

Vodka und Energy verleihen keine Flügel

Eigener Leitsatz:

Das OLG Hamm sieht die Bezeichnung ENERGY + VODKA für ein Mischgetränk mit einem Alkoholgehalt von 10 % Vol. als wettbewerbswidrig an. Streitgegenstand war eine Mischung aus koffeinhaltigem Erfrischungsgetränk und Vodka. Die Dose trug den Aufdruck „Energy & Vodka“. Der Kläger bemängelte zu Recht, dass der Begriff „energy/ Energie“ den Verbraucher auf die besonderen positiven Nährwerteigenschaften eines Lebensmittels hinweisen soll. Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 % Vol. dürfen jedoch gerade keine derartigen Nährwertangaben tragen, abgesehen von Hinweisen auf einen reduzierten Alkoholgehalt oder einen reduzierten Brennwert.

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 10.07.2012

Az.: I-4 U 38/12

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10. Januar 2012 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Paderborn abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines vom Gericht für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, letztere zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs selbst oder durch Dritte ein Vodka-Mischgetränk, das zu 26,7 % aus Vodka und zu 73,3 % aus einem koffeinhaltigen

Erfrischungsgetränk mit Farbstoff und erhöhtem Koffeingehalt besteht und einen Alkoholgehalt von 10 % Vol. aufweist, mit der Bezeichnung

„Energy & Vodka“

anzubieten, zu vertreiben, zu bewerben und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen, wenn dies in einer Ausstattung wie nachstehend wiedergegeben geschieht:

Der Beklagten wird eine sechsmonatige Aufbrauchs- bzw. Umstellungsfrist ab Verkündung dieses Urteils gewährt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleitung in Höhe von 130.000,00 Euro abzuwenden, falls nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Entscheidungsgründe:

A.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen Mitgliedern die wichtigsten Verbände der Spirituosen-Industrie, u.a. der Bundesverband der Spirituosen-Industrie und -Importeure e.V. gehören. Zu seinen satzungsgemäßen Aufgaben gehört die Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher und wettbewerblicher Bestimmungen im Bereich der Spirituosen-Industrie.

Die Beklagte vertreibt alkoholfreie und alkoholische Getränke internationaler Marken. Hierzu zählt neben dem Produkt „Three Sixty Vodka“ mit 37,5% Vol. in Glasflaschen auch das Mischgetränk „Three Sixty“ in Dosen. Dieses Mischgetränk ist in den Sorten „Bitter Lemon & Vodka“ und „Cranberry & Vodka“ sowie auch in der hier streitgegenständlichen Sorte „ENERGY &

VODKA“ erhältlich. Ausweislich der Beschreibung des Getränks „THREE SIXTY ENERGY & VODKA“ auf der Umverpackung und auf der Internetpräsenz der Beklagten handelt es sich um ein Mischgetränk mit einem Alkoholgehalt von 10% Vol., das zu 26,7% aus „THREE SIXTY VODKA“ und zu 73,3% aus einem koffeinhaltigen Erfrischungsgetränk, nämlich dem Energy-Drink „effect®“, welcher ebenfalls durch die Beklagte vertrieben wird, besteht.

Der Kläger mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 21.02.2011 (Anlage K7 zur Klageschrift vom 12.04.2011) ab und forderte sie zur Abgabe einer dem Schreiben angefügten, vorformulierten strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Dies lehnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 18.03.2011 (Anlage K8 zur Klageschrift vom 12.04.2011) ab.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dies wie folgt begründet.

Die Klage sei zulässig, insbesondere sei der Klageantrag bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 ZPO, nachdem der Kläger sein Begehren hinreichend klargestellt habe.

Die Klage sei jedoch nicht begründet.

Die beanstandeten Produktangaben des von der Beklagten vertriebenen Mixgetränkes „THREE SIXTY ENERGY & VODKA“ würden keinen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 S. 2 HCVO darstellen.

Der verständige Durchschnittsverbraucher – und auf diesen stelle die Verordnung nach ihrem 16. (aktuell 15.) Erwägungsgrund ab – verstehe, was die Kammer aufgrund eigener Sachkunde beurteilen könne, die Produktangaben „ENERGY & VODKA“ nicht als Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder nur mittelbar zum Ausdruck gebracht werde, dass das Produkt

besondere positive Nährwerteigenschaften besitze.

