Werbung für Nahrungsergänzungsmittel bei fehlendem Wirksamkeitsnachweis unzulässig

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 04.07.2013

Az.: 4 U 20/13

Tenor

Die weitergehende Berufung der Beklagten gegen das am 07. November 2012 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 80.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe

A.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen seiner Mitglieder und zur Durchsetzung der Regeln des lauteren Wettbewerbs. Die Beklagte vertreibt Nahrungsergänzungsmittel. Für ihr Produkt „K“ wirbt sie mit den im Klageantrag ersichtlichen Werbeaussagen auf ihrer

Internetpräsenz gem. Ausdruck vom 22.12.2011, für deren genauen Inhalt auf die Anlage K 1, Bl. 14 ff. der Akten verwiesen wird.

Der Kläger hat gemeint, diese Werbung enthalte gesundheitsbezogene Angaben, die mit Art. 2, 5, 6 und 10 der sog. Health-Claims-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 1924/2006) nicht vereinbar sei, auch weil sie sämtlich nicht wissenschaftlich abgesichert seien. Er mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 2.1.2012 (Anl. K 2, Bl. 24) erfolglos ab. Neben der Unterlassung der streitgegenständlichen Aussagen hat der Kläger Ersatz seiner Abmahnkosten, die er mit 166,60 Euro beziffert, begehrt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt für das Mittel „K“ zu werben:

1) „Die Rezeptur liest sich wie die Starbesetzung eines Films. Titel des Films: Für ein Leben in Bewegung!“, „Sämtliche, hochwirksame Pflanzen können die natürliche Gelenkfunktion positiv unterstützen.“

2) „Viele wissenschaftliche Arbeiten bestätigen die Kraft dieser phantastischen Natursubstanzen.“

3) „Die ultimative Waffe gegen Rückenbeschwerden: Teufelskralle (Harpagophytum procumbens)“,

4) „Der natürliche Schmerzkiller: Weidenrinde (Salicis cortex)“,

5) „Der Spezialist für die Gelenkschmiere: Glucosamin“,

6) „Das unglaubliche Knorpelwunder: Chondroitin (Chondroitine

sulfat) und viele mehr“,

7) „Aber wie helfen diese außergewöhnlichen Pflanzen genau bei Gelenkbeschwerden?“

8) „Weshalb überschlagen sich selbst viele Wissenschaftler und Medien mit Lobeshymnen, wenn man von diesen Pflanzen in Verbindung mit der positiven Wirkung bei Gelenkproblemen spricht?“

9) „Gelenk-Produkt“,

10) „Weihrauch hatte lange Zeit den gleichen Wert wie Gold, weil es gegen alle möglichen Krankheiten eingesetzt wurde“,

11) „Schon vor mehr als 4000 Jahren wurde Weihrauch in Babylon als Arzneimittel eingesetzt“,

12) „Erst Ende des 19. Jahrhunderts geriet Weihrauch bei uns in Vergessenheit. Synthetisch hergestellte Arzneimittel verdrängten viele Naturheilmittel. Diese könnten jedoch von der Wirkung oft nicht mit den Natursubstanzen mithalten und so hagelte es in den 1980er Jahren Kritik an der Schulmedizin. Das war der Grund weshalb man sich dann wieder mehr den Naturheilmitteln zuwandte – so auch dem Weihrauch.“

13) „Dieser Weihrauch … hat eine so hohe Qualität, dass er auch für medizinische Zwecke verwendet wird.“

14) „Studien in Indien und Deutschland haben gezeigt, dass Weihrauch entzündungshemmend und schmerzlindernd bei rheumatischen Erkrankungen wie beispielsweise Arthrose, Gicht etc. ist.“

15) mit nachfolgenden Hinweisen auf ärztliche Gutachten und/oder mit Angaben auf Empfehlungen von Ärzten oder Vertretern medizinischer Berufe zu werben:

15.1) „Die Boswelliasäure blockiert ganz gezielt die Leukotriensynthese“, schildert Dr. U von der U2, „und dann

gehen die Entzündungen zurück.“

15.2) „Der bekannteste Weihrauchspezialist ist der deutsche Pharmakologe Prof. B2. Er hat sich Jahrzehnte an der Universität M mit der Wirkung von Weihrauch beschäftigt und kam zum Schluss, dass Weihrauch im rheumatisch entzündeten Areal sanft und effektiv wirke. Prof. B2 konnte auch nachweisen, dass eine Schmerzlinderung stattfand sowie ein Rückgang der Schwellungen und Gelenksteifigkeit.“

