

„So wichtig wie das tägliche Glas Milch“

Eigener Leitsatz:

Der an Kinder gerichtete Werbeslogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch" für einen Fruchtquark ist irreführend. Beim relevanten Verkehrskreis wird der unzutreffende Eindruck erweckt, dass bei täglichem Konsum vergleichbare Vorteile wie bei einem Glas Milch zu erwarten sind. In Wahrheit enthält das Produkt auf dieselbe Menge bezogen ein Mehrfaches an Zucker als Vollmilch.

Oberlandesgericht Stuttgart

Urteil vom 03.02.2011

Az.: 2 U 61/10

Tenor:

1.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Vorsitzenden der 34. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 31. Mai 2010 (34 O 19/10 KfH) **abgeändert:**

(1)

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung 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 Euro 250.000,00; Ordnungshaft höchstens 2 Jahre, Ordnungshaft zu vollstrecken an ihren Vorstandsmitgliedern) zu

unterlassen, im Wettbewerb handelnd

Monsterbacke Früchtequark mit "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!"

zu bewerben oder bewerben zu lassen.

(2)

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Euro 208,65 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 16. März 2010 zu bezahlen.

2.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung wegen des Unterlassungsausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 Euro abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe erbringt.

Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 25.000 Euro

Gründe:

I.

Die Klägerin macht als Verband zur Förderung gewerblicher Interessen i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG gegen die Beklagte, eine Herstellerin von Milcherzeugnissen, einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend. Sie beanstandet, dass die Beklagte für einen von ihr unter der Bezeichnung "Monsterbacke" in Verkaufseinheiten von sechs 50g-Bechern vertriebenen Früchtequark (i. F. : Produkt) den auf der Oberseite der Verpackung des Sechsergebundes aufgebrachten Werbeslogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!" verwendet.

Das Sechsergebund bietet in schwarz-weiß (in Wirklichkeit ist die Verpackung bunt gestaltet, siehe K 1 nach Bl. 9) von oben folgenden Anblick:

(Abbildung)

Ferner begehrt sie Zahlung einer Abmahnkostenpauschale von 195 Euro zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit.

1.

Für die Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens in erster Instanz einschließlich der Antragstellung wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

2.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen.

Der Klägerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu.

Ein solcher ergebe sich nicht aus §§ 8 Abs. 1; 3; 4 Nr. 11 UWG, da weder ein Verstoß gegen das Irreführungsgebot aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB noch gegen die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.12.2006 über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln

(i. F.: VNGA, häufig und auch vom Landgericht als Health-Claims-Verordnung – HCVO – bezeichnet) vorliege.

Der beanstandete Slogan stelle darauf ab, dass das beworbene Produkt dieselbe Bedeutung für die tägliche Ernährung, insbesondere für die von Kindern habe, wie ein Glas Milch. Zwar sei davon auszugehen, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise mit dem Konsum von Milch allgemein Vorteile für die Ernährung, insbesondere für die von Kindern, verbinde. Darin würde sich jedoch die Assoziation des interessierten Durchschnittsverbrauchers, der diese Information aufgrund der konkreten Aufmachung der Verpackung und situationsbedingt allenfalls flüchtig wahrnehme, im Wesentlichen erschöpfen. Er wisse nämlich, dass Früchtequark nur ein Erzeugnis aus der Obergruppe der Milchprodukte sei und werde daher das Produkt – schon aufgrund der diesem beigefügten weiteren Zutaten (Fruchtanteil) – nicht mit den Inhaltsstoffen der Milch als solcher austauschbar gleichsetzen.

Er werde aber auch nicht dadurch irregeführt, dass die Bedeutung des Produkts für die Ernährung mit der von Milch als gleichwertig bzw. vergleichbar dargestellt werde:

Der fehlende Hinweis darauf, dass der Kalziumanteil eines Glases mit 200 ml Milch gegenüber einem Becher der Verpackungseinheit höher sei, stelle keine Irreführung dar, denn auf einen bestimmten Inhaltsstoff der Milch werde in der Werbung nicht abgestellt.

Selbst wenn der Verbraucher mit Milch die Vorstellung von Kalziumreichtum verbände, könne nicht angenommen werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise bei der Bezugsmenge "ein Glas" an ein Fassungsvermögen von 200 ml dächten. Aufgrund der nur allgemeinen Bezugnahme auf ein nicht näher nach Fassungsvermögen konkretisiertes Glas erwarte der Verkehr auch nicht, dass ein Becher des Produkts denselben Mineralstoffgehalt wie das nicht näher bestimmte Glas Milch

aufweise. Darüber hinaus bewerbe der Slogan schon durch seine Gestaltung als Schriftzug auf der Oberseite die gesamte Verpackungseinheit und nicht nur den einzelnen Becher.

Auch durch den fehlenden Hinweis darauf, dass eine gleiche Menge des Produktes verglichen mit Milch einen ca. 2,8-fach erhöhten Zuckeranteil enthalte, erfolge keine Irreführung. Da der Verkehr das Produkt nicht als austauschbar mit Milch, sondern als Ergänzung begreife, erwarte er nicht, dass sich die jeweiligen Anteile der übereinstimmend vorhandenen Inhaltsstoffe deckten. Schließlich würde der an einer ausgewogenen Ernährung interessierte und verständige Verbraucher das auf der Seite der Verpackungseinheit abgedruckte Zutatenverzeichnis lesen, das den Zuckeranteil, bezogen auf 100 g objektiv richtig wiedergebe, und aufgrund dieser Information auch den jeweiligen Nährstoffanteil des beworbenen Produktes einordnen können. Soweit die Klägerin weiter meine, die Zutatenliste sei nicht ordnungsgemäß aufgebracht, sei dies nicht ersichtlich und fehlten die hierzu angekündigten weiteren Darlegungen.

Auch ein Verstoß gegen Art. 8 VNGA liege nicht vor, da der Slogan keine nährwertbezogene Angabe i. S. d. VNGA enthalte.

Solche seien nach der Legaldefinition in deren Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 VNGA nur Angaben, mit denen erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht werde, ein Lebensmittel besitze besondere positive Nährwerteigenschaften, und zwar aufgrund der Energie-/Brennwerte, die es liefere oder der Nährstoffe, die es enthalte oder nicht enthalte. Der Slogan mache aber weder eine ausdrückliche noch eine mittelbare Aussage zum Gehalt eines bestimmten Nährstoffes in dem beworbenen Produkt.

Die im beanstandeten Slogan zum Ausdruck kommende Empfehlung, das Produkt neben dem Glas Milch auf den täglichen Ernährungsplan zu setzen, bleibe in Ansehung der darin enthaltenen Nährstoffe unspezifisch. Wenn mit dem Begriff

"Milch" Vorstellungen über deren Eigenschaften, etwa dem Kalziumreichtum, verbunden würden, werde keine Aussage über einen etwaigen Mineralstoffgehalt des beworbenen Produkts getroffen. Es werde nur auf die Bedeutung/die Wichtigkeit des Produkts für die Ernährung, bezogen auf ein Glas Milch pro Tag abgestellt, was jedoch nur als eine allgemeine Anpreisung i. S. einer nicht ernstzunehmenden Übertreibung wahrgenommen werde.

