für ergänzende bilanzierte Diäten. Die Bezeichnung „B“ ist als deutsche Wortmarke seit dem 10.04.2003 mit einer Schutzdauer bis zum 31.12.2022 beim DPMA eingetragen. Seit Ende 2003 vertreibt die Beklagte unter der Bezeichnung „B“ Zimtextraktkapseln. Nach dem 01.01.2005 brachte sie unter der Bezeichnung „B PLUS“ Zimtextraktkapseln, denen weitere Stoffe (Vitamine C und E sowie die Mineralstoffe Zink) zugesetzt sind, auf den Markt. Die zunächst als diätisches Lebensmittel vertriebenen Produkte vertreibt die Beklagte seit der Novellierung der DiätV als Nahrungsergänzungsmittel.	3
Am 14.10.2004 mahnte der Kläger die Beklagte ab und rügte einen Verstoß gegen das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung. Mit einer beim Landgericht Bielefeld in dem Verfahren 16 O 82/02 beantragten einstweiligen Verfügung begehrte der Kläger das Unterlassen der Behauptung „.... dass regelmäßiger Verzehr von Zimt günstige Wirkungen auf den Zuckerstoffwechsel haben kann.....“. Schon damals rügte der Kläger die Aussage als irreführend und berief sich darauf, dass wissenschaftliche Nachweise zur Wirksamkeit fehlten. Die zunächst am 08.11.2004 erlassene Beschlussverfügung (Anl. B 3) hob das Landgericht Bielefeld auf Widerspruch der Beklagten auf und wies den Antrag des Klägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Urteil vom 09.01.2005 zurück (Anl. B4). Ausweislich der Entscheidungsgründe ging das Landgericht davon aus, dass die Beklagte glaubhaft gemacht hatte, dass die Werbeaussage hinreichend wissenschaftlich abgesichert sei.	4
Unter www.b.de betreibt die Beklagte eine Internetpräsenz. Dort waren am 16.02.2016 verschiedene Angaben vorzufinden, welche die Beklagte im vorliegenden Verfahren unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbswidrigkeit angreift.	5
Auf der Startseite fanden sich am 16.02.2016 folgende Angaben (Anl. K1):	6
„B Zimtextraktkapseln	7
enthalten den c (=durch) d e von f gewonnenen Spezialextrakt TX 112 aus der Cassiazimtrinde“	8
„Durch wissenschaftliche Studie belegt: Senkt erhöhte Blutzuckerwerte und trägt zur Aufrechterhaltung eines normalen Blutzuckerspiegels bei.“ (Anl. K1)	9
Die zusammenfassende Produktbeschreibung beider Produkte enthält folgende Aussage:	10
„Ein Beitrag zum gesunden Blutzuckerspiegel“ (Anl. K2)	11
„Durch den regelmäßigen Verzehr von Cassia-Zimt (chinesischem Zimt) zur Nahrungsergänzung kann der Zuckerstoffwechsel günstig beeinflusst werden“ (Anl. K2)	12
Unter der Produktbeschreibung für „B Zimtextraktkapseln“ findet sich folgende Angabe:	13

„Sie sind ein Nahrungsergänzungsmittel mit Zimtextrakt und leisten einen Beitrag für gute Blutzuckerwerte“ (Anl. K3)	14
Die „B PLUS Zimtextraktkapseln“ beschrieb die Beklagte unter der speziellen Produktbeschreibung u.a. wie folgt:	15
„Sie sind ein Nahrungsergänzungsmittel mit Zimtextrakt und den Vitaminen C und E sowie den Mineralstoffen Zink und Chrom und leisten einen Beitrag für gesunde Blutzuckerwerte.“ (Anl. K4)	16
Als „Offizieller Förderer“ der Produkte wurde dabei jeweils der Deutsche Diabetikerbund genannt. Diese Angabe findet sich auch auf den jeweiligen Produktverpackungen (Anl. K 6)	17
Auf ihrer Website bot die Beklagte auch einen als solchen bezeichneten „Diabetes-Test“ an. Dabei handelte es sich um einen Fragebogen, der ausgefüllt an die Beklagte übermittelt werden konnte (Anl. K7). Über die Produktbeschreibungen konnte als PDF-Download eine Studie zum Thema „Auswirkungen von Zimtextrakt auf Plasmaglukose, HbA 1c-Wert und Serumlipide bei Diabetes mellitus Typ 2“ abgerufen werden, worauf bei der zusammenfassenden Produktbeschreibung hingewiesen wurde (Anl. K2 und K8).	18
Mit Schreiben vom 10.03.2016 mahnte der Kläger die Beklagte erfolglos ab. Er beanstandete die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Angaben als wettbewerbswidrig und begehrte die Erstattung pauschaler Abmahnkosten i.H.v. 230,00 € zzgl. 7 % Mehrwertsteuer (246,10 €) (Anlage K9).	19
Der Kläger hat in erster Instanz behauptet, dass die Aussage, dass die Produkte der Beklagten erhöhte Blutzuckerwerte senkten und zur Aufrechterhaltung eines normalen Blutzuckerspiegels beitrügen, nicht durch wissenschaftliche Studien belegt sei. Die im Internet veröffentlichte Studie weise lediglich auf einen moderaten Effekt hin und zwar ausdrücklich bei schlecht eingestellten Diabetikern. Dagegen werde die Einnahme von Zimt von vielen Fachleuten kritisch gesehen (vgl. Anlagen K 13 bis K 15). Die Bezeichnung „B“ vermittele bei den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck, es handele sich um ein mit Diabetes mellitus in Zusammenhang stehendes Nahrungsergänzungsmittel. Es sollten gezielt Diabetiker oder entsprechend gefährdete/sich gefährdet führende Personen angesprochen werden. Die so angesprochenen Verkehrskreise würden dagegen von sich aus nicht auf die von der Beklagten bevorzugte Auslegung der Produktbezeichnung kommen. Vielmehr gingen diese davon aus, dass es sich um ein „Diabetesprodukt“ der Beklagten handele.	20
Das Anbieten eines Diabetestests und das Einstellen einer wissenschaftlichen Studie zum angeblichen Nutzen von Zimtextrakt zur Behandlung von Diabetes Typ 2 im Zusammenhang mit der Bewerbung der Produkte erwecke den Eindruck, dass das Produkt der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung von Diabetes melitus diene.	21
Dem erhobenen Einwand der Verwirkung ist der Kläger entgegengetreten. Er hat die Auffassung vertreten, dass es an dem erforderlichen Umstandsmoment fehle. Für diätische Lebensmittel sei in der Vergangenheit ein Hinweis auf „Diabetes mellitus“ zulässig gewesen. Deshalb habe im Jahr 2004 kein Anlass bestanden, bei dem Produkt mit einer solchen zu dem damaligen Zeitpunkt zulässigen Angabe die Aussage „B“ als unzulässig anzugreifen. Ein Verwirkungseinwand im Lauterkeitsrecht greife zudem nicht durch, wenn – wie hier – auch	22

das Interesse der Allgemeinheit beeinträchtigt werde.