15.3) „Auch in Kärnten haben Rheumaspezialisten Erfahrungen mit Weihrauch in der Rheumatherapie gemacht. Einer der Befürworter ist der frühere österreichische Gesundheitsminister, Rheumaexperte Dr. B. Er sagt: „Man weiß seit Jahrhunderten, dass Gelenkbeschwerden durch Weihrauch gelindert werden können. Die erste wissenschaftliche Arbeit gab es 1969, und seitdem gebe es etwa 200 weitere Arbeiten, die belegen, dass Weihrauch gegen entzündliche Gelenkkrankheiten wirkt.“

15.4) „Naturvölker kennen Teufelskralle bereits seit Jahrhunderten als wichtige Heilpflanze. Und auch bei uns setzen Mediziner auf ihre schmerzlindernde und entzündungshemmende Wirkung bei Verschleißerscheinungen der Gelenke.“

16) „Leukotrienen sind Teilchen in den weißen Blutkörperchen, die für chronische Entzündungen verantwortlich gemacht werden. Zahlreichende wissenschaftliche Studien untermauern die stark entzündungshemmende Wirkung des Weihrauchs bei rheumatischen Erkrankungen.“

17) „Viele andere Wissenschaftler sind ebenfalls begeistert von dem großen Nutzen des Weihrauchs. Zahlreiche Arbeitsgruppen an Universitäten in Deutschland, USA und anderen Ländern forschen derzeit intensiv an weiteren Heilwirkungen dieser unglaublichen Natursubstanz.“

18) „Die moderne Forschung hat jedoch erkannt: Wenn es um die

Thematik Gelenke geht ist es wichtig drei bestimmte Boswelliasäuren einzunehmen und nicht alle, die der Baum hergibt. Ansonsten bleibt der Erfolg aus. In K sind exakt diese drei Boswelliasäuren enthalten, um das Maximum für ihre Gelenke zu erzielen. Diese drei heißen: 3-Acetyl-11-keto-ß-Boswellia-Säure (AKBA), 3-Acetyl-ß-Boswellia-Säure und 3-Acetyla-Boswellia-Säure."

19) „Alle wissenschaftlichen Untersuchungen zu Weihrauch, die wir hier erwähnt haben, sind ausschließlich mit diesen drei hochwirksamen Boswelliasäuren durchgeführt worden. Damit haben Sie mit K die beste Boswelliamischung aus der besten Weihrauchsorte der Welt -aus dem Sultanat Oman. Somit erzielen Sie die größte Wirkung für das Wohlgefühl Ihrer Gelenke."

20) „Ein weiteres Naturwunder, das Gelenkbeschwerden die Krallen zeigt, ist die unglaubliche Pflanze Teufelskralle, die ebenfalls zur Starbesetzung in K gehört."

21) „Dieser Extrakt aus den Wurzeln hat sich sehr gut bei Rücken- und Nackenbeschwerden bewährt. Studien bescheinigen der Teufelskralle darüber hinaus, dass es sehr sinnvoll ist sie bei Gelenkproblemen wie Gelenkverschleiß, Arthrose, Rheuma, Entzündungen der Sehnen und Bänder, Hexenschuss und Ischias einzusetzen."

22) „Der in der Teufelskralle enthaltene Wirkstoff Harpagosid hemmt dazu knorpelabbauende Enzyme. So klingen Schmerzen und Entzündungen ab."

23) „Apropos Knorpel: Für diese wichtigen „Verbindungsstellen" der Gelenke enthält K zusätzlich den hochwirksamen Natura Vitalis K-Komplex und die „Wundersubstanz" „Chondroitin".

24) „Der Natura Vitalis K-Komplex beinhaltet eine umfangreiche, spezielle Vitamin-Gewürzmischung, der man im Allgemeinen nachsagt, dass sie in Verbindung mit der natürlichen Substanz Chondroitin, den natürlichen Knorpelaufbau positiv unterstützen kann. Dies ist ein ganz

wichtiger Punkt, denn genau diese Knorpel stellen bei fast allen natürlichen Herausforderungen der Gelenke eine der wichtigsten Hauptursachen dar!“

25) „Aus diesem Grund liegt es auf der Hand, für eine ausreichende Ernährung und Versorgung der Gelenkknorpel mit den dafür notwendigen Nährstoffen zu sorgen. Denn auch dem natürlichen Abbau der Knorpelmasse kann mit den richtigen Vitalstoffen entgegengewirkt werden.“