Auch ein Verstoß gegen Art. 10 VNGA scheidet unbeschadet der Frage, ob Art. 10 Abs. 2 NVGA schon anwendbar sei, wogegen Einiges spreche, aus, denn der Slogan unterfalle nicht dem Anwendungsbereich der VNGA, weil er keine gesundheitsbezogene Aussage i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA darstelle. Der Verbraucher verstehe den Slogan nicht so, dass sich der Genuss des beworbenen Produkts positiv auf den körperlichen Organismus auswirke, er werde von ihm vielmehr als nicht ernstzunehmende Übertreibung wahrgenommen. Die Stellungnahme der Europäischen Kommission (Anlage BK 3, nach Bl. 28) spreche auch dafür, dass allgemeine Anpreisungen wie "Haribo macht Kinder froh" oder "So wertvoll wie ein kleines Steak" keine gesundheitsbezogenen Aussagen i. S. d. VNGA darstellen sollten. Der Slogan gleiche dem zuletzt genannten Beispiel.

Mangels Irreführung griffen auch die §§ 3; 5; 5 a UWG nicht ein.

3.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Klägerin unter pauschaler Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts verstoße die Werbeaussage gegen § 11 Abs. 1 LFGB.

Zutreffend nehme das Landgericht zwar noch an, der Slogan stelle darauf ab, der beworbene Früchtequark habe dieselbe Wichtigkeit für die tägliche Ernährung, insbesondere für die

von Kindern, wie ein Glas Milch.

Soweit das Landgericht (LGu S. 6) die Auffassung vertrete, die Werbeaussage trete nicht besonders hervor und werde vom Durchschnittsverbraucher wenn überhaupt, dann nur flüchtig wahrgenommen, sei dies von keiner der Parteien thematisiert worden. Da das Landgericht zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen habe, dass es seine Entscheidung auch auf diesen Gesichtspunkt stützen möchte, liege ein Verstoß gegen § 139 ZPO vor. Die Ansicht des Landgerichts sei bereits durch die Gestaltung der Verpackung deutlich widerlegt.

Dem Landgericht sei auch darin zuzustimmen, dass weite Teile der Verbraucher davon ausgingen, dass Milch Vorteile für die Ernährung, insbesondere von Kindern habe. Der gesamten Aufmachung nach richte sich das Produkt auch an Kinder. Es hätte dann aber näherer Begründung bedurft, warum der Verbraucher nicht dadurch irreführt werde, dass durch den Slogan die Bedeutung des Produkts für die Ernährung mit der von Milch als gleichwertig bzw. vergleichbar dargestellt werde, wie das Landgericht auf LGu S. 6 unten zu Recht annehme. Widersprüchlich sei dann, warum trotz der auch vom Landgericht gesehenen Gleichwertigkeit bzw. Vergleichbarkeit mit Milch (konkret mit "dem täglichen Glas Milch") die angesprochenen Verkehrskreise das streitgegenständliche Produkt nicht als "austauschbar", sondern (nur) als "Ergänzung" zur Milch begreifen sollten (so LGu, S. 7 unten). Bei einem mit Milch gleichwertigen oder vergleichbaren Produkt bestehe für den Verbraucher nämlich bereits denklogisch keine Veranlassung, dieses als Ergänzung zur Milch zu sich zu nehmen oder seinen Kindern zu geben, vielmehr habe er Veranlassung, das Produkt statt Milch einzusetzen; umso mehr, als es einen nicht geringen Anteil von Kindern gebe, die reine Milch nicht mögen würden.

Es liege ein ganz konkreter Vergleich mit einem ganz konkreten Produkt vor, nicht nur eine pauschale, nicht ernstgemeinte Werbeaussage.

Die Aussage, die sich als einzige auf der dem Verkehr besonders auffallenden Oberseite der Verpackung ausdrücklich mit der "Wertigkeit" des Produkts befasse und die schon deswegen besonders relevant sei, stelle nicht etwa allgemein darauf ab, dass das Produkt so wichtig "wie Milch" sei, vielmehr solle es so wichtig sein wie "das tägliche Glas Milch", womit ausdrücklich auf das eine Glas Milch Bezug genommen werde, das nach verbreiteter Auffassung jeder oder zumindest jedes Kind täglich trinken solle.

Zwar sei dem Landgericht zuzugeben, dass der Verkehr mit der Angabe "ein Glas Milch" nicht zwingend ein solches mit 200 ml Fassungsvermögen verbinde, soweit das Landgericht auf S. 7 der Urteilsbegründung auf die Menge "0,5 l Milch" hinweise, verstärke dies aber gerade ihre Argumentation. Stelle die Beklagte mit der Werbeaussage ausdrücklich auf "das Glas Milch", also ein Glas ab, wecke dies beim Verbraucher durchaus die Vorstellung, der Gehalt entspreche dem eines handelsüblichen Glases Milch, und ein solches habe jedenfalls nicht lediglich 50 ml Inhalt. Nur dann wäre aber von der gleichen Menge Kalzium auszugehen.

An der dadurch bewirkten Irreführung ändere sich auch nichts dadurch, dass die Werbeaussage quer auf der Gesamtverpackung angebracht sei, denn dennoch sei nicht davon auszugehen, dass der Verkehr annehme, ein Kind müsse gleich die gesamten sechs Becher pro Tag essen, um etwas zu sich zu nehmen, das "so wichtig wie das tägliche Glas Milch" sei.

Wenn das Landgericht (LGu S. 7) zu dem Schluss komme, die Werbeaussage stelle nicht auf den Kalziumgehalt ab – was tatsächlich aber der Fall sei, nämlich auf die weitverbreitete Vorstellung, ein tägliches Glas Milch sei für Kinder wichtig, speziell für den Knochenaufbau – hätte es darlegen müssen, woraus sich die "Wichtigkeit" ansonsten ergeben solle. Außerdem habe es ihren Beweisantritt auf S. 3 ihres Schriftsatzes vom 21.04.2010 (Bl. 31, Verkehrsbefragung) übergangen.

Abstrakt habe das Landgericht zwar Recht, dass ein Produkt auch deswegen "so wichtig wie das tägliche Glas Milch" sein könne, weil es andere "wichtige" Inhaltsstoffe enthalte. Dies sei aber nicht einmal von der Beklagten vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.

Unzutreffend sei auch die Argumentation, mit der das Landgericht eine Fehlvorstellung wegen des im Vergleich zu Milch erheblich höheren Zuckergehalts verneine. Da allgemein bekannt sei, dass die Ernährung (auch) von Kindern eher zu zuckerhaltig sei, sei der Zuckergehalt eines Produkts für dessen "Wichtigkeit" ein ganz wesentlicher Faktor.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts liege auch ein Verstoß gegen Art. 8 und Art. 10 VNGA vor.