Der Kläger hat beantragt,

23

1. 24

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall 25
der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass
dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft oder einer
Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens
250.000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre, zur Vollstreckung
an dem Geschäftsführer) zu unterlassen:

im geschäftlichen Verkehr 26

a) 27

die Produkte B Zimtextrakt und B PLUS Zimtexttraktkapseln mit den Angaben 28

(aa) 29

„Ein Beitrag zum gesunden Blutzuckerspiegel“ und/oder 30

(bb) 31

„Durch den regelmäßigen Verzehr von Cassia-Zimt (chinesischem Zimt) zur 32
Nahrungsergänzung kann der Zuckerstoffwechsel günstig beeinflusst werden“

und/oder 33

(cc) 34

nur für B Zimtexttraktkapseln: 35

„Sie sind ein Nahrungsergänzungsmittel mit Zimtextrakt und leisten einen Beitrag 36
für gute Blutzuckerwerte.“

und/oder 37

(dd) 38

nur für B Zimtexttraktkapseln: 39

„Durch wissenschaftliche Studie belegt: Senkt erhöhte Blutzuckerwerte und trägt 40
zur Aufrechterhaltung eines normalen Blutzuckerspiegels bei.“

und/oder 41

(ee) 42

nur für B PLUS Zimtexttraktkapseln: 43

44

„Sie sind ein Nahrungsergänzungsmittel mit Zimtextrakt und den Vitaminen C und E sowie den Mineralstoffen Zink und Chrom und leisten einen Beitrag für gesunde Blutzuckerwerte.“

anzubieten und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn dies jeweils geschieht wie auf der Internetseite www.b.de gemäß Anlagen K 1 bis K4; 45

b) 46

die Produkte B Zimtextraktkapseln und B Plus Zimtextraktkapseln unter der Bezeichnung „B“ in den Verkehr zu bringen, 47

insbesondere wenn im Zusammenhang mit der Produktkennzeichnung auf den „Deutschen Diabetiker Bund“ oder auf Diabetes oder den Blutzucker bzw. Blutzuckerspiegel hingewiesen wird, wie geschehen gemäß Anlagen K1 bis K4; 48

c) 49

im Zusammenhang mit den Produkten B Zimtextraktkapseln und B PLUS Zimtextraktkapseln einen Diabetestest anzubieten, 50

insbesondere wie geschehen auf der Internetseite www.b.de gemäß den Anlagen K 1 bis K4 und K8; 51

d) 52

im Zusammenhang mit den Produkten B Zimtextraktkapseln und B PLUS Zimtextraktkapseln eine Studie zum Thema „Auswirkungen von Zimtextrakt und Plasmaglukose, HbA1c-Wert und Serumlipide bei Diabetes mellitus Typ 2“ zugänglich zu machen, 53

insbesondere wie geschehen auf der Internetseite www.b.de gemäß den Anlagen K 2 und K9; 54

2. 55

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 246,10 € zuzüglich Zinsen von 5 %punkten über dem jeweilige Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (08.07.2016) zu zahlen. 56

Die Beklagte hat beantragt, 57

die Klage abzuweisen. 58

Die Beklagte hat behauptet, dass es sich bei der Produktbezeichnung um eine Fantasiebezeichnung handle und sich auf die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 2 HCVO berufen. Die streitgegenständlichen Angaben hat sie für zulässig erachtet und dazu nähere rechtliche Ausführungen gemacht. 59

Etwaige Ansprüche seien vor dem Hintergrund der Abmahnung vom 14.10.2004 und des anschließenden Rechtsstreits verwirkt. Dazu hat sich die Beklagte darauf berufen, dass dem 60

Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt die Verwendung der Produktbezeichnung bekannt gewesen sei. Eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Produktbezeichnung habe er jedoch nicht geltend gemacht. Schon damals habe der Kläger unter fehlendem Sachvortrag und ohne jegliche wissenschaftliche Unterstützung behauptet, dass ein positiver Nutzen der Produkte auf den Blutzuckerspiegel fehle. Weder die Rechts – noch die Sachlage habe sich aber verändert. Insoweit hat sich die Beklagte auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten der G GmbH & Co. KG berufen und darauf verwiesen, dass dieses ausdrücklich bestätige, dass das Produkt einen positiven Beitrag für gute Blutzuckerwerte leiste.

Die mit den Klageanträgen zu 1c) und 1d) beanstandeten Äußerungen seien keine Werbung, sondern nach Auffassung der Beklagten weitergehende Informationen zur gesunden Lebensführung und Ernährung. Der angebotene Diabetestest habe nichts mit dem Zimtextraktprodukt zu tun. Das Zurverfügungstellen einer wissenschaftlichen Studie sei nicht als krankheitsbezogene Werbung zu bewerten. 61

Das Landgericht hat die Beklagte nach den Klageanträgen zu 1a), 1c), 1d) und 2) antragsgemäß verurteilt und im Hinblick auf den Antrag zu 1b) die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 62

Gegen die erfolgte Verurteilung wendet sich die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie greift zunächst die Verurteilung zu Ziffer 1a) des Tenors des landgerichtlichen Urteils und rügt, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass gesundheitsbezogene Angaben für Zimtextrakt unzulässig seien. Für pflanzliche Stoffe (Botanicals) seien noch keine Health Claims in einer Liste der HCVO aufgenommen. Damit gelte die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 HCVO weiter fort. Nach Art. 6 HCVO seien die Angaben zulässig, da diese durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise abgesichert seien. Entgegen der Bewertung des Landgerichts habe die Beklagte konkret vorgetragen und wissenschaftliche Nachweise vorgelegt, was sie näher ausführt. Das Vorbringen des Klägers sei dagegen unsubstantiiert, da insbesondere die Anlagen K 9 und K 13 – K 19 die klägerische Behauptung gerade nicht unterstützten. Zudem habe das Landgericht übersehen, dass der Kläger die Richtigkeit des von ihr vorgelegten Gutachtens nicht in Zweifel gezogen und den Vortrag der Beklagten nicht bestritten habe. Die Vorteile von Zimt-Rinde seien weiter untersucht und erneut Vorteile hinsichtlich der Senkung des Blutzuckerspiegels festgestellt worden. Erstmals mit der Berufungsbegründung beruft sich die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptung auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Nach der Erteilung des Hinweises und der Auflage durch den Senat vom 05.02.1019 (Bl. 234 d. A.) behauptet die Beklagte, dass das Produkt „B“ am 01.01.2005 mit folgenden Aussagen beworben worden sei: 63

„für gute Blutzuckerwerte“ (Anzeige) 64

„hält den Blutzuckerwert im Normbereich“ (Anzeige) 65

„man hat festgestellt, dass der regelmäßige Verzehr von Cassia Zimt im Rahmen unterstützender diätischer Maßnahmen günstige Wirkungen auf den Blutzuckerstoffwechsel haben kann.“ (Packungsbeilage) 66

Diese seien in den als Anlagen BK 4 und BK 5 übermittelten Packungsgestaltungen, Produktausstattungen und Werbungen für das Produkt „B“ aus dem Jahr 2004 und 67

Folgejahren“ enthalten. Die mit dem Anlagenkonvolut BK 5 übermittelten Produktausstattungen und Werbungen seien am 01.01.2005 verwendet worden.