Zwar schreibe die HCVO einem Lebensmittel den Besitz besonderer (positiver) Nährwerteigenschaften bei der Angabe, dass es „Energie“ liefere bzw. nicht liefere bzw. Nährstoffe oder andere Substanzen enthalte bzw. nicht enthalte, zu.

Jedoch sei die Angabe Energie auf dem streitgegenständlichen Produkt und die Bezeichnung Energie i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 a) HCVO nicht dasselbe. Die HCVO definiere den Begriff Energie mit „Brennwert“. Der physiologische Brennwert bezeichne grob gesagt die Energiemenge, die das Lebensmittel beim Stoffwechsel dem Körper liefere. Er werde in der Nährwertkennzeichnung der EU mit der Angabe Kilojoule (kJ), veraltet auch in Kalorien (kcal) angegeben. Die Bezeichnung „Energy“ auf dem streitgegenständlichen Produkt bezeichne demgegenüber den Anteil des Produktes, der aus dem Energy-Drink bestehe. Der Kläger nehme insoweit selbst auf die Produktwerbung der Beklagten Bezug.

Unter Hintanstellung möglicher weiterer Wirkungen auf den Organismus verstehe der verständige Durchschnittsverbraucher unter einem Energy-Drink ein Getränk, das laut Herstellerangabe aufgrund seines hohen Koffeingehalts eine anregende, stimulierende Wirkung auf den Organismus habe. Dem Verbraucher gehe es beim Genuss des Energy-Drinks ausschließlich um dessen kurzfristige stimulierende Wirkung und nicht um dessen „besondere positive Nährwerteigenschaften“. Energy-Drinks würden nicht konsumiert, weil sie Nährstoffe oder Brennwert liefern, also der Ernährung dienen, sondern weil sie wach hielten. Insbesondere in Verbindung mit hochprozentigem Alkohol verstehe der Durchschnittsverbraucher das streitgegenständliche Getränk als das, was es laut seiner Bezeichnung sei, nämlich als eine Kombination der beiden Stimulanzien Alkohol und Koffein bzw. Taurin. Die streitgegenständliche Produktbezeichnung enthalte damit keine irreführende nährwertbezogene Angabe i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO.

Die Bezeichnung enthalte auch keine „gesundheitsbezogene Angabe“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO. Als solche definiere die HCVO jede Angabe, mit der zum Ausdruck gebracht werde, dass ein Zusammenhang zwischen dem Lebensmittel und der „Gesundheit“ bestehe, wobei auch hier ein positiver Zusammenhang gemeint sei. Ein solches Verständnis bringe der Durchschnittsverbraucher Produkten der streitgegenständlichen Art nicht entgegen. Er wisse, dass hochprozentiger Alkohol (10%) in Verbindung mit hochprozentigem Koffein nicht „gesund“ sei. Er verstehe die Bezeichnung eines hochprozentigen alkoholischen Mixgetränkes mit der Bezeichnung „ENERGY & VODKA“ als das, was es sei, nämlich als ein Mixgetränk aus einem Energy-Drink und hochprozentigem Alkohol. Er kenne die Gefahren einer solchen Mischung und verstehe die Angabe deshalb nicht als gesundheitsbezogen i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO. Gesundheitsbezogene Information über die Gefahren des Alkoholmissbrauchs sei hingegen gemäß ihrem 10. Erwägungsgrund nicht Ziel der Verordnung.

Es liege in der Produktbezeichnung letztlich auch weder ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2 noch gegen Art. 9 Abs. 7 der Verordnung über Kennzeichnungen von Spirituosen (Nr. 110/2008 VO (EG)) vor. Bei der Bezeichnung „ENERGY & VODKA“ handele es sich nicht um einen zusammengesetzten Begriff, sondern um die Bezeichnung einer Getränkemischung, die aus zwei deklarierten Getränken bestehe. Die Kammer habe auch Schwierigkeiten, das streitgegenständliche Produkt als eine „Verdünnung“ von Wodka im Sinne dieser Vorschrift zu beschreiben, wie es die nicht verbindlichen Guidelines der Europäischen Kommission offenbar verständen.