Angesichts der allgemein verbreiteten Auffassung, Milch sei vor allem wichtig für die Knochen, speziell von Kindern, aber auch älteren Menschen, liege zumindest eine mittelbare Bezugnahme hierauf vor. In einer hier gegebenen unmittelbaren Bezugnahme auf die "Wichtigkeit" von Milch sei zumindest eine mittelbare Bezugnahme auf den (einen) Inhaltsstoff zu sehen, der Milch "wichtig" mache, nämlich Kalzium. Nach der NVGA genüge aber ausdrücklich eine "mittelbare Bezugnahme".

Zu Unrecht gehe das Landgericht offenbar davon aus, dass es sich um einen Fall reklamehafter Übertreibung handele, denn die Werbeaussage enthalte eine objektiv nachprüfbare Aussage. Das Landgericht lege auch nicht näher dar, wie es zu der Schlussfolgerung komme, es handele sich um eine allgemeine Anpreisung mit einer nicht ernstzunehmenden Übertreibung.

Es sei auch ein Verstoß gegen Art. 10 VNGA gegeben. Eine gesundheitsbezogene Angabe liege vor, denn verbänden weite Teile der Bevölkerung mit dem Konsum von Milch allgemeine Vorteile für die Ernährung, insbesondere für die von Kindern und liege dieser Vorteil in der gesundheitlich positiven Wirkung, so werde ihr durch eine Werbeaussage, die wie

vorliegend beinhalte, das Produkt sei "gleichwertig bzw. vergleichbar", dennotwendig ebenfalls eine entsprechende positive Wirkung zugeschrieben.

Auch Art. 10 Abs. 3 NVGA werde verletzt, weil in dem Slogan ein Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder zumindest das gesundheitsbezogene Wohlbefinden liege, ohne dass ihm eine in einer der Listen nach Art. 13 oder 14 VNGA enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt sei.

Unerheblich sei, dass die Kommission mit der Erstellung der Liste zulässiger Angaben nach Art. 13 VNGA in Rückstand sei; die Übergangsvorschriften in Art. 28 Abs. 5 und 6 VNGA würden der Beklagten nur zugutekommen, wenn sie eine entsprechende Angabe beantragt hätte, was sie aber selbst nicht vortrage.

Unerheblich sei, dass die Kommission mit der Erstellung der Liste zulässiger Angaben nach Art. 13 VNGA in Rückstand sei; die Übergangsvorschriften in Art. 28 Abs. 5 und 6 VNGA würden der Beklagten nur zugutekommen, wenn sie eine entsprechende Angabe beantragt hätte, was sie aber selbst nicht vortrage.

Die Klägerin beantragt:

1. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 31.05.2010, Az. 34 O 19/10 KfH, wird die Beklagte verurteilt,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung 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 Euro 250.000,00; Ordnungshaft höchstens 2 Jahre) zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd

Monsterbacke Früchtequark mit "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!"

zu bewerben oder bewerben zu lassen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Euro 208,65 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Hilfsweise:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart, Az. 34 O 19/10 KfH, wird aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung an das Gericht I. Instanz zurückverwiesen.

Die Beklagte beantragt:

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil unter pauschaler Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Ihr beanstandeter Slogan stelle zwar einen Vergleich her zwischen Milch einerseits und ihrem Produkt andererseits. Beide seien aber hinsichtlich ihrer Nährwerte vergleichbar; konkrete Vergleichsparameter führe die Werbeangabe nicht an.

Durch einen 50-g-Becher des Produktes würden selbst bei einem Kind nur 14,4 % des täglichen Zuckerbedarfs gedeckt. Zwar sei der Zuckergehalt in ihrem Erzeugnis in etwa mehr als doppelt so hoch als der von Kuhmilch, beide Werte bewegten sich aber auf sehr niedrigem Niveau.

Die Nährwertbilanz wäre nur dann ungleich, wenn – wie der Kläger unzutreffend behaupte – ein 50-g-Becher des Früchtequarks mit einem Glas Milch mit 200 ml verglichen würde. Es sei aber unrealistisch, dass ein Kind mit einer Portion Milch 0,2 ml trinke; realistisch dürften eher 100 ml sein. Umgekehrt können Kinder von dem Produkt sicherlich leicht auch zwei Becher verzehren.

Ferner unterstelle die Klägerin dem Stichwort "Milch" eine

Aussage bzw. Suggestivkraft, die es nicht habe. Ein Begriff wie "Milch" und auch der angegriffene Slogan erschöpften sich in einem Beschaffenheitshinweis und stellten keine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe dar, so dass die VNGA nicht einschlägig sei.

Nährwertbezogene Angaben i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA seien nur solche, in denen zum Ausdruck gebracht werde, dass ein Lebensmittel besonders positive Nährwerteigenschaften besitze. I. d. R. würden nur Angaben über spezifische, in Lebensmitteln oder Lebensmittelzutaten enthaltene Stoffe, die eine ernährungsphysiologische Funktion hätten, derartige Angaben darstellen.

Bei der Abgrenzung sei zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine enge Auslegung der Verbotstatbestände der Verordnung geboten sei, da Angaben über besonders positive Eigenschaften i. S. d. VNGA nach deren Art. 8 per se unabhängig von einer Irreführung verboten seien, wenn sie nicht im Katalog der zugelassenen nährwertbezogenen Angaben gemäß dem Anhang zur Verordnung aufgeführt seien.

Verweise auf allgemeine Vorzüge eines Lebensmittels oder einer Lebensmittelkategorie sowie eine bloße Beschaffenheitsangabe stellten keine Angabe "besonderer positiver Nährwerteigenschaften" i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA dar. So liege es bei dem hier im Streit befindlichen Slogan, denn dieser vermittele dem Verbraucher lediglich, dass in dem Produkt ein dem Alternativlebensmittel Milch vergleichbares Lebensmittel enthalten sei, während weitergehende Angaben über spezifische Inhaltsstoffe, die eine ernährungsphysiologische Funktion hätten, nicht gemacht würden (keine explizite Auslobung des Gehalts an Kalzium oder Vitaminen). Nährwertbezogen seien etwa Angaben wie "kalziumhaltig", nicht aber die sich auf Nennung eines Begriffs als solchen erschöpfenden Hinweise wie "Milch", und sei ihr Verzehr laut Slogan auch "wichtig".

Es liege auch keine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA vor. Es wäre ein Fehlverständnis der VNGA, zu meinen, bereits die Suggestivkraft einzelner Worte wie "Milch" zeige einen Gesundheitsbezug auf. Art. 10 Abs. 3 VNGA zeige das Gegenteil. Wie auch die Entstehungsgeschichte zeige, seien Angaben über das "allgemeine Wohlbefinden" bewusst nicht aufgenommen worden, sodass Angaben wie "Hält Sie jung", "Haribo macht Kinder froh", "So wertvoll wie ein kleines Steak" oder "Red Bull verleiht Flügel" weiter zulässig seien. Nichts anderes könne dann für den Slogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch" gelten. Art. 10 Abs. 3 VNGA zeige zwar, dass auch unspezifische "Health Claims" von der Verordnung erfasst sein könnten, aber nur wenn zumindest irgendein Gesundheitshinweis gemacht werde, woran es vorliegend fehle.