Die Beklagte greift mit der Berufung auch die weitere Verurteilung durch das Landgericht an und beanstandet, dass das Landgericht fehlerhaft den Abdruck eines Diabetestests und die Zurverfügungstellung einer klinischen Studie auf der Homepage als Produktwerbung angesehen habe (Ziffern 1b) und 1c) des landgerichtlichen Tenors). Tatsächlich handele sich um weitergehende Informationen zur gesunden Lebensführung und Ernährung. Der Diabetestest betreffe ausschließlich die gesunden Lebensformen und Informationen dazu. Mit dem Produkt habe dieser nichts zu tun. Damit handelte es sich um eine im Sinne der LMIV erwünschte Gesundheitsinformation. Da es das Ziel der LMIV sei, den Verbraucher richtig und umfassend zu informieren, sei auch das Zurverfügungstellen der Studie nicht als Verstoß gegen das Verbot krankheitsbezogener Werbung im Sinne des Art. 7 Abs. 3 LMIV zu bewerten. 68

Die Beklagte beantragt nunmehr, 69

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 70

Der Kläger beantragt, 71

die Berufung zurückzuweisen. 72

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil mit näheren Ausführungen, soweit dieses Gegenstand der Berufung der Beklagten ist. Mit Nichtwissen bestreitet er, dass die mit dem Klageantrag zu 1a) beanstandeten Aussagen und die mit dem Anlagenkonvolut BK4 übermittelten Anlagen am 01.01.2005 bereits verwendet wurden und dass die mit dem Anlagenkonvolut BK5 vorgelegten Produktverpackungen jeweils am 01.01.2005 „im Einsatz“ gewesen seien. Insoweit stellt er auch in Abrede, dass die vorgelegten Anlagen die streitgegenständlichen Äußerungen enthielten. 73

Das vom Beklagten angefochtene, ihm am 27.03.2017 zugestellte Urteil greift der Kläger ferner mit der am 23.07.2017 beim Oberlandesgericht eingegangenen Anschlussberufung an. Mit dieser wendet er sich gegen die Abweisung des Klageantrags zu Ziffer 1b). Er führt insoweit aus, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Produktbezeichnung „B“ als Hinweis auf eine Krankheit wahrnahmen. Daran ändere auch die auf der Seite der Verpackung abgedruckte angebliche Herleitung für die Produktbezeichnung nichts. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei auch der Anwendungsbereich der HCVO nicht eröffnet. Allenfalls könne an die Anwendung des Art. 28 Abs. 2 HCVO gedacht werden. Die Produktbezeichnung sei aber zu unspezifisch um zu verdeutlichen, dass es um die „Verringerung eines Krankheitsrisikos“ und nicht einfach nur „irgendwie“ um eine Krankheit gehe. Fehlerhaft habe das Landgericht in der Produktbezeichnung eine Angabe über die „Verringerung des Krankheitsrisikos“ gesehen. Selbst wenn man aber dieser Annahme folgte sei hierin ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3, bzw. 7 Abs. 1 LMIV zu sehen. In diesem Zusammenhang bestreitet der Kläger, dass die Produkte der Beklagten die durch die Produktbezeichnung suggerierte positive Wirkung hätten. Ein derartiger Nachweis sei von der Beklagten nicht erbracht worden. Jedenfalls sei die Beklagte beweisfällig geblieben. 74

Er verweist darauf, dass ein Vorgehen gegen die Produktbezeichnung im Jahr 2004 keinen Sinn ergeben hätte, weil im Rahmen der Produktwerbung die namentliche Benennung der Erkrankung nach damaliger Rechtslage zulässig gewesen sei. Der in der Produktbezeichnung enthaltene Hinweis auf „Diabetiker“ bzw. „Diabetes mellitus“ sei jetzt allerdings unzulässig. Insofern habe sich die Rechtslage an wesentlicher Stelle geändert. Eine Verwirkung des Anspruchs könne daher nicht angenommen werden.

Der Kläger beantragt

76

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, 77

es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung 78
festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben
werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten
(Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €, Ordnungshaft insgesamt
höchstens zwei Jahre, zur Vollstreckung an dem Geschäftsführer) zu unterlassen
im geschäftlichen Verkehr

die Produkte B Zimtextraktkapseln und B Plus Zimtextraktkapseln unter der 79
Bezeichnung „B“ in den Verkehr zu bringen,

insbesondere wenn im Zusammenhang mit der Produktkennzeichnung auf den 80
„Deutschen Diabetiker Bund“ oder auf Diabetes oder den Blutzucker bzw.
Blutzuckerspiegel hingewiesen wird, wie geschehen gemäß Anlagen K1 bis K4;

hilfsweise 81

die Produkte B Zimtextraktkapseln und B Plus Zimtextraktkapseln unter der 82
Bezeichnung „B“ in den Verkehr zu bringen, wenn dies im Zusammenhang mit
Aussagen zu einem möglichen Zusammenhang zwischen dem Produkt und dem
Blutzucker oder Blutzuckerspiegel geschieht,

insbesondere wenn im Zusammenhang mit der Produktkennzeichnung auf den 83
„Deutschen Diabetiker Bund“ oder auf Diabetes oder den Blutzucker bzw.
Blutzuckerspiegel hingewiesen wird, wie geschehen gemäß Anlagen K1 bis K4.

Die Beklagte beantragt,

84

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 85

Mit näheren rechtlichen Ausführungen verteidigt die Beklagte das Urteil gegen die 86
Anschlussberufung des Klägers und verweist mit vertieften Ausführungen auf die Verwirkung
des diesbezüglichen Anspruchs.

II. 87

Die Berufung und die Anschlussberufung sind zulässig, diese haben jedoch in der Sache 88
keinen Erfolg.

A. 89

Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet.	90
1.	91
Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte jeweils zur Unterlassung verpflichtet.	92
a)	93
Der mit dem Antrag zu 1) geltend gemachte Unterlassungsanspruch des nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugten Klägers findet seine Grundlage in § 8 Abs. 1 S. 1, § 3a UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 HCVO.	94
Danach kann, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§ 8 Abs. 1 UWG). Unzulässig sind unlautere geschäftliche Handlungen (§ 3 Abs. 1 UWG). Unlauter handelt wiederum, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3a UWG). Eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG stellt auch Art. 10 HCVO dar, gegen welche die Beklagte mit der streitgegenständlichen Werbung verstoßen hat.	95
aa)	96
Der Anwendungsbereich der HCVO ist eröffnet. Bei dem streitgegenständlichen Produkt handelt es sich um ein Lebensmittel im Sinne des Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178 / 2002 und damit auch um ein Lebensmittel im Sinne der HCVO (vgl. Art. 2 Abs. 1a) HCVO). Auch nach Art. 2a) der Richtlinie 2002 / 46 / EG über Nahrungsergänzungsmittel gelten diese als Lebensmittel (vergleiche auch BGH Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 81 / 15 – „Repair-Kapseln“; Senat, Urteil vom 24.02.2015 – 4U 270 / 14).	97
bb)	98
Die streitgegenständlichen Äußerungen stellen gesundheitsbezogene Angaben dar, die verboten sind, da sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der HCVO und den speziellen Anforderungen in Kapitel IV der HCVO entsprechen, gemäß dieser VO zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gem. den Art. 13 und 14 HCVO aufgenommen sind.	99
(1)	100
Die vom Kläger mit dem Klageantrag zu 1 aa) – ee) beanstandeten Werbeaussagen weisen einen Bezug auf die Gesundheit im Sinne der HCVO auf. Nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO ist eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne dieser Verordnung jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Der Begriff "Zusammenhang" ist dabei weit zu verstehen. Der Begriff "gesundheitsbezogene Angabe" erfasst daher jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels impliziert (EuGH, Urteil vom 6. September 2012 - C-544/10, GRUR 2012, 1161 Rn. 34 f. = WRP 2012, 1368 - Deutsches Weintor; Urteil vom 18. Juli 2013 - C-299/13, GRUR 2013, 1061 Rn. 22 = WRP 2013, 1311 - Green-Swan Pharmaceuticals; BGH, Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 81/15 – Repair-Kapseln m.w.N.). Die Frage, ob eine Aussage auf das	101

gesundheitliche Wohlbefinden abzielt, ist anhand der in Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 HCVO aufgeführten Fallgruppen zu beurteilen (BGH, Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 81/15 – Repair-Kapseln m.w.N.). Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1a) HCVO sind Angaben, die die Bedeutung eines Nährstoffs oder einer anderen Substanz für Wachstum, Entwicklung und Körperfunktionen beschreiben oder darauf verweisen, gesundheitsbezogen. Die mit dem Klageantrag zu 1 aa) – 1 ee) beanstandeten Angaben bewirbt die Beklagte gerade eine positive Wirkung des Zimtexttrakts auf den Blutzuckerspiegel/den Zuckerstoffwechsel/die Blutzuckerwerte. Damit behauptet sie ausdrücklich eine Beeinflussung von Körperfunktionen durch die vertriebenen Produkte.