26) „Dem Natura Vitalis K-Komplex sagt man im Allgemeinen nach, dass er – in Verbindung mit der Natursubstanz Chondrontin – den natürlichen Aufbau- und Regenerationsprozess des gesunden Knorpels zwischen den Gelenken positiv unterstützen kann. Über die Gelenkflüssigkeit (Synovia) wird der Knorpelmasse die Zufuhr dieser hochwirksamen Substanzen ermöglicht, wodurch der gesunde Gelenkknorpel die Möglichkeit hat, wieder aufgebaut bzw. regeneriert zu werden. Dies gilt grundsätzlich für alle Menschen -egal welcher Altersklasse. Knorpel ist also kein Verschleißteil, der früher oder später wie bei einem Auto hoffnungslos abgenutzt wird. Knorpel ist vielmehr „lebendig“ und kann sich daher grundsätzlich selbst bis ins hohe Alter wieder regenerieren, soweit er gesund und nicht verletzt oder beschädigt worden ist. Sie müssen ihm nur die richtigen Nährstoffe zuführen.“

27) „Ein weiteres Highlight in den K Kapseln ist die Weidenrinde. Den Hauptwirkbestandteil dieser Pflanze kennen Sie sicherlich. Es ist das Salicin, das in der Leber zu Salicylsäure verstoffwechselt wird. Wenn Sie sich jetzt sagen „Kenn ich nicht“, müssen wir Ihnen widersprechen. Entschuldigung -aber Sie kennen diese Substanz. Zumindest die synthetisch hergestellte Version der Salicylsäure. Diese finden Sie heute nämlich -allerdings in deutlich höherer Konzentration – in vielen Schmerzmitteln. Das Naturprodukt Salicin selbst hat jedoch beispielsweise nicht die unerwünschten Nebenwirkungen, die die chemisch hergestellte Salicylsäure mit sich bringen kann (wie bspw. Magenbeschwerden

etc.). Das natürliche Salicin aus der Weidenrinde passiert nämlich den Magen unverändert und wird erst in der Leber verwertet und umgewandelt. Somit kann das Salicin der Weidenrinde ebenfalls das Wohlgefühl Ihrer Gelenke unterstützen.“

28) „Wenn Sie „Herausforderungen“ mit Ihrem Bewegungsapparat haben bzw. mit einem oder mehreren Ihrer über 100 Gelenke, z.B. in den Knien, Händen, Fingern, Hüfte, Nacken oder Rücken, sollten Sie unbedingt K probieren. Wir können Ihnen versichern: Sie werden begeistert sein!“

29) „Neben den vorgenannten Substanzen findet sich Flexi Bel premium eine weitere Reihe von natürlichen, hochaktiven und spannenden Vital- und Nährstoffen, um im Verbund die natürliche Beweglichkeit Ihrer Gelenke positiv zu unterstützen.“

und dies geschieht wie aus der Internetwerbung gemäß Ausdruck vom 22.12.2011 Anlage K1.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich mit Einwänden gegen die Zulässigkeit und gegen die Begründetheit der Klage verteidigt. Sie hat gemeint, die Klageanträge eröffneten verschiedene Streitgegenstände. Wegen der unzureichenden Abgrenzung fehle die auf der Grundlage der TÜV-Entscheidung des Bundesgerichtshofs erforderliche Angabe der Prüfungsreihenfolge. Die Beklagte hat auf die damals noch fehlende Entscheidung der Kommission über die angemeldeten Claims zu den Hauptwirksubstanzen Teufelskralle und Weidenrinde hingewiesen. Inzwischen habe die EFSA den Claim „Gelenk-Gesundheit“ für das in der Weidenrinde enthaltene Boswellia bereits akzeptiert. Die beschriebenen Wirkungen der angegebenen Inhaltsstoffe seien als solche auch hinreichend wissenschaftlich nachgewiesen worden. Die Beklagte hat sich insoweit auf mehrere Veröffentlichungen der Anlagen B 3 bis B

7 bezogen. Die Verbraucher gingen nicht davon aus, dass sämtliche allgemein den Inhaltsstoffen zugeschriebenen Wirkungen auch bei der im Mittel verabreichten Dosis schon erzielt werden könnten.