Art. 10 Abs. 2 VNGA sei derzeit noch nicht anzuwenden, auch wenn diese Norm in Art. 28 Abs. 5 VNGA nicht ausdrücklich aufgeführt sei; dies folge aus der systematischen Stellung zwischen Art. 10 Abs. 1 und 3. Im Übrigen könne die Vorgabe, dass bei der Verwendung von gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 10 Abs. 2 b) VNGA Informationen zur Menge des Lebensmittels und zum Verzehrsmuster, die erforderlich seien, um die behauptete positive Wirkung zu erzielen, nur dann Pflicht sein, wenn für einen bestimmten ausgelobten Effekt auch tatsächlich die Aufnahme bestimmter Mengen oder ein bestimmtes Verzehrsmuster erforderlich seien.

4.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung (23.12.2010) eingereichten Schriftsätze sowie die Verhandlungsniederschrift verwiesen (§§ 525, 313 Abs. 2 S. 2 ZPO).

5.

In einem nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 30.12.2010 (Bl. 109 ff.) hat der Kläger zu verschiedenen Punkten

vorgetragen.

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Die Berufung ist auch begründet.

A.

Die Klage ist zulässig, weil die Klägerin als Verband i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 prozessführungsbefugt ist.

Die Vorschriften des § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG haben eine Doppelnatur und regeln auch die Prozessführungsbefugnis (so die ständige Rechtsprechung, aus neuerer Zeit etwa BGH GRUR 2007, 610 Tz. 14 – Sammelmitgliedschaft V), sind also von Amts wegen zu prüfen (BGH, ebenda).

Bei der Klägerin wird allerdings in ständiger Rechtsprechung angenommen, sie erfülle die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, wobei sie die Anforderung der Zugehörigkeit einer erheblichen Zahl von Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, bereits über die Mitgliedschaft der Industrie- und Handelskammern erfüllt; ein solcher Verband ist nämlich stets anspruchsberechtigt (BGH GRUR 1997, 758, 759 – Selbst ernannter Sachverständiger; BGH NJWE-WettbR 1996, 18; BGH NJW 1995, 724, 725 – Laienwerbung für Optiker; Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 8 Rdnr. 3.43; Fezer-Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 258).

B.

Die Klage ist auch begründet, da der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht, denn der angegriffene Werbeslogan für das Produkt der Beklagten ist wettbewerbswidrig. Damit besteht auch der mit Klagantrag Ziff.

2 geltend gemachte Aufwendungsersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in Form einer Aufwandspauschale.

1.

Ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1; 3; § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. den Vorschriften der VNGA ist allerdings nicht gegeben.

a)

Die speziellen Werbeverbote der VNGA sind Marktverhaltensregelungen i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2010, 291; Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdnr. 11.137 a und mit zutreffender ausführlicher Begründung in ZLR 2008, 135, 140 f.; Harte/Henning, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Rdnr. 104; Hagenmeyer, WRP 2010, 492, 499 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 58).

Dabei ist die – VNGA jedenfalls was die hier in Frage stehende Werbung für Lebensmittel mit gesundheitsbezogenen und nährwertbezogenen Angaben im Verhältnis zum Verbraucher (B2C-Verkehr) angeht – abschließend, auch gegenüber der UGP-Richtlinie (siehe Köhler, ZLR 2008, 135, 138), so dass etwa eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle der Lebensmittelwerbung mit gesundheitsbezogenen Angaben gegenüber Verbrauchern am Maßstab des § 5 UWG ausgeschlossen ist (Köhler, ebenda). Sie ist aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung und des Anwendungsvorrangs des Europarechts auch sonst, insbes, gegenüber § 11 LFBG, vorrangig zu prüfen (vgl. Art. 21 VNGA, wo der Wille zur abschließenden Regelung i. S. einer Vollharmonisierung zum Ausdruck kommt).

b)

Zu Recht hat das Landgericht aber angenommen, ein Verstoß gegen die VNGA scheidet bereits deshalb aus, weil der auf dem Produkt der Beklagten angegebene Slogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!" weder eine gesundheitsbezogene Angabe

noch eine nährwertbezogene Angabe darstelle. Damit ist nach Art. 1 Abs. 2 VNGA deren Anwendungsbereich bereits nicht eröffnet.

Im Einzelnen:

aa)

In Übereinstimmung mit Landgericht und Beklagter und entgegen der Ansicht der Klägerin liegt in der beanstandeten Werbung keine nährwertbezogene Angabe i. S. d. Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 VNGA.

(1)

Bei deren Auslegung ist insbesondere Folgendes zu bedenken:

(a)

"Nährwertbezogene" Angaben müssen sich nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 a) und b) VNGA entweder auf die Energie (den Brennwert) oder "Nährstoffe oder andere Substanzen" beziehen.

(b)

Eine nährwertbezogene Angabe liegt nur vor, wenn unmittelbar oder mittelbar erklärt wird, ein Lebensmittel habe besondere (Hervorhebung durch den Senat) positive Nährwerteigenschaften. Dies spricht dafür, dass ein Verweis auf allgemeine Vorzüge des Lebensmittels oder einer Lebensmittelkategorie nicht als nährwertbezogene Angabe anzusehen ist (Meisterernst, WRP 2010, 481, 484).

Streitig ist dabei, ob auch objektive Beschaffenheitsangaben nährwertbezogene Angaben sein können (dazu Meisterernst, a.a.O., 484 f., der dies verneint). Dagegen spricht, dass nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA jede "Angabe" zum Ausdruck bringen muss, dass ein Lebensmittel besondere (Hervorhebungen durch den Senat) Eigenschaften besitzt, was bei bloßen Sachinformationen verneint werden könnte (so Fezer-Meyer, UWG,

2. Aufl., § 4-54 Rdnr. 296). Diese Sicht ist aber nicht zwingend; die Formulierung "besondere Eigenschaften" könnte auch dahingehend verstanden werden, dass nur solche Angaben nicht erfasst sein sollen, die sich auf allgemeine – und nicht besondere – Eigenschaften des konkreten Lebensmittels beziehen (so etwa Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 111 Art. 2 Rdnr. 26 mit den Beispielen "Lebensmittel sind Mittel zum Leben" und "Fett gehört zur Ernährung").