(2) 102

Bei den streitgegenständlichen Werbeaussagen handelt es sich damit um spezifische gesundheitsbezogene Angaben im Sinne des Art. 10 Abs. 1 HCVO. Für die Abgrenzung zwischen speziellen und nichtspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben kommt es darauf an, ob mit der Angabe ein unmittelbarer Wirkzusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile und einer Funktion des menschlichen Körpers hergestellt wird, dessen wissenschaftliche Absicherung (vgl. Art. 6 Abs. 1 HCVO) in einem Zulassungsverfahren nach Art. 13 Abs. 3 HCVO oder nach Art. 15 – 17 der HCVO überprüft werden kann (BGH Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 81/15 – Repair Kapseln m.w.N.). Eindeutig wird in den mit dem Klageantrag zu 1a) beanstandeten Werbeaussagen der Beklagten jeweils eine positive Beeinflussung des Blutzuckerspiegels/-wertes durch das beworbene Produkt behauptet. 103

cc) 104

Nach Art. 10 Abs. 1 HCVO sind spezifische gesundheitsbezogene Angaben grundsätzlich verboten und nur unter bestimmten (engen) Voraussetzungen zulässig, die kumulativ vorliegen müssen. 105

Da die Aufnahme der streitgegenständlichen spezifische gesundheitsbezogene Angaben in die Liste nach Art. 13 und 14 HCVO jeweils nicht erfolgt ist, sind diese unzulässig (gefestigte Senatsrechtsprechung; vgl. Urteil vom 24.02.2015 – 4 U 72/14 – Repair-Kapseln und dazu BGH, Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 81/15 – Repair-Kapseln; vgl. auch BGH, Vorlagebeschluss vom 12.07.2018 – I ZR 162/16 B-Vitamine, Beifügen gesundheitsbezogener Angaben). 106

dd) 107

Es kann offen bleiben, ob die Angaben ggf. (entgegen der o.g. Senatsrechtsprechung) nach Art. 28 Abs. 5 i.V.m. Art. 13 Abs. 1a) und i) HCVO zulässig sein könnten (vgl. erneut BGH, Vorlagebeschluss vom 12.07.2018 – I ZR 162/16 B-Vitamine, Beifügen gesundheitsbezogener Angabe; eine Entscheidung des EuGH in Sachen C – 524/18 liegt insoweit noch nicht vor). Die Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Das wäre nur dann der Fall, wenn die gesundheitsbezogenen Angaben i.S.v. Art. 13 Abs. 1a) bis zum Inkrafttreten der in Art. 13 Abs. 3 HCVO genannten Liste verwendet wird, sofern die Angaben der HCVO und den einschlägigen einzelstaatlichen Vorschriften entsprechen. Nach Art. 13 Abs. 1a) i) und ii) HCVO dürfen u.a. gesundheitsbezogene Angaben, die die Bedeutung eines Nährstoffs/einer Substanz für Körperfunktionen beschreiben oder darauf verweisen, gemacht werden, ohne den Verfahren der Art. 15 – 19 HCVO zu unterliegen, wenn sie auf allgemein anerkannte Nachweise stützen und vom durchschnittlichen Verbraucher richtig verstanden werden. 108

Entgegen der Auffassung der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 17.01.2013 – I ZR 5/12 – Vitalpilze) ist ein entsprechender Nachweis nicht erbracht.

(1) 110

Eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung setzt nicht voraus, dass die dem beworbenen Mittel beigelegte Wirkung Gegenstand einer allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion geworden ist. Die hinreichende wissenschaftliche Absicherung kann sich vielmehr schon aus einer einzelnen Arbeit ergeben, sofern diese auf überzeugenden Methoden und Feststellungen beruht (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - I ZR 23/07, GRUR 2010, 359 ff., juris, Rn. 18 - dort allerdings in Bezug auf ein kosmetisches Produkt [Haarshampoo] und zu Art. 3 Abs. 1 LMIV). Die Rechtsprechung verlangt für Wirksamkeitsnachweise die Vorlagen von Studien nach dem sogenannten „Goldstandard“, also randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudien mit adäquater statistischer Auswertung (Grube in: Voit/Grube LMIV, 2. Auflage Art. 7 Rn. 360). Ein Verbot wegen Irreführung über die einem Stoff beigelegten Wirkungen ist unzulässig, wenn lege artis durchgeführte Untersuchungen zu dem Ergebnis geführt haben, dass die betreffende Werbeaussage richtig ist, ablehnende wissenschaftliche Stellungnahmen unabhängiger Wissenschaftler zu der betreffenden Studie nicht vorliegen und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Mittel gesundheitsschädlich ist (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010, a. a. O., Rn. 19; vgl. insgesamt dazu: OLG Celle, Beschluss vom 24.11.2016 – 13 U 91/16). Es ist jede ernstzunehmende Erkenntnisquelle zuzulassen, die den Rückschluss erlaubt, dass die behaupteten Wirkungen des Lebensmittels auf dessen Inhaltsstoffen und nicht auf dem bloßen Glauben an seine Wirksamkeit beruhen. Dies wiederum setzt voraus, dass die vorgelegten Unterlagen das Präparat selbst betreffen. Untersuchungen, die nur einzelne Inhaltsstoffe zum Gegenstand haben, sind nur dann ein adäquater Ersatz, wenn auch das beworbene Produkt nur diesen Inhaltsstoff besitzt und die ihm zugeschriebene Wirkung deshalb nur hierauf zurückgehen kann. Enthält das beworbene Erzeugnis aber mehrere verschiedene Inhaltsstoffe, muss sich auch die Untersuchung bzw. müssen sich auch die als Erkenntnisquellen vorgelegten Unterlagen auf eben diese Wirkstoffkombination beziehen. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil die in dem Präparat enthaltenen Wirkstoffe sich gegenseitig in ihrer Wirkung beeinträchtigen könnten und dies auszuschließen sei (OLG Celle, a. a. O.).