Das Landgericht hat den Unterlassungsanspruch für begründet nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 12 LFGB und Art. 10 HCVO gehalten. Die gesamte Werbung verstoße gegen Art. 5, 10 HCVO, denn gesundheitsbezogene Angaben zu den Inhaltsstoffen eines Produktes, wie sie in allen Nummern des Antrags enthalten seien, seien in die Claim-Liste nach der HCVO nicht aufgenommen worden und würden auch durch keine Übergangsregelung zulässig. Insbesondere seien die angegebenen Veröffentlichungen keine anerkannten wissenschaftlichen Nachweise. Bei den Werbeaussagen Nr. 3-14, 20-22, 27-28 handele sich um unzulässige krankheitsbezogene Werbung, weil ein Bezug zu Gelenkerkrankungen, insbesondere Rheuma, Arthrose und Gicht, hergestellt und eine Beseitigung oder Linderung von Einschränkungen und Schmerzen durch Einnahme des Produktes angepriesen werde. Eine solche Werbung verstoße gegen § 12 LFGB, der auch nach Verabschiedung der HCVO noch anwendbar bleibe, im Übrigen auch in Art. 2 Abs. 1 a, ii der Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG enthalten sei. Soweit in Ziffern 15.1. bis 15.4. mit Hinweisen auf ärztliche Empfehlungen erfolge, verstoße dies gegen § 12 I Nr. 2 und Nr. 7 LFGB. Der Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten folge aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie rügt zunächst die Antragsfassung und meint, dass der Kläger entgegen der Rechtsprechung des BGH im sog. „TÜV-Beschluss“ nicht dargelegt habe, in welchem Verhältnis zueinander die Einzelanträge stünden. Überdies sei der Vortrag unsubstantiiert, denn es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Werbeaussagen überhaupt gesundheitsbezogene Umstände beträfen. In der Sache träfen die Aussagen zu, denn die in der Werbung aufgeführten allgemeinen Erkenntnisse über die Wirkung der

Substanzen „Teufelskralle“, „Weidenrinde“, Weihrauch“, „Glucosamin“ und „Chondrotin“ würden korrekt wiedergegeben und seien auch in wissenschaftlichen Veröffentlichungen erhärtet worden. Insbesondere würden nur allgemeine Erkenntnisse über die Wirkung der genannten Substanzen, nicht aber produktspezifische Aussagen wiedergegeben. Diese allgemeinen Erkenntnisse aber seien zutreffend angegeben. Dem typischen Adressaten sei auch bekannt, dass Angaben im Zusammenhang mit Nahrungsergänzungsmitteln keine Wirkungsaussagen beträfen. Die HCVO sei insgesamt derzeit nicht mit europäischem Primärrecht in Einklang zu bringen, weil ihr weiter Anwendungsbereich bei einem starren Verbotsprinzip zu einer übermäßigen Beschränkung von Werbefreiheiten führe. Die EU-Kommission selbst habe daher für sog. „Botanicals“ eine liberalere Handhabung und eine Änderung der HCVO angeregt. Überdies seien mehrere Nichtigkeitsklagen gegen die zur Ausführung der HCVO erlassene VO Nr. 432/2012 anhängig. Ein Verstoß gegen § 12 LFGB dürfe nicht geprüft werden, da die HCVO abschließend und vorrangig sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Essen vom 7.11.2012, Az. 41 O 24/12, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil. Insbesondere meint er, die Werbung enthalte ohne weiteres gesundheitsbezogene Angaben, so dass eine weitere Modifikation nicht erforderlich sei. Mangels wissenschaftlicher Wirkungsnachweise liege auch zusätzlich eine Irreführung vor, so dass auch die Ansprüche aus §§ 11, 12 LFGB begründet seien Da die Werbung eindeutig produktbezogen sei, könne sich die Beklagte nicht dahingehend einlassen, dass sie nur allgemeine Erkenntnisse über die Wirkungsweise bestimmter Stoffe erläutere.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Anträge zu 1), 2), 9), 25) sowie 15.1., 15.3. und 15.4 für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich dieser Erklärung angeschlossen.

B.

I.

1. Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt. Zulässigkeitshindernisse sind nicht erkennbar.

2. Der Antrag ist in der zuletzt gestellten Form bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die beanstandeten Angaben zu dem Mittel „K“ sollen danach jede für sich verboten werden, und zwar in der Formulierung, wie sie im Fließtext des vorgelegten und in den Antrag einbezogenen Internetauftritts aufgestellt worden sind. Wie in der Entscheidung des BGH Biomineralwasser (BGH GRUR 2013, 401 Tz. 19 m. zust. Anm. Teplitzky; ähnlich bereits BGH GRUR 2011, 1151 Tz. 13 f. – Original Kanchipur; GRUR 2012, 184 Tz. 15 – Branchenbuch Berg; vgl. auch Senat, Urt. v. 30.4.2013 – 4 U 149/12, BeckRS 2013, 9682), geht es auch hier um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, nämlich eine bestimmte Internetwerbung mit Wirkaussagen, die eine unzulässige Gesundheitswerbung darstellen soll. Diese Werbung wird aus verschiedenen Rechtsgrundlagen für unzulässig gehalten. Zwar soll nicht die Werbung selber verboten werden, wohl aber sämtliche Werbeaussagen in der Klammer des Fließtextes der einbezogenen Werbung und nicht als solche in den verschiedensten Begehungsformen. Der Kläger wünscht im Hinblick auf die Werbeaussagen ersichtlich keine „und/oder“-Verknüpfung, allerdings auch kein Schlechthinverbot.