(c)

Durch die Tatbestandsmerkmale "erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht" soll sichergestellt werden, dass auch Angaben erfasst werden, mit denen die Eigenschaft des Lebensmittels nicht direkt angesprochen werden. "Mittelbar" sind dabei Erklärungen, die erst durch bewusste oder unbewusste Assoziationen einen Bezug auf die Eigenschaft des Lebensmittels ergeben, die also einen bestimmten Eindruck vermitteln (Zipfel/Rathke, a.a.O., C 111 Art. 2 Rdnr. 27). Da sich die Verbote der Verordnung im Vorfeld des Schutzes vor Täuschung bewegen, ist für den Begriff "Angabe" der Eindruck maßgebend, der bei den angesprochenen Verkehrskreisen entsteht; handelt es sich um Verbraucher, ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 VNGA auf den durchschnittlichen Verbraucher abzustellen (Zipfel/Rathke, a.a.O., Art. 2 Rdnr. 28). Dabei ist auf den vom EuGH entwickelten Maßstab des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen, wie sich aus Erwägungsgrund 16 (aktuelle Fassung: 15) zur VNGA ausdrücklich ergibt, wobei aber dann, wenn sich eine Angabe speziell an eine besondere Verbrauchergruppe wie z.B. Kinder richtet, die Auswirkung der Angabe aus Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser Gruppe zu beurteilen ist. Damit liegt – anders als Zipfel/Rathke (a.a.O., C 111, Art. 5 Rdnr. 24) meinen – keine Abweichung vom allgemeinen (europäischen) Verbraucherleitbild vor, wie auch Art. 5 Abs. 3 S. 1 der UGP-Richtlinie und der in deren Umsetzung erlassene neue § 3 Abs.

2 S. 2 UWG zeigen.

(d)

Bei einer systematischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass die VNGA in Art. 5 allgemeine Bedingungen für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben aufstellt (insbesondere in Abs. 1 a) und b)) und in Art. 8 f. besondere Bedingungen für nährwertbezogene Angaben, insbesondere dass nach Art. 8 Abs. 1 nährwertbezogene Angaben nur gemacht werden dürfen, wenn sie im Anhang zur Verordnung aufgeführt sind. Diese an nährwertbezogene Angaben gestellten Anforderungen lassen durchaus Rückschlüsse darauf zu, was der Verordnungsgeber überhaupt als nährwertbezogene Angabe ansieht.

(e)

Zutreffend nimmt aufgrund dieser Auslegungskriterien Meisterernst (WRP 2010, 481, 485) an, dass allgemein bekannte Eigenschaften oder nichtssagende anpreisende Auslobungen keine nährwertbezogenen Angaben darstellen.

(2)

Angewandt auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt ergibt sich bei Beachtung der unter (1) genannten Aspekte Folgendes:

(a)

in Betracht kommt vorliegend lediglich eine gesundheitsbezogene Angabe i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 und nicht Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA, nachdem Nährstoffe gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 auch Mineralstoffe sind und damit auch Kalzium, auf dessen Gehalt nach dem Vortrag der Klägerin der angegriffene Slogan zumindest mittelbar abstelle.

(b)

Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Produkt, wie die Bezeichnung "Monsterbacke" und die (auch bildliche)

Gestaltung des Produkts insgesamt zeigt (vgl. Anl. K 1 u. K 2 zur Klageschrift, nach Bl. 9), für Kinder bestimmt ist und insbesondere – wie die Klägerin zu Recht annimmt (Klageschrift S. 5 = Bl. 5) – Kinder sich durch das Produkt angesprochen fühlen sollen, um dann auf ihre Eltern einzuwirken, dieses zu kaufen, liegt bei dem angegriffenen Slogan für den hier in Frage stehenden Früchtequark keine Auslobung vor, die eine besondere Eigenschaft eines Nährstoffs oder einer anderen Substanz herausstellt, so dass nach den oben unter (1) beschriebenen Grundsätzen keine nährwertbezogene Angabe vorliegt. Dies hat auch das Landgericht mit der Formulierung, es handele sich um eine allgemeine Anpreisung (LGu S. 8 unten), ausdrücken wollen.

Die Angriffe der Berufung hiergegen haben im Ergebnis keinen Erfolg:

(aa)

Zwar handelt es sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht um eine objektive Beschaffenheitsangabe, denn dass ein Produkt "so wichtig wie" etwas anderes ist, stellt keine Angabe über objektive Eigenschaften des Produkts selbst dar, sondern letztlich einen Vergleich. Die Frage, ob auch Beschaffenheitsangaben nährwertbezogene Angaben darstellen können, muss vorliegend also nicht entschieden werden.

(bb)

Der Slogan enthält aber nicht wie erforderlich eine nährwertbezogene Angabe i.S. einer Angabe zu besonderen positiven Eigenschaften:

Nach Art. 5 Abs. 1 a) VNGA ist die Verwendung nährwertbezogener Angaben nur zulässig, wenn nachgewiesen ist, dass eine positive ernährungsbezogene oder physiologische Wirkung vorhanden ist. Diese Regelung weist darauf hin, dass

mit der Angabe eine solche Wirkung behauptet werden muss, wenn es sich um eine nährwertbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA handeln soll. Das nimmt für gesundheitsbezogene Angaben auch das BVerwG an (Vorlagebeschluss vom 23.09.2010, 3 C 36/09 Rdnr. 12 in Juris). Aufgrund des Umstands, dass die Vorschrift des Art. 5 für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben gleichermaßen gilt, kann für erstere aber nichts anderes gelten.

Bei einer unspezifischen Angabe, wie sie hier in Frage steht, wird eine solche Wirkung aber nicht behauptet.

Zudem zeigen auch die Überschriften des Anhangs zu Art. 8 Abs. 1 der Verordnung, welche die ausdrücklich zugelassene nährwertbezogenen Angaben enthalten, dass der Verordnungsgeber trotz der weiten Formulierung "erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird" in Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA doch offenbar davon ausgeht, dass es sich bei einer nährwertbezogenen Angabe um eine recht spezifischen, konkreten Aussage handeln muss (wie etwa in Fällen LG Düsseldorf, GRUR-RR 2008, 439, wo für ein Getränk mit den Aussagen "mit viel Calcium, Magnesium", "... ist calciumreich" und "weitere wichtige Bestandteile sind Calcium und Magnesium" geworben wurde, und LG Frankfurt, Beschluss vom 05.10.2009, 3-11 0 135/09, angeführt bei Hagenmeyer, WRP 2010, 492 in Fn. 5, wo die Angabe "mit der Extraportion Calcium" lautete). – So liegt der vorliegende Fall aber gerade nicht.

bb)

Auch ein Verstoß gegen Art. 10 VNGA ist nicht gegeben, weil keine gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA und auch kein Verweis auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden i.S.v. Art. 10 Abs. 3 VNGA vorliegt.

(1)

Grundsätzlich sind aufgrund der gleichen Struktur und der vergleichbaren Formulierungen bei Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 und Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA für den Begriff der gesundheitsbezogenen Angaben dieselben Auslegungskriterien heranzuziehen wie für den Begriff der nährwertbezogenen Angaben mit dem Unterschied, dass für eine systematische Auslegung anstelle der nur für nährwertbezogene Angaben geltenden Vorschriften des Kapitels III (Art. 8 f.) diejenigen des Kapitel IV (Art. 10 ff.) heranzuziehen sind.