(2) 112

Damit ist zunächst unzweifelhaft festzustellen, dass für die Wirksamkeit des Präparats „B PLUS“ überhaupt kein Nachweis übermittelt wurde. 113

Keiner der Nachweise befasst sich mit der Wirksamkeit der Wirkstoffkombination des Präparats. Das Privatgutachten vom 14.09.2016 bezieht sich ausschließlich auf „B Zimtextraktkapseln. Ein Rückschluss auf die Wirkweise des Präparats „B Plus“ ist aus den dargelegten Gründen nicht möglich. 114

(3) 115

Auch die Wirksamkeit des Präparats „B“ ist nach den dargelegten Maßstäben nicht feststellbar. 116

Die über die Homepage abrufbare Studie aus dem Jahr 2006 mag sich mit dem Wirkstoff befassen, der in dem Präparat enthalten ist, gesicherte Feststellungen lassen sich der Studie jedoch nicht entnehmen. Die Schlussfolgerung beschränkt sich darauf, dass „Zimtextrakt“ einen moderaten Effekt auf die Senkung des Nüchternplasmaglukosespiegel bei schlecht 117

eingestellten Typ-2-Diabetikern zu haben scheint. Damit ist lediglich eine Aussage in Bezug auf einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich getroffen, die zudem nicht hinreichend wissenschaftlich gesichert ist.

Die insgesamt 5-seitigen Ausführungen des Privatgutachtens vom 14.09.2016 (Anlage B 7) 118 lassen keine fundierten Untersuchungen erkennen, so dass „gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse“ überhaupt nicht wiedergegeben werden. Die Überzeugungskraft der Ausführungen kann zudem dahin gestellt bleiben, da die wissenschaftliche Ausarbeitung von der Beklagten selbst in Auftrag gegeben wurde und damit nicht mehr unabhängig ist.

Die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben ist weiterhin nur zulässig, wenn die 119 behauptete positive Wirkung der jeweiligen Substanz bereits zu dem Zeitpunkt anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisse nachgewiesen ist, zu dem die Angaben gemacht werden (BGH, Urteil vom 06.12.2017 – I ZR 167/16 – Detox; Urteil vom 17.01.2013 – I ZR 5/12 – Vitalpilze). Das Privatgutachten vom 14.09.2016 wurde aber ersichtlich nach den streitgegenständlichen Angaben erstellt.

Ein wissenschaftlicher Nachweis zum entscheidenden Zeitpunkt ist damit nicht feststellbar. 120 Die Einholung des in zweiter Instanz als Beweis angebotenen Sachverständigengutachtens ist ebenfalls nicht geboten, da auch damit der wissenschaftliche Nachweis zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behauptungen nicht nachgeholt werden kann. Der Aussagegehalt der nunmehr – teils nur in englischer Sprache - übermittelten Studien aus der Zeit nach dem 16.02.2016 (Anlage BK 2 und die Mehrzahl der Ausarbeitungen des Anlagenkonvoluts BK 3) kann ebenfalls dahin gestellt bleiben.

Die mit dem Anlagenkonvolut BK 3 übermittelte Ausarbeitung „Polyphenols and Glycemic 121 Control“ stammt vom 05.01.2016 und wäre grundsätzlich in zeitlicher Hinsicht geeignet, einen Nachweis zu führen. Unabhängig davon, dass diese ebenfalls nur in englischer Sprache übermittelt wurde, befasst diese sich mit der Wirkweise verschiedener Substanzen und bezieht sich gerade nicht ausschließlich auf das von der Beklagten vertriebene Zimtextrakt. Soweit Zimt Gegenstand der Untersuchung war, wurde dieser in unterschiedlichen Konzentrationen und zu unterschiedlichen Bedingungen verabreicht (Bl. 11 der Ausarbeitung). Die Studie gelangt nicht zu der sicheren Schlussfolgerung, dass „Cassia Cinnamon“ positiv bei der diabetes-Vorbeugung und Behandlung wirkt, es wird vielmehr nur für möglich erachtet (Bl. 17 der Ausarbeitung). Ein gesicherter wissenschaftlicher Nachweis ist damit ebenfalls nicht geführt.

In zeitlicher Hinsicht beachtlich ist auch die mit dem Anlagenkonvolut BK 3 übermittelte 122 Ausarbeitung „Cinnamon for diabetes mellitus (Review)“ von Leach und Kumar aus dem Jahr 2013. Diese ist ebenfalls nur in englischer Sprache übermittelt. Soweit ersichtlich, geht aber aus dieser Ausarbeitung gerade nicht hervor, dass die behauptete Wirkweise von Zimt überhaupt sicher feststellbar ist (Bl. 2, 42 der Ausarbeitung). Ferner war auch hier das von der Beklagten entwickelte Präparat (das ja im Zuge einer besonderen Aufarbeitung entstehen soll) nicht Gegenstand der Untersuchung.

(4) 123

Ein Schriftsatznachlass – wie von der Beklagten im Senatstermin vom 26.09.2018 beantragt 124 – war nicht mehr zu gewähren. Die Frage, ob möglicherweise ein Nachweis der Wirksamkeit erbracht worden ist, ist zwischen den Parteien in erster Instanz und in der Berufungsinstanz erörtert worden. Auch der Senat hatte bereits im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15.01.2019 die Rechtsauffassung mitgeteilt, dass der Nachweis der Wirksamkeit nicht

erbracht ist. Nur aus diesem Grund war überhaupt die Anwendbarkeit des Art. 28 Abs. 2 HCVO in Erwägung zu ziehen. Unter diesen Umständen kam die Gewährung eines Schriftsatznachlasses nicht in Betracht.

ee) 125

Die streitgegenständlichen Äußerungen genießen keinen Bestandsschutz nach Art. 28 Abs. 2 HCVO. Danach dürfen Produkte mit bereits vor dem 01.01.2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen, die nicht der HCVO entsprechen, bis zum 19.01.2022 weiterhin in Verkehr gebracht werden. 126

(1) 127

Die Regelung gewährt keinen umfassenden Produktbestandsschutz mit der Folge, dass die Werbung mit (nicht zugelassenen) gesundheitsbezogenen Angaben bis zum Ende der Übergangsfrist zulässig wäre, wenn das Produkt im Wesentlichen vor dem Stichtag so beworben wurde. 128

Hintergrund der Regelung des Art 28 Abs. 2 HCVO war, dass die sachgerechte Regelung von Marken im Rahmen der HCVO um Gesetzgebungsverfahren umstritten war. Mit der langen Übergangsregelung in Art. 28 Abs. 2 HCVO und der Koppelungslösung in Art. 1 Abs. 3 HCVO wurde eine Lösung im Kompromissweg gefunden. Die 15-jährige Übergangsfrist ab Inkrafttreten der HCVO dient einer verhältnismäßigen Einbeziehung von Marken in die VO und korrespondiert mit Erwägungsgrund (35), wonach sich die Lebensmittelunternehmen im Rahmen angemessener Übergangsmaßnahmen an die Bestimmungen der VO anpassen können. Im Gegensatz zu Marken gilt die Übergangsfrist nicht für die ebenfalls in Art. 1 Abs. 3 geregelten Phantasiebezeichnungen. Bei diesen handelt es sich – anders als bei Marken – nicht um Unterscheidungskennzeichen eines Unternehmens oder Betriebs. Sie begründen auch keine verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsposition (vgl. dazu: Conte-Salinas in Holle/Hüttebräucker HCVO, 1. Auflage 2018 Art. 28 Rn. 3 m.w.N.). 129