3. Die Klagebefugnis des Klägers folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (vgl. BGH GRUR 2009, 509 – Schoenenberger Artischockensaft; Senat, Urt. v. 22.11.2012 – 4 U 97/12 – Neue Lebensenergie).

II.

Der Unterlassungsanspruch in der zuletzt beantragten Form ist begründet aus § 8 Abs. 1; Abs. 3 Nr. 2; 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 3, 5, 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 12. 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (EU-ABl. Nr. L 404 S. 9) in der zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 116/2010 der Kommission vom 9.2.2010 (EU-ABl. Nr. L 37, S. 16) geänderten Fassung (im Folgenden: HCVO).

1. Behauptungen im Zusammenhang mit einer produktbezogenen Werbung sind geschäftliche Angaben und fallen daher in den Anwendungsbereich des UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).

2. Die Bestimmungen der HCVO sind Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (Senat, Urt. v. 13.12.2011 – 4 U 92/11; Senat, Urt. v. 22.11.2012 – 4 U 97/12 – Neue Lebensenergie, Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 11.137a).

3. Die streitgegenständliche Werbung verstößt in der zuletzt beantragten Form gegen Art. 3, 5, 10 Abs. 1 HCVO. Art. 3, 10 Abs. 1 HCVO verbietet gesundheitsbezogene Angaben, die nicht ausdrücklich in der nach Art. 13 Abs. 3 HCVO zu erlassenden Verordnung zugelassen sind und die nicht den allgemeinen Anforderungen nach Art. 5 HCVO entsprechen.

a) Die Angaben werden von der HCVO erfasst. Sie gilt nicht nur für Arzneimittel, sondern für alle gesundheitsbezogene Aussagen, also auch für Wirkungsangaben bei Nahrungsergänzungsmitteln im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. b) der Verordnung (Senat, Urt. v. 13.12.2011 – 4 U 92/11, BeckRS 2012, 2854; Urt. v. 30.4.2013 – 4 U 149/12, BeckRS 2013, 9682 – Original Spiruletten mit Gerstengras; Fezer/Meyer/Reinhart, UWG, 2.Auflage 2010, § 4-S4 Rn. 42).

b) Es handelt sich bei den streitgegenständlichen Angaben um gesundheitsbezogene Angaben im Sinne des Art. 2 Nr. 5 HCVO,

denn die Werbeaussagen behaupten einen positiven Funktionszusammenhang zwischen der Einnahme des beworbenen Produkts und dessen Wirkung auf Körperfunktionen (zur gesundheitsbezogene Angabe in diesem Sinne BGH GRUR 2013, 189 Tz. 9 – Monsterbacke; GRUR 2011, 246 Tz. 9 f. – Gurktaler Kräuterlikör, OLG Stuttgart, ZLR 2011, 352 – So wichtig wie das tägliche Glas Milch; Senat, Urt. v. 13.12.2011 – 4 U 92/11, BeckRS 2012, 2854).

c) Zwar wird der Begriff der „Gesundheit“ in der HCVO nicht ausdrücklich definiert. Doch hat der EuGH die ursprünglich noch zweifelhafte Frage dahingehend geklärt, dass der Begriff der „gesundheitsbezogenen Angabe“ weit zu verstehen ist (EuGH v. 6.9.2012 – C-544/10, EuZW 2012, 828 m. Anm. Reimer = GRUR 2012, 1161). So sei auch die Werbung mit der Aussage, ein Wein sei besonders „bekömmlich“, eine gesundheitsbezogene Angabe (EuGH aaO. Tz. 34, 41). Inzident klärte das Gericht, dass gesundheitsbezogen jede Angabe sei, die eine „positive physiologische Wirkung“ (aaO. Tz. 40), also Einfluss auf funktionelle Wirkungen im Organismus, verspreche (vgl. auch BGH GRUR 2013, 189 Tz. 9 – Monsterbacke).