(2)

Dabei ergibt sich, dass die Verwendung des Slogans "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!" keine gesundheitsbezogene Angabe i.S. der VNGA darstellt:

Wie eine systematische Auslegung insbesondere unter Einbeziehung des Art. 13 VNGA zeigt, muss die Angabe die Bedeutung des Lebensmittels oder eines in diesem enthaltenen Stoffes entsprechend den Kategorien von gesundheitsbezogenen Angaben gem. Art. 13, 14 u. 10 Abs. 3 VNGA ausloben (so zu Recht Meisterernst, WRP 2010, 484, 492 f.), etwa Körperfunktionen i. S. des Art. 13 Abs. 1 a) VNGA in Bezug nehmen. Auch das OLG Düsseldorf spricht in seinem Urteil vom 23.03.2010 (GRUR-RR 2010, 291) im Rahmen der Prüfung, ob bestimmte Aussagen gesundheitsbezogene Angaben sind, von deren "Bezug auf konkrete Körperfunktionen", die durch das Produkt positiv beeinflusst werden sollen (a.a.O., 292, dort "appetitanregend" und "verdauungsfördernd").

Ein derartiger Bezug auf konkrete Körperfunktionen wird mit dem angegriffenen Slogan aber gerade nicht hergestellt.

Dem steht die Regelung in Art. 10 Abs. 3 VNGA schon deshalb nicht entgegen, weil angesichts des Erfordernisses, eine Angabe müsse besondere Eigenschaften zum Ausdruck bringen, nicht spezifische Vorteile wie sie in Art. 10 Abs. 3 VNGA angesprochen sind, keine Angabe darstellen können. Dagegen,

dass Verweise i.S.d. Art. 10 Abs. 3 auch gesundheitsbezogene Angaben i.S.d. Definition des Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA sind, sprechen auch der Begriff "Verweis" und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift (zu dieser Zipfel/Rathke, a.a.O., C 111 Art. 2 Rdnr. 46; Meisterernst/Haber, WRP 2007, 363, 378). Soweit demgegenüber das BVerwG meint (a.a.O., Rdnr. 16 in Juris), die Definition in Art. 2 Abs. 2 Ziff. 5 VNGA unterscheidet nicht zwischen spezifischen und unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben und für letztere führe Art. 10 Abs. 3 VNGA lediglich eine zusätzliche Voraussetzung auf, kann dessen Argumentation nicht überzeugen, denn auf die für jede gesundheitsbezogene Angabe geltende Voraussetzung "der besonderen Eigenschaften" geht es nicht ein.

(3)

Ein Verweis i.S.v. Art. 10 Abs. 3 VNGA liegt ebenfalls nicht vor:

(a)

Voraussetzung wäre, dass der Slogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!" für einen Früchtequark auf Vorteile eines Nährstoffs oder des Lebensmittels selbst in Bezug auf die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene (Hervorhebung durch den Senat) Wohlbefinden verwies. Nur solche Verweise sind von Art. 10 Abs. 3 erfasst, während demgegenüber Angaben, die sich nur auf das allgemeine Wohlbefinden beziehen, nicht genügen, wie neben dem Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte zeigt (Meisterernst/Haber, WRP 2007, 363, 375 f.; Hagenmeyer, WRP 2010, 492, 493).

Ferner muss es sich um Aussagen handeln, die aufgrund ihres pauschalen Charakters nicht Gegenstand einer Zulassung gemäß Art. 13 oder 14 VNGA sein könnten, die sich also auf die Bedeutung eines Nährstoffs oder einer anderen Substanz für die in Art. 13 aufgeführten Funktionen/Eigenschaften oder die Verringerung eines Krankheitsrisikos i.S.v. Art. 14 Abs. 1,

Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 beziehen, aber aufgrund ihrer unspezifischen und allgemeinen Formulierung nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein könnten (Meisterernst/Haber, a.a.O., 378).

Gemeint sind also Aussagen wie "Reinigt ihren Organismus", "Verlangsamt den Alterungsprozess", "(Produktname) – das gesunde Frühstück", "(Produktname) – mit gesunden Ballaststoffen", "Hilft Ihrem Körper, besser mit Stress fertig zu werden", "Trägt zu einem ausgeglichenen Stoffwechsel bei", "Mit (Produktname) lebst du gesund", "Gut für die Gesundheit von Bergsteigern" oder "Empfehlenswert für die Gesundheit von Sportlern" (Beispiele aus Meisterernst/Haber, a.a.O., 375, 378; Fezer-Meyer, a.a.O., § 4 – S4 Rdnr. 325, und Zipfel/Rathke, a.a.O., C 111 Art. 10 Rdnr. 34). Nur auf das allgemeine Wohlbefinden bezogen sind demgegenüber etwa Angaben wie "Wirkt sich positiv auf Ihr Wohlbefinden aus" (Beispiel bei Fezer-Meyer, a.a.O., § 4-S4 Rdnr. 326).

Nicht erfasst sein sollen auch Werbesprüche wie "Haribo macht Kinder froh", "Red Bull verleiht Flügel", "So wertvoll wie ein kleines Steak" (so die Kommission in einer Presseerklärung vom 01.10.2003 [MEM0/03/1.8, vorgelegt von der Beklagten als Anl. BK 3], zustimmend zitiert in Fezer-Meyer, a.a.O., § 4 – S4 Rdnr. 326, und Meisterernst/Haber, a.a.O., 375).

(b)

Vorliegend liegt zwar eine unspezifische Angabe nach dem unter (a) Gesagten vor, die sich aber nicht auf die Gesundheit oder das Wohlbefinden, insbesondere nicht das gesundheitsbezogene Wohlbefinden bezieht, es kann nicht einmal eine Aussage zum allgemeinen Wohlbefinden angenommen werden.

Vielmehr handelt es sich um einen Werbespruch vergleichbar mit "So wertvoll wie ein kleines Steak". Nach Auffassung der Kommission (Presseerklärung vom 01.10.2003, vorgelegt als Anlage Bk 3 nach Bl. 28) sollte dieser vom Anwendungsbereich

der Verordnung nicht erfasst sein, und zwar nicht einmal nach dem damaligen Entwurf, der anders als die dann verabschiedete Regelung generell Angaben, die auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels in Bezug auf Gesundheit und Wohlbefinden (also auch das allgemeine Wohlbefinden) verweisen, verbieten wollte (siehe im Einzelnen dazu Meisterernst/Haber, a.a.O., 375 f.). Diese Äußerung der Kommission stellt zwar – anders als die Beklagte meint – schon aufgrund des damaligen Stadiums des Gesetzgebungsverfahrens naturgemäß keine rechtsverbindliche, den Senat bei der Auslegung bindende Äußerung dar, stützt aber ein Ergebnis, wonach Slogans wie der hier streitige nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

(4)

Liegt aufgrund dessen keine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA vor, so kann dahinstehen, ob entgegen der Ansicht der Beklagten (wie diese Fezer-Meyer, a.a.O., § 4-S4 Rdnr. 327) Art. 10 Abs. 2 VNGA auch vor Erstellung der Listen nach Art. 13 f. VNGA anwendbar ist, wie die wohl h. M. aufgrund des Wortlauts von Art. 28 Abs. 5 (jetzt Art. 27 Abs. 5) und des mit den Übergangsvorschriften des Art. 28 Abs. 5 NGVA und Art. 28 Abs. 6 b) (jetzt Art. 27 Abs. 6 b)) verfolgten Zwecks meint, die nicht dazu gedacht seien, die von der Erstellung der Listen unabhängigen materiellen Anforderungen an die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben zu erleichtern (OLG Nürnberg, OLGR 2008, 919 Rdnr. 3 in "Juris"; Oehler, ZLR 2008, 732, 736; Hagenmeyer, WRP 2009, 554, 555 f.).