Bereits daraus folgt dass nach dem Willen des Ordnungsgebers die Regelung des § 28 Abs. 2 HCVO nicht auf als HCVO-widrig zu beanstandenden, nicht markenrechtlich geschützte Angaben/Bezeichnungen/Mitteilungen anwendbar ist. Die Marken müssen vielmehr selbst, also als solche, gesundheitsbezogen aufzufassen sein (vgl. Conte-Salinas a.a.O. Rn. 14 m.w.N.; Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 14.06.2012 – 3 U 5/11 (juris Rn. 81)). Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Marken ist auch unter systematischen Gesichtspunkten schlüssig. Der mit Art. 28 Abs. 2 HCVO bewirkte Markenschutz gilt für nährwert- oder gesundheitsbezogene Marken als solche. Während der Ordnungsgeber in Art. 28 Abs. 3 HCVO für die Verwendung nährwertbezogener Angaben eine weitere Übergangsvorschrift geschaffen hat, fehlt eine solche für die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben. 130

Der EuGH hat bereits entschieden, dass die betroffenen Marken als solche nährwert- oder gesundheitsbezogen aufzufassen sein müssen. Die Übergangsvorschrift ist nicht auf ein Markenprodukt anwendbar, dessen Aufmachung eine beanstandete gesundheitsbezogene aber markenrechtlich nicht geschützte Angabe enthält. Zwar lasse sich nicht ausschließen, dass kommerzielle Mitteilungen auf der Verpackung eines Lebensmittels zugleich eine Handelsmarke oder einen Markennamen darstellen, dies sei aber nur dann anzunehmen, wenn sie durch die anwendbaren Rechtsvorschriften als solche geschützt würden (EuGH, Urt. vom 18.07.2013 – C-299/12 (Rn. 31, 36, 37) – Green-Swan Pharmaceuticals = GRUR 2013, 1061; Conte-Salinas a.a.O. Rn. 15). 131

Unzweifelhaft sind die streitgegenständlichen Angaben nicht vom Schutz der Wortmarke umfasst. Eine Anwendung der Regelung des Art. 28 Abs. 2 HCVO kommt damit nicht in Betracht. Zwar wird in der Literatur vertreten, dass für den Fall, dass das Privileg des Art. 28 Abs. 2 HCVO zur Anwendung gelangt, dieses nicht nur für den Vertrieb des Produkts mit der nährwert- oder gesundheitsbezogen verstandenen Marke, sondern auch für die entsprechende Produktwerbung gilt (vgl. Conte-Salinas a.a.O. Rn. 17 unter Hinweis auf Meisterernst in: Meisterernst/Haber, Heath & Nutrition Claims, Art. 28 Rn. 3). Allerdings umfasst dies nach Auffassung des Senats nach Sinn und Zweck der Regelung allein den Vertrieb der von der Übergangsregelung umfassten nährwert- oder gesundheitsbezogenen Marke selbst. Sonstige unzulässige gesundheitsbezogene Werbeaussagen sind nicht vom Schutzbereich umfasst (i.E. wohl auch: VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 07.02.2008, 4 K 455/04 (juris Rn. 71 f) für einen Bestandsschutz der Marke „Anti-Aging Bier und die Unzulässigkeit einer gesundheitsbezogenen Angabe auf dem Etikett; vgl. auch: Conte-Salinas a.a.O. Rn. 16).	132
(2)	133
Es kann im Ergebnis dahin gestellt bleiben, ob die Regelung – entgegen der Auffassung des Senats - umfassenden Produktbestandsschutz gewährt. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat die Voraussetzungen hierfür schon nicht substantiiert dargelegt.	134
(aa)	135
Unstreitig ist das Produkt „B Plus“ erst nach dem 01.01.2005 in Verkehr gebracht worden. Insoweit kann die Regelung des Art. 28 Abs. 2 HCVO daher nicht zur Anwendung gelangen.	136
(bb)	137
Für das Produkt „B“ hat die Beklagte erstmals mit Schriftsatz vom 09.09.2019 behauptet, dass im Rahmen des Vertriebs von „B“ am Stichtag folgende Äußerungen Verwendung gefunden haben sollen:	138
„für gute Blutzuckerwerte“ (Anzeige)	139
„hält den Blutzuckerwert im Normbereich“ (Anzeige)	140
„für gute Blutzuckerwerte“ (Anzeige)	141
„man hat festgestellt, dass der regelmäßige Verzehr von Cassia Zimt im Rahmen unterstützender diätischer Maßnahmen günstige Wirkungen auf den Blutzuckerstoffwechsel haben kann.“ (Packungsbeilage)	142
Es kann offen bleiben, ob diese Äußerungen, die mit den streitgegenständlichen Äußerungen nicht identisch sind, diesen jedenfalls sinngemäß entsprechen und ob dies für einen Schutz nach Art. 28 Abs. 2 HCVO ausreichend sein könnte. Der Kläger hat mehrfach in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten, dass die streitgegenständliche Aussagen und die mit dem Anlagenkonvolut BK4 übermittelten Anlagen am Stichtag bereits verwendet wurden und dass die mit dem Anlagenkonvolut BK5 vorgelegten Produktverpackungen jeweils am 01.01.2005 „im Einsatz“ gewesen seien. Ein entsprechender Beweisantritt der Beklagten für diese beweisbedürftige Behauptung <u>fehlt</u> . Insbesondere ist der Beweis ersichtlich nicht durch die Übermittlung der Anlagen erbracht. Auf den fehlenden Beweisantritt hat der Senat nochmals in der Sitzung vom 26.09.2019 hingewiesen, ohne dass weiteres Vorbringen der Beklagten	143

erfolgt wäre.

ff) 144

Der damit feststellbare Verstoß gegen Art. 10 HCVO ist spürbar im Sinne von § 3a UWG und die Wiederholungsgefahr wird durch die Erstbegehung indiziert. 145

gg) 146

Der folglich bestehende Unterlassungsanspruch ist nicht verwirkt. Beim lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch spielt der Verwirkungseinwand vor allem dann eine Rolle, wenn Individualinteressen verletzt sind. Doch kommt der Verwirkungseinwand auch sonst in Betracht (vgl. BGH GRUR 1988, 764 (767) – Krankenkassen-*Fragebogen*). So beispielsweise bei der Irreführung über die betriebliche Herkunft gemäß § 5 I 2 Nr. 1 UWG, um einen Wertungswiderspruch zum Markenrecht zu vermeiden (BGH WRP 2013, 1465 Rn. 64 – Hard Rock Cafe). Die Verwirkung des Unterlassungsanspruchs setzt voraus, dass der Berechtigte über einen längeren Zeitraum untätig geblieben ist, obwohl er den Verstoß kannte oder ihn bei der gebotenen Wahrung seiner Interessen erkennen musste, so dass der Verpflichtete mit der Duldung seines Verhaltens durch etwaige Berechtigte rechnen durfte und sich daraufhin einen wertvollen *Besitzstand* schuf (BGH GRUR 1993, 151 (153) – Universitätseblem; BGH GRUR 1998, 1034 (1037) – Makalu; BGH GRUR 2001, 323 (325) – Temperaturwächter). Es muss ein Zustand geschaffen worden sein, der für den Benutzer einen beachtlichen Wert hat, der ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben muss und den ihm auch der Verletzte nicht streitig machen kann, wenn er durch sein Verhalten diesen Zustand erst ermöglicht hat (BGH GRUR 1988, 776 (778) – PPC; BGH GRUR 1990, 1042 (1046) – Datacolor; BGH GRUR 1993, 913 (914) – KOWOG). – Die Verwirkung kommt praktisch nur bei Dauerhandlungen in Betracht, da bei wiederholten gleichartigen Verletzungen jeweils ein neuer Unterlassungsanspruch entsteht und damit auch die für das Zeitmoment der Verwirkung erforderliche Frist jeweils neu zu laufen beginnt (vgl. BGH WRP 2006, 114 Rn. 11 zum Nachbarrecht; BGH WRP 2012, 1104 Rn. 22 – Honda-Grauiimport zum Markenrecht; BGH WRP 2014, 1465 Rn. 21, 27, 81 – Hard Rock Cafe zum Marken- und Lauterkeitsrecht; Teplitzky/Bacher Kap. 17 Rn. 3b f.; aA Goldmann GRUR 2017, 657 (660 ff)). Dass im Einzelfall bei sich rasch wiederholenden gleichartigen Verletzungshandlungen der Unterschied zur Dauerhandlung marginal wird, ist hinzunehmen, da der Verletzte insoweit durch die kurze Verjährungsfrist des § 11 geschützt ist (vgl. insgesamt dazu: Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 37. Auflage § 11 Rn. 2.14 m.w.N.).