d) Der vorliegende Werbetext behauptet bei einer Gesamtbetrachtung in mehrfacher Hinsicht einen solchen positiven Einfluss auf die Funktion von Körpergelenken. Eine gesundheitsbezogene Wirkungsaussage im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 HCVO ist im Zusammenspiel der beanstandeten Angaben darin zu sehen, dass das Mittel K über fünf verschiedene Natursubstanzen verfügt, die als „die Stars“ bezeichnet werden: Weihrauch, Teufelskralle, Weidenrinde, Glucosamin und Chondroitin. Sie sollen nach den beanstandeten Angaben bei der Einnahme des Mittels gesundheitsfördernd wirken, nämlich das Wohlgefühl und die natürliche Beweglichkeit der Gelenke unterstützend, außerdem entzündungshemmend und schmerzlindernd, sogar den Schmerz beseitigend (als Schmerzkiller) bei rheumatischen Erkrankungen, Rückenbeschwerden und allgemeinen Gelenkproblemen. Auch diese

letzteren Angaben, die sich auf die Linderung von Krankheiten beziehen, sind nach der weiten Definition des EuGH in der Entscheidung „Bekömmlichkeit von Wein“ zugleich gesundheitsbezogene Angaben. Auch durch sie wird ein positiver Einfluss auf die (Fehl)Funktion von Körpergelenken behauptet, der produktbezogen dem Mittel zugeschrieben wird. Im Einzelnen gilt:

Angaben 3 bis 6 nennen die Inhaltsstoffe, die als „Stars“ des Produkts bezeichnet werden (bis auf den Weihrauch) und deren Wirkweisen als Waffe gegen Rückenbeschwerden, natürlichen Schmerzkiller, Spezialist für Gelenkschmiere und unglaubliches Knorpelwunder. Anlagen 7 und 8 machen deutlich, dass alle diese Pflanzen bei Gelenkbeschwerden helfen und insoweit eine positive Wirkung bei Gelenkproblemen entfalten. Die Angaben 13 und 14 gehen auf die Verwendung von Weihrauch für medizinische Zwecke und dessen entzündungshemmende und schmerzlindernde Wirkung und die Angaben 10 und 11 ergänzend und illustrierend auf dessen schon historische Bedeutung als Arzneimittel gegen alle möglichen Krankheiten ein.

Angabe 15 in der zuletzt beantragten Form geht auf eine besonders wirksame Rheumatherapie durch Weihrauch nach Prof. B2 ein und Angabe 16 weist auf die Bedeutung von Leukotrienen bei einem solchen Prozess hin.

Nach der Angabe 17 werden weitere Heilwirkungen des Weihrauchs zur Zeit erforscht. Die Angaben 18 und 19 weisen auf die besondere und beste Mischung dreier bestimmter hochwirksamer Boswelliasäuren hin, die das Maximum für die Gelenke der kaufenden Verbraucher erzielen.

Die Angaben 20 bis 22 befassen sich mit den Wirkungen von Teufelskralle bei Gelenkbeschwerden, Rücken- und Nackenbeschwerden, Arthrose, Rheuma, Entzündungen der Sehnen und Bänder, Hexenschuss und Ischias, sowie der Wirkung vom darin enthaltenen Harpagosid, der knorpelabbauende Enzyme hemmt und Schmerzen und Entzündungen abklingen lässt.

Die Angaben 23 und 24 beschäftigen sich mit der positiven Wirkung von Chondroitin für den Knorpelaufbau und den Schutz der Gelenke, teilweise im Zusammenspiel mit einer umfangreichen Vitamin-Gewürzmischung. Die Angabe 26 macht deutlich, wieso es K in Verbindung mit dem Chondroitin beim gesunden Gelenkknorpel möglich macht, diesen bis ins hohe Alter wieder zu regenerieren.

Die Angabe 27 zeigt, wieso die Weidenrinde mit ihrem Salicin unterstützend dazu beitragen kann, das Wohlgefühl der Gelenke zu fördern, und zwar ohne die unerwünschten Nebenwirkungen der Salicylsäure.