2.

Ist danach der Anwendungsbereich der VNGA nicht eröffnet und damit nationales Recht anwendbar, so ist Raum für die Prüfung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. dem Irreführungsverbot in § 11 Abs. 1 LFBG.

Bei § 11 Abs. 1 LFGB handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um eine Marktverhaltensregelung (BGH GRUR 2008, 1118 Tz. 15 – MobilPlus-Kapseln; weitere Nachw. bei Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdnr. 11.136).

Die Voraussetzungen einer Irreführung nach § 11 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 LFGB liegen entgegen den Ausführungen des Landgericht unter I. 1.a. der Entscheidungsgründe (LGU S. 6) auch vor.

Aufgrund des Verständnisses des maßgebenden Verbrauchers von dem angegriffenen Werbeslogan für den Früchtequark der Beklagten ist bei gebotener Würdigung des Gesamterscheinungsbildes (vgl. BGH GRUR 2003, 631, 632 – L-Glutamin – zur Vorgängervorschrift § 17 Abs. 1 LMBG) eine Irreführung in Form einer zur Täuschung geeigneten Aussage über die Beschaffenheit (die Eigenschaften und die Zusammensetzung) des Produkts gegeben, nämlich hinsichtlich des Zuckergehalts:

a)

Die angegriffene Werbung erschöpft sich nicht in einer nichtssagenden, vom Verkehr als solchen erkannten Anpreisung bzw. einer subjektiven Wertung, was zur Folge hätte, dass keine Irreführung vorläge, denn kann ein Urteil nur subjektiv gefällt sein und kann es damit nicht nachgeprüft werden, scheidet auch eine Fehlvorstellung des angesprochenen Verkehrs und damit eine Irreführung aus, wenn dieser das subjektive Urteil als solches erkennt (BGH GRUR 2002, 182, 183 – Das Beste jeden Morgen; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 Rdnr. 4.46 zum allgemeinen Irreführungstatbestand).

Zwar handelt es sich bei dem Wort "wichtig" an sich um einen offenen Begriff, der Raum für subjektive Wertungen lässt. Das Wort "wichtig" ist bedeutungsoffener als es Formulierungen wie "so wertvoll", "so gut" oder "so gesund" sind. Warum einem etwas "wichtig" ist, hängt auch von subjektiven Einstellungen

ab.

Bei einer Gesamtbetrachtung der Werbung ergibt sich aber, dass sich diese aus Sicht des angesprochenen Verkehrs aufgrund der Passage "wie das tägliche Glas Milch" nicht in einer subjektiven Wertung (des Herstellers) und dem Hervorrufen einer positiven, aber nicht konkreten Assoziation (etwa in dem Sinne "das Produkt tut gut wie Milch auch gut tut") erschöpft.

Vielmehr nimmt der angesprochene Verkehr jedenfalls aufgrund der vergleichenden Bezugnahme ("wie") auf das "tägliche Glas Milch" und nicht nur Milch allgemein an, das Produkt weise bei (nahezu) täglichem Konsum ähnliche Vorteile für die Ernährung auf wie Milch, insbesondere bei Kindern, ohne dass sein (nahezu) täglicher Konsum aufgrund einer von Milch deutlich abweichenden Zusammensetzung mit Nachteilen, insbesondere für Kinder, verbunden sein kann.

b)

Dieser Vorstellung entspricht das Produkt aufgrund seiner tatsächlichen Zusammensetzung nicht, auch wenn schon aufgrund seiner (über dem Slogan befindlichen, deutlich größeren und unübersehbaren) Bezeichnung als "Früchte-Quark" der angesprochene Verkehr nicht annehmen wird, das Produkt sei von den Inhaltsstoffen her mit Milch in seiner Zusammensetzung völlig identisch (so zu Recht das Landgericht unter I. 1. a. der Entscheidungsgründe, LGU S. 8).

aa)

Die Irreführung folgt allerdings nicht daraus, dass – wie die Klägerin meint – ein 50g-Becher nicht ebenso viel Kalzium enthält wie ein Glas Milch. Das ist zwar objektiv der Fall – egal, ob man dieses nun mit 100 ml oder 200 ml Inhalt veranschlagt -, weil nach den Angaben der Tabelle auf S. 3 der Klageschrift (Bl. 3) 100g des Produkts 130mg Kalzium enthalten (ein Becher also 65mg) und 100g Vollmilch 120 mg (100 ml also 120 mg und 200 ml 240 mg).

Dennoch liegt unter diesem Aspekt keine Irreführung vor:

Auch wenn man der Klägerin darin folgte, dass der angesprochene Verkehr über die Vorstellung hinaus, Milch sei gesund, insbesondere gut für die Knochen (den Knochenbau), gerade bei Kindern, konkret annähme, dies beruhe auf einem hohen Kalziumgehalt, läge dennoch unter diesem Aspekt keine Irreführung vor, denn bezogen auf die gleiche Menge weist das Produkt sogar einen höheren Kalziumgehalt auf als (Voll-) Milch, wie sich aus der Tabelle auf S. 3 der Klageschrift (Bl. 3) – deren Inhalt unstreitig geblieben ist – ergibt: danach enthalten 100 g des Produkts 130mg Kalzium, 100g Milch hingegen nur 120 mg.