Damit begründet die Tatsache, dass der Kläger nach Erlass des Urteils des Landgerichts Bielefeld zunächst nicht weiter gegen die Beklagte vorgegangen ist, das erforderliche Umstandsmoment der Verwirkung nicht. Gegenstand der Auseinandersetzung war eine konkrete Behauptung. Diese stand zwar auch mit der vermeintlichen Wirkung des Präparats „B“ auf den Blutzuckerspiegel im Zusammenhang, die Beklagte konnte jedoch nicht daraus schlussfolgern, dass der Kläger gleichgelagerte Äußerungen der Beklagten nicht mehr beanstanden würde. Dies gilt auch, weil die Sach- und Rechtslage einer dauernden Entwicklung unterworfen ist und sich der Stand der Forschung in Bezug auf die Wirkung der Präparate der Beklagten durchaus ändern kann. Hätte die Beklagte eine derartige Rechtssicherheit für sich in Anspruch nehmen wollen, wäre es ihr durchaus möglich gewesen, eine negative Feststellungsklage zu erheben. 148

b) 149

150

Auch unter Berücksichtigung der mit der Berufung erhobenen Einwendungen hat das Landgericht die Beklagte ferner zu Recht dazu verurteilt, es zu unterlassen, im Zusammenhang mit den Produkten „B“ Zimtextraktkapseln und „B PLUS“ Zimtextraktkapseln einen Diabetestest anzubieten (Ziff. 1b) des Tenors des angefochtenen Urteils). Dem unzweifelhaft aktivlegitimierten Kläger steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3, 3a UWG i.V.m. Art. 7 Abs. 3, Abs. 4a) LMIV zu. Die Beklagte hat auch insoweit gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG verstoßen und sich damit eine unlautere und unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen

aa) 151

Die Regelung des Art. 7 Abs. 3 LMIV stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG dar (KG Berlin – Urteil vom 04.11.2016 – 5 U 3/16 m.w.N.). 152

bb) 153

Durch das Anbieten eines Diabetes-Tests auf der Homepage hat die Beklagte gegen Art. 7 Abs. 3, Abs. 4a LMIV verstoßen. Danach dürfen – vorbehaltlich der in den Unionsvorschriften über natürliche Mineralwässer und über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind vorgesehenen Ausnahmen- Informationen über ein Lebensmittel diesem keine Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen lassen. Dies gilt auch für die Werbung. 154

(1) 155

Unstreitig sind die diesbezüglichen Angaben keine Angaben zu natürlichen Mineralwässern und Diätika im Sinne der Vorschrift. 156

(2) 157

Bei den Produkten handelt es sich jeweils um Nahrungsergänzungsmittel, die dennoch dazu bestimmt sind, von Menschen aufgenommen zu werden, so dass es sich um Lebensmittel im Sinne von Art. 2 LMIV handelt. 158

(3) 159

Diabetes stellt eine Störung der normalen Beschaffenheit oder normalen Tätigkeit des Körpers dar und ist daher als Krankheit im Sinne der Vorschrift zu bewerten (Grube in: Grube/Voit, 2. Auflage Art. 7 Rn. 292). Damit ist der Test ist – isoliert betrachtet - als krankheitsbezogene Angabe im Sinne der Vorschrift zu bewerten. 160

(4) 161

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Test im Gesamtzusammenhang als Teil der Werbung für die Produkte der Beklagten anzusehen ist. Art. 7 Abs. 4 LMIG bezieht die Werbung und Aufmachung von und für Lebensmittel ausdrücklich in die Verbote der Abs. 1 und 3 sowie das Gebot des 7 Abs. 2 LMIG ein. Da die Definition des Begriffs „Information über Lebensmittel“ in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a sehr weit gefasst ist, sind die meisten Fälle der Werbung und Aufmachung bereits hiervon erfasst. Neben der „rein“ klarstellenden Funktion besitzt Art. 7 Abs. 4 LMIG darüber hinaus auch eine Auffangfunktion, wonach alle weiteren denkbaren Fälle von Informationen von Abs. 4 erfasst werden, um einen lückenlosen Schutz des Verbrauchers vor Irreführung sicherzustellen. (Grube a.a.O. 162

Rn. 309 f). Der Begriff der Werbung ergibt sich gem. Art. 2 Abs. 1 Buchst. g LMIV aus der Definition der RL 2006/114/EG. Hiernach bedeutet Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistung einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Von „Informationen über Lebensmittel“ nicht umfasst ist die reine Image-Werbung eines Unternehmens (Grube a.a.O.; Rathke in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 171. El. Juli 2018 Art. 7 LMIV Rn. 46)).

Der sog. Diabetes-Test, welcher der Beklagten elektronisch übermittelt werden kann, ist ein Fragebogen, mit dem das Risiko einer Erkrankung abgeklärt werden könnte. Evident ist, dass der Test dazu dient, die mit der Werbung auf der Homepage angesprochenen Verbraucher weiter für das Thema Diabetes zu sensibilisieren. Letztlich bezweckt der Test eine Förderung des Absatzes der Produkte der Beklagten an diejenigen Verbraucher, die eine entsprechende Gefährdung (ggf. auch erst nach Durchführung des Tests) bei sich erkennen. 163

(5) 164

Die Werbung schreibt dem Produkt Eigenschaften der Vorbeugung oder Behandlung von Diabetes zu (bzw. erweckt zumindest den Eindruck dieser Eigenschaften). Eine Aussage bezieht sich auf eine Krankheit, wenn ein Zusammenhang zwischen der Wirkung und dem angepriesenen Lebensmittel behauptet wird (Rathke a.a.O. Rn. 448). Mit dem Begriff zuschreiben wird nach dem Sinnzusammenhang und dem Schutzzweck der Vorschrift jede Verbindung der Information, Werbung oder Aufmachung mit der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung durch das Lebensmittel erfasst. Dies gilt im Hinblick auf die Einbeziehung der Werbung und Aufmachung nicht nur für schriftliche Angaben, sondern für alle Hinweise auf Vorbeugung u.s.w., seien sie schriftlich, bildlich oder auf andere Weise. Auch nach allgemeinem Sprachverständnis beschränkt sich das Wort zuschreiben nicht auf schriftliche Angaben, sondern umfasst jede gedankliche Verbindung einer Eigenschaft mit einem Objekt. (Rathke a.a.O. Rn. 450f). 165