Die Angaben 28 und 29 stellen gleichsam zusammenfassend fest, dass das beworbene K mit seinen verschiedenen Inhaltsstoffen die Beweglichkeit der Gelenke auch und gerade in den beschriebenen Fällen von Beschwerden und Funktionsstörungen verbessert. Damit erhält der angesprochene Verbraucher den Eindruck, die Einnahme des Nahrungsergänzungsmittels hätte auch in der empfohlenen täglichen Verzehrmenge positive physiologische Wirkungen für die Gesundheit.

e) Die streitgegenständlichen Bezeichnungen sind in der nach Art. 13 Abs. 3 HCVO erlassenen VO Nr. 432/2012 vom 16.5.2012 (EG-Abl. L 136/1), die am 14.6.2012 in Kraft getreten ist, nicht enthalten. Die Liste enthält keine „Claims“ zu den Stoffen „Glucosamin“, „Chondroitin“ und auch die Stoffe „Weihrauch“, „Teufelskralle“ und „Weidenrinde“ sind dort nicht erfasst. Der Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 HCVO ist eindeutig, indem er gesundheitsbezogene Angaben verbietet, wenn diese nicht den speziellen und allgemeinen Vorgaben der Verordnung entsprechen (Leible in Streinz, Lebensmittelrechtshandbuch, 33. Aufl. 2012 Rn. 494). Daher genügt grundsätzlich bereits das Fehlen der Angabe in der Liste nach Art. 13 Abs. 3 HCVO, um das Verbot auszulösen. Die Frage, ob diese Rechtsfolge zu scharf ist, kann allerdings im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, denn für die sog. „Botanicals“, nämlich Angaben, die sich – wie hier – überwiegend auf die Wirkung pflanzlicher

Stoffe beziehen, ist die Positivliste noch nicht abschließend (vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 der VO 432/2012).

f) Auch mit Pflanzen- und sonstigen (etwa aus Tieren gewonnenen) Wirkstoffen darf aber nur geworben werden, wenn die weiteren Vorschriften der HCVO eingehalten sind. Das erfordert unter anderem, dass durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise klargestellt ist, dass das Vorhandensein des betreffenden Stoffs die beworbene positive ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung hat und der betreffende Nährstoff im Endprodukt in einer Menge vorhanden ist, die nach wissenschaftlichen Nachweisen die betreffende Wirkung auch erzielen kann (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b HCVO). Art. 10 Abs. 2 HCVO verlangt zudem, dass schon die Lebensmittelwerbung Informationen zur Menge des Lebensmittels enthalten muss, die erforderlich ist, um die behauptete positive Menge zu erzielen. Vorliegend fehlt es auch an der Einhaltung dieser zusätzlichen Voraussetzungen.

Es fehlt bereits am Nachweis der „allgemein anerkannten“ wissenschaftlichen Absicherung eines Wirkungszusammenhangs im Sinne von Art. 6 HCVO. Die Beweislast hierfür trägt nach dem eindeutigen Wortlaut der VO der Werbende, nicht derjenige, der die Werbung angreift (vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 21.6.2012 – 3 U 97/11, Anlage K6, S. 14 f. m.w.N., Senat, Urt. v. 29.9.2011 – 4 U 71/11, MD 2012, 57 – Collagen-Lift-Drink). Der als Anlage zum Schriftsatz vom 6.11.2012 vorgelegte Zeitschriftenartikel „Was können Weidenrinde, Teufelskralle und Co. wirklich?“ behandelt andere als die hier beworbenen Präparate. Die Dissertation von Wegener befasst sich mit bestimmten Tees (S. 43 ff.), nicht aber mit den beworbenen Produkten. Sie gibt im Übrigen allenfalls Aufschluss über die Behandlung mit Teufelskrallenwurzelextrakten bei bestimmten Arthrosen, nicht jedoch über die Richtigkeit des gesamten Wirkungszusammenhangs, den das Produkt behauptet. Bei Rückenschmerzen werden höhere Dosen besprochen als in der Produktwerbung versprochen (S. 45). Die nur als abstract

vorgelegten weiteren Studien (Göbel, Laudahn, Langmead, Brien, Warnock) geben keinen Aufschluss über die Wirkungsweise von Stoffzusammensetzungen der vorliegend beworbenen Art. Die Studie zur Wirkungsweise von Weidenrinde (Biergert/HeideWagner) geht davon aus, dass ab 60 mg Salicin, über die das Produkt wohl verfügt, bestimmte positive Wirkungen eintreten; aus den dort vorgestellten Studien geht allerdings hervor, dass typischerweise höhere Dosen erforderlich sind (häufig genannt werden 240mg). Das Fazit der Studie weist darauf hin, dass „weitere Studien … wünschenswert“ sind, gesteht also ein, dass von einem wissenschaftlichen Nachweis noch nicht auszugehen ist. Die Beschreibung „Wie der Weihrauch nach Europa kam“, ist keine wissenschaftliche Studie über Stoffwirkungen. Ausführungen zur Wirkung von Boswellia werden wiederum nur als wenig aufschlussreiche abstracts zugänglich gemacht oder sie betreffen nicht das vorliegend beworbene Produkt (so im Falle der Studie von Vishai/Mishra/Rachaudhuri sowie Sengupta u.a. jeweils zum Präparat Aflapin und Loxin). Die Studien über Chondroitinsulfat nennen weitaus höhere Tagesdosen (z.B. Hänggi: 800 mg), als das beworbene Produkt enthält.