Ein Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit und damit eine Irreführung läge danach nur vor, wenn der Verkehr aufgrund des Slogans nicht nur annähme, das Produkt weise einen mit Milch vergleichbaren Kalzium-Gehalt auf, sondern einer der 50g-Becher des Sechsergebundes enthalte (mindestens) genauso viel Kalzium wie ein Glas Milch, mag man dessen Gehalt nun mit 100ml oder 200ml annehmen. Eine derart konkrete Vorstellung wird jedoch durch die angegriffene Werbung nicht hervorgerufen: der angesprochene Verkehr geht trotz der vergleichenden Bezugnahme auf das "tägliche Glas Milch" nicht davon aus, dass ein erkennbar derart kleiner Becher Früchtequark mindestens so viel Kalzium enthält (und "das gleiche" bewirkt) wie ein Glas Milch, von dem er weiß, dass es eine deutlich größere Menge Milch enthält als ein Becher Früchtequark – abgesehen davon, dass der Verbraucher nicht, wie die Klägerin meint, den quer über die Verpackungseinheit gehenden Slogan auf einen Becher bezieht und auch nicht angenommen werden kann, dass ein Kind nur einen Becher pro Tag verzehren wird.

bb)

Die Irreführung ergibt sich aber daraus, dass das Produkt auf dieselbe Menge bezogen ein Mehrfaches an Zucker enthält als

(Voll-)Milch, nämlich nach der Tabelle auf Bl. 3 – deren Inhalt unstreitig geblieben ist – 13 g gegenüber 4,7 – 4,8 g, also das ca. 2,7 – 2,8 fache. Dadurch enthält das Produkt pro 100 g auch deutlich mehr Kalorien als (Voll-) Milch (105 kcal gegenüber 64 – 70 kcal).

Damit rechnet der Verbraucher bei einem mit dem Slogan "So wichtig wie das tägliche Glas Milch!" beworbenen Früchtequark nicht, denn in dem um 2,7-2,8-fachen Zuckeranteil liegt eine i. S. v. oben a) am Ende von Milch deutlich abweichende Zusammensetzung des Produkts, die mit Nachteilen, insbesondere für Kinder, verbunden sein kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach dem o. G. gerade nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich der tägliche Konsum auf einen Becher des Produkts beschränken wird.

Diese Fehlvorstellung bezüglich des Zuckergehalts begründet eine für den Verkehr relevante Irreführung, denn der Zuckergehalt eines Lebensmittels ist für den angesprochenen Verkehr relevant, insbesondere bei einem auf Kinder zugeschnittenen Produkt, zumal wenn man berücksichtigt, dass Kinder häufig ohnehin zu viel Zucker zu sich nehmen (zumindest die Eltern dies annehmen, was für die Relevanz keinen Unterschied machte).

Unerheblich ist aufgrund der konkreten Bezugnahme auf Milch durch den angegriffenen Slogan demgegenüber, ob das Produkt von dieser losgelöst einen ungewöhnlich hohen Zuckergehalt (im Vergleich zu anderen derartigen Produkten) aufweist (eine "Zuckerbombe" ist).

cc)

Die Irreführung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich auf der Seite an der Verpackungseinheit eine Nährwerttabelle befindet, aus der sich u. a. der Zuckergehalt von 13 g pro 100 g ergibt (dies ist aufgrund des unstreitigen Tatbestands anzunehmen, LGU S. 3), denn die Irreführung ergibt

sich ja gerade daraus, dass der Verkehr aufgrund des Slogans annimmt, das Produkt enthalte im o. g. Sinne nicht um ein Vielfaches mehr "ungesunden" Zucker als Milch: dieser Irrtum kann aber durch die Nährwertangabe nicht beseitigt werden, da nicht angenommen werden kann, dem Verkehr sei geläufig, welchen Zuckergehalt (Voll-)Milch aufweist.

c)

Der Annahme einer Irreführung im vorliegenden Fall steht auch nicht der Grundsatz entgegen, wonach die wahrheitsgemäße Herausstellung gesundheitsfördernder Eigenschaften nicht bereits deshalb irreführend und damit wettbewerbswidrig ist, weil das beworbene Produkt zu einem geringen Anteil auch gesundheitsschädliche Stoffe wie etwa Zucker enthält (BGH GRUR 2002, 182, 185 – Das Beste jeden Morgen -; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 UWG Rdnr. 4.189). Hier liegt nicht eine derartige Herausstellung von Eigenschaften, sondern eine vergleichende Bezugnahme auf ein allgemein als gesund eingeschätztes, hohe Wertschätzung genießendes Lebensmittel vor.

Während der Werbespot mit dem Slogan "Das Beste jeden Morgen" für Cerealien, welchen der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGH GRUR 2002, 182 zu beurteilen hatte, vom Verkehr in seinem nachprüfbaren Kern (nur) dahin verstanden wurde, dass es sich bei dem damals zu beurteilenden Produkt aufgrund der darin enthaltenen Vitamine und Mineralstoffe beim Verzehr zusammen mit Milch um ein gesundes Frühstück handelt (a.a.O., 185), wird vorliegend aufgrund der vergleichenden Inbezugnahme des "täglichen Glases Milch" beim angesprochenen Verkehr eine konkretere, nämlich die oben zu a) beschriebene Vorstellung hervorgerufen, die aber aus den oben zu b) ausgeführten Gründen tatsächlich nicht zutrifft und die bewirkt, dass eine Irreführung nicht erst vorliegt, wenn der Zuckergehalt so hoch ist, dass angenommen werden müsste, es würde ein gesundheitsschädliches Produkt mit Begriffen beworben, die auf das Gegenteil hindeuten (vgl. BGH GRUR 1980, 797, 799 – Topfit Boonekamp).

3.

Soweit die obigen Ausführungen auf dem Verständnis des angesprochenen Verkehrs beruhen oder auf dieses verweisen, kann der Senat das maßgebliche Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, welcher der Werbung die situationsadäquate Aufmerksamkeit entgegenbringt, aus eigener Sachkunde beurteilen, nachdem seine Mitglieder bei einem derartigen Produkt des täglichen Bedarfs zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören und der Senat ständig mit Wettbewerbssachen befasst ist (vgl. BGH GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft). Der Einholung eines Sachverständigengutachtens oder der Durchführung einer Verkehrsbefragung bedarf und bedurfte es aufgrund dessen nicht, ein Verfahrensfehler des Landgerichts liegt damit nicht vor.

4.

Auch der Klagantrag Ziff. 2 ist begründet, da die Abmahnung berechtigt war und die Klägerin aufgrund dessen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Abmahnung hat. Als Verband i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG kann sie auch wie geschehen anteiligen Ersatz der Personal- und Sachkosten in Form einer Aufwandspauschale verlangen (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 UWG Rdnr. 1.98 m.w.N.).

Gegen die geltend gemachte Höhe der Pauschale hat die Beklagte nichts erinnert; sie ist in Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 41 Rdnr. 94) als angemessen zu erachten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.

10, 711 ZPO.

Die Revision wird gem. § 543 Abs. 2 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts zugelassen, insbesondere aufgrund der vorliegend aufgeworfenen, nicht geklärten Fragen bei der Auslegung der VNGA (namentlich der Anforderungen an das Vorliegen einer gesundheits- oder nährwertbezogenen Angabe) und zur Klärung des Verhältnisses zwischen VNGA und den allgemeinen Irreführungstatbeständen (des UWG und des LFBG).

IV.

Die Ausführungen der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 30.12.2010 (Bl. 109) geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Für die zu Lasten der Beklagten ausgefallene Entscheidung des Senats spielten diese keine Rolle.