Der gesamte Internetauftritt der Beklagten enthält fortlaufend Informationen dazu, dass die Produkte günstige Wirkungen auf den Blutzuckerspiegel des Menschen haben. Durch die Einbettung des Tests in diese – für sich genommen gesundheitsbezogenen – Informationen erweckt die Beklagte damit den Eindruck, dass die Präparate zur Vorbeugung und Behandlung der Erkrankung Diabetes geeignet seien. Damit gibt der Test nicht nur weitergehende Information zur gesunden Lebensführung und Ernährung. 166

cc) 167

Der Verstoß ist auch spürbar im Sinne von § 3a UWG. Auch insoweit indiziert die Erstbegehung die Wiederholungsgefahr. Eine Verwirkung des Anspruchs kommt aus den dargelegten Gründen nicht in Betracht. 168

d) 169

Dem aktivlegitimierten Kläger steht gegen die Beklagte auch der unter Ziff. 1c) tenorierte Anspruch auf Unterlassen des Zugänglichmachens der Studie im Zusammenhang mit den Produkten „B“ und „B PLUS“ zu. Der Anspruch folgt aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 a UWG i.V.m. Art. 7 Abs. 3, Abs. 4a LMIV. 170

Auch insoweit ist darauf abzustellen, dass die Studie im Gesamtzusammenhang mit den sonstigen Aussagen zu bewerten ist, so dass diese Teil der Werbung der Beklagten ist. Die 171

Abrufbarkeit der Studie vermittelt ebenfalls den Eindruck, dass die Produkte der Beklagten der Vorbeugung oder Behandlung von Diabetes dienen, so dass dies aus den dargelegten Gründen unzulässig ist.

2. 172

Der Kläger hat gegen die Beklagte folglich auch ein Anspruch auf Ersatz pauschaler Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu. Einwendungen gegen Grund und Höhe des Anspruchs hat die Beklagte jedenfalls in zweiter Instanz nicht erhoben. 173

B. 174

Die Anschlussberufung des Klägers ist ebenfalls unbegründet. Der ursprünglich mit dem Antrag zu 1b) geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht ihm nicht zu. Der mit der Anschlussberufung erstmals gestellte Hilfsantrag ist zwar zulässig, hat in der Sache jedoch ebenfalls keinen Erfolg. 175

1. 176

Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich des erstinstanzlichen Klageantrags zu 1b) zu Recht abgewiesen. 177

a) 178

Der Anspruch folgt nicht aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3a UWG i.V.m. Art 10 HCVO. Es kann dahinstehen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Jedenfalls durfte die Beklagte die Produkte nach Art. 28 Abs. 2 HCVO weiter in Verkehr bringen, da bereits vor dem 01.01.2005 ein markenrechtlicher Schutz bestand. Der Senat verkennt dabei nicht, dass das Produkt „B Plus“ erst im Jahr 2005 – und damit nach dem Stichtag - in Verkehr gebracht wurde. Dem Kläger geht es mit dem in der Anschlussberufung weiter verfolgten Antrag darum, dass die Beklagte es unterlässt, die Produkte „B“ und „B Plus“ unter der Bezeichnung „B“ in den Verkehr zu bringen. Gerade diese Bezeichnung ist aber als eine vor dem Stichtag des Art. 28 Abs. 2 HCVO geschützte Wortmarke vom Anwendungsbereich der Übergangsregelung umfasst. 179

b) 180

Ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3a UWG i.V.m. Art. 7 Abs. 3, Abs. 4b) LMIV kommt ebenfalls nicht in Betracht. 181

Das Inverkehrbringen der Produkte unter der Bezeichnung „B“ stellt auch dann keine krankheitsbezogene Information/Werbung dar, wenn zugleich ein Hinweis auf den „Deutschen Diabetiker Bund“ oder auf Diabetes oder den Blutzuckerspiegel erfolgt. 182

Zutreffend ist zwar, dass die Produktbezeichnung vom angesprochenen Verkehrskreis bei Beachtung der situationsangemessenen Aufmerksamkeit kaum in dem Sinne verstanden werden dürfte, die die Beklagte ihr beizumessen wünscht. Vielmehr liegt es nahe, dass es sich um ein Produkt der Beklagten handelt, dass in irgendeinem Zusammenhang mit der Erkrankung Diabetes steht. Dies allein reicht jedoch nicht für die Annahme, dass den Produkten eine Eigenschaft der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung von Diabetes zuzuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen zugemessen wird. 183

184

Den als Anlage zur Klageschrift übermittelten Packungsbeilagen (Anlage K 6) ist zu entnehmen, dass die Beklagte auf der Verpackung jeweils den Namen des Produkts angibt und dieses als „Nahrungsergänzungsmittel mit Zimtextrakt“ bezeichnet (vgl. auch Anlage B 1). Die Zimtextraktkapseln werden als „Diätisches Lebensmittel zur besonderen Ernährung bei Diabetes mellitus im Rahmen eines Diätplans“ bezeichnet. Als offizieller Förderer wird der „Deutsche Diabetiker Bund“ angegeben.	
Zutreffend hat das Landgericht in diesem Zusammenhang festgestellt, dass es sich um Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos handelt. Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos sind in der Regel auch Angaben, die dem Verbot krankheitsbezogener Informationen gem. Art. 14 HCVO unterliegen. Das Verhältnis zwischen der Zulassung einer Angabe nach Art. 14 HCVO und dem Verbot des Art. 7 LMIV ergibt sich aus dem Wort „ungeachtet“ im Eingangssatz des Abs. 1 des Art. 14 HCVO. Es besagt nach dem Sinnzusammenhang, dass Zulassungen gemäß Art. 14 HCVO von dem Verbot des Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der RL 200/13 EG (gültig bis 12.12.2014) ausgenommen sind. . Der Inhalt des Art. 2 Abs. 1b der RL 2000/13 EG ist wortgleich überführt worden in Art. 7 Abs. 3 LMIV (vgl. Rathke/Hahn in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht 171 EL Juli 2018 – Art. 14 HCVO Rn. 6a m.w.N.). Daraus folgt, dass für den Fall, dass vorliegend Art. 14 HCVO einschlägig sein sollte, ein Verbot nach Art. 7 Abs. 3 LMIV nicht in Betracht kommt.	185
In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach Art. 14 Abs. 1 HCVO zwar Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos nur gemacht werden dürfen, wenn sie nach dem Verfahren der Artikel 15, 16, 17 und 19 HCVO zur Aufnahme in eine Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben und aller erforderlichen Bedingungen für die Verwendung dieser Angaben zugelassen worden sind. Da aber auch insoweit die Regelung des Art. 28 Abs. 2 HCVO zur Anwendung gelangt, sind die Angaben zulässig im Sinne der HCVO. Aus den dargelegten Gründen kommt aufgrund des Rangverhältnisses der Vorschriften ein Verbot nach Art. 7 Abs. 3 LMIV nicht in Betracht.	186
c)	187
Der Anspruch folgt auch nicht aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3a UWG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 NahrungsergänzungsmittelRL. Nach Art. 1 Abs. 5a HCVO gilt die HCVO unbeschadet der NahrungsergänzungsmittelRL. Daraus folgt, dass die Regelungen der HCVO vorrangig sind. Aus den dargelegten Gründen wäre die Angabe nach den Regelungen der HCVO zulässig, so dass ein Verbot nach der NahrungsergänzungsmittelRL nicht in Betracht kommt.	188
2.	189
Für den erstmals in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag ergibt sich insoweit keine abweichende rechtliche Bewertung.	190
III.	191
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO	192
Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht nicht. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.	193