Die Werbung selbst enthält zwar eine Zutatenliste mit Angabe von Produktdosierungen (Bl. 14), es fehlt aber jeweils ein produktbezogener Hinweis auf die zur Linderung spezifischer Gelenkprobleme erforderlichen Dosen (Art. 10 Abs. 2 lit. b HCVO). Hinzu kommt, dass der nach Art. 10 Abs. 2 lit. a HCVO geschuldete Hinweis auf die Bedeutung einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung und einer gesunden Lebensweise fehlt.

g) Soweit die Beklagte anregt, dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vorzulegen, ob der wissenschaftliche Standard, den die HCVO verlangt, mit europäischem Primärrecht vereinbar ist, fehlt es an den Voraussetzungen für eine solche Vorlage. Die Vorlage an den EuGH ist nämlich nur zulässig, wenn die Beantwortung der Frage für den zu entscheidenden Rechtsstreit

erforderlich ist (Art. 267 Satz 2 AEUV). Daran aber fehlt es, weil nicht zu entscheiden ist, ob die vorgelegten Nachweise den Standard der HCVO erfüllen, sondern ob überhaupt Nachweise für den behaupteten Wirkungszusammenhang vorliegen. Dies ist – wie vorstehend dargelegt – nicht der Fall. Aus denselben Gründen kommt auch eine von der Beklagten gleichfalls angeregte Zulassung der Revision nicht in Betracht.

h) Soweit die Beklagte einwendet, dass die Kommission eine großzügigere Regelung für Botanicals anmahnt, ist diese bislang nicht geltendes Recht, kann also auch der vorliegenden Beurteilung nicht zugrunde gelegt worden. Ebenso wenig ist die HCVO durch vorliegende Nichtigkeitsklagen gegen die VO 432/2012 außer Kraft gesetzt. Dass das starre Verbotsprinzip für Botanicals aufgrund des Vorbehalts in Erwägungsgrund Nr. 10 der VO 432/2012 (noch) nicht umgesetzt ist, bedeutet nicht, dass auch die sonstigen Voraussetzungen der HCVO nicht gelten. Die Werbung mit unabgesicherten Wirkungsangaben in der Produktwerbung soll durch die HCVO grundsätzlich verhindert werden. Dies folgt aus Erwägungsgrund 14 HCVO. Danach „muss sichergestellt werden, dass für Stoffe, die sich auf eine Angabe beziehen, der Nachweis einer positiven ernährungsbezogenen Wirkung oder physiologischen Wirkung erbracht wird“. Die Regelung ist bewusst streng gehalten. Das ergibt sich ferner auch aus den Erwägungsgründen 23 und 29 der Verordnung.

i) Für die Frage, ob zugunsten der Klägerin Übergangsfristen in Betracht kommen, fehlen Nachweise darüber, dass konkrete Claims angemeldet oder für die hier in Rede stehenden Behauptungen akzeptiert wurden.

4. Der Verstoß gegen die HCVO führt zur Unlauterkeit nach § 3 Abs. 1 UWG, ohne dass es auf eine konkrete Irreführung ankommt. Die Verordnung verbietet unabgesicherte Werbebehauptungen bereits, wenn nach dem Verständnishorizont des Adressaten eine Wirkungsaussage vorliegt und diese Aussage nicht wissenschaftlich abgesichert ist. Der Verstoß ist auch

spürbar, weil die Behauptung durch eine ubiquitär verfügbare Internetwerbung verbreitet wurde.

5. Ob daneben ein Verstoß gegen §§ 11, 12 LFGB vorliegt (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2012, 10825), kann dahingestellt bleiben.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 91a ZPO, 92 Abs. 2 ZPO. Die Erledigungserklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war vor dem Hintergrund veranlasst, dass einige der im ursprünglichen Verbotsantrag enthaltenen Behauptungen in anderen Formulierungen bereits enthalten waren. Soweit darin eine teilweise Zuvielforderung lag, kann sie als verhältnismäßig geringfügig im Sinne des § 92 Abs. 2 ZPO angesehen werden. Die Entscheidungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Abwendungsbefugnis folgen aus §§ 709, 711 ZPO.