Ebenso wenig handele es sich bei der Angabe „ENERGY & VODKA“ um die Beschreibung eines Wodkas entsprechend der Begriffsbestimmung Nr. 15 des Anhangs II in Verbindung mit einem ähnlichen Begriff wie „Art“, „Typ“, „Fasson“ oder „Geschmack“. Der Durchschnittsverbraucher verstehe ein solches Getränk nicht als Wodka oder als eine Art von Wodka, sondern

als ein Mischgetränk aus Wodka und einem Energy-Getränk.

Hiergegen richtet sich der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung wie folgt:

Die HCVO solle dem Verbraucher ein hohes Schutzniveau gewährleisten, insbesondere im Hinblick auf seine Gesundheit. Grundvoraussetzung hierfür sei eine abwechslungsreiche und ausgewogene Ernährung, die bekanntermaßen mit der richtigen Auswahl der Lebensmittel stehe und falle. Lebensmittel, die mit bestimmten nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben beworben würden, könnten vom Verbraucher als besonders vorteilhaft wahrgenommen werden. Vor diesem Hintergrund hätten alkoholische Getränke, deren übermäßiger Genuss gesundheitlich problematisch sei, in Art. 4 HCVO eine Sonderregelung gefunden. Für alkoholische Getränke seien nach dieser Vorschrift gesundheitsbezogene Angaben per se verboten und nur bestimmte nährwertbezogene Angaben erlaubt. Art. 4 HCVO sei eine unmittelbare Ausprägung der Bemühungen auf europäischer Ebene, dem Missbrauch von Alkohol Einhalt zu gebieten.

Die Angabe „Energy“ sei eine nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 HCVO unzulässige nährwertbezogene Angabe (gleichbedeutend mit „enthält Koffein“ bzw. „enthält Energie“). Sie sei für alle Lebensmittel unzulässig, da sie im abschließenden Anhang der HCVO nicht enthalten sei. Sie sei erst recht für alkoholische Getränke unzulässig.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 4 HCVO sei eine nährwertbezogene Angabe jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht werde, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften besitze und zwar – unter anderem – aufgrund der Energie, die es (in erhöhtem Maße) liefere. Deshalb handele es sich bei der Angabe „Energy“ selbstverständlich um eine nährwertbezogene Angabe im vorgenannten Sinne. So sehe dies auch das Britische Gesundheitsministerium in seinem HCVO-Leitfaden und auch das

juristische Schrifttum.

Darüber hinaus sei die Angabe „Energy“ auch deshalb eine unzulässige gesundheitsbezogene Angabe, weil sie gleichbedeutend mit der Angabe „enthält Koffein bzw. Taurin“ bzw. eine sonstige wach machende Substanz sei. Aufgrund dessen würden die Energy-Drinks überhaupt konsumiert. Es handele sich insoweit um funktionelle Lebensmittel. Hiervon gehe auch das Landgericht aus. Mit dieser nährwertbezogenen Angabe dürften alkoholische Getränke jedoch nicht beworben werden. Dann dürfe Wodka auch nicht mit einer Angabe beworben werden, die für den Verbraucher dieselbe Bedeutung habe.

Nach Art. 4 Abs. 3 HCVO seien gesundheitsbezogene Angaben für alkoholische Getränke grundsätzlich unzulässig, da davon ausgegangen werde, dass der Verbraucher – anders als das Landgericht dies annehme – die gesundheitsschädigenden Auswirkungen des Alkohols nicht kenne und in aller Regel unterschätze.

Die Definition der gesundheitsbezogenen Angabe in Art. 2 Abs. 2 Ziffer 5 HCVO sei denkbar weit. All das, was der verantwortliche Lebensmittelunternehmer freiwillig auf die Verpackung drucke, diene in der Regel der Absatzförderung durch die Hervorhebung besonderer Eigenschaften. Dies gelte auch für freiwillige Angaben wie „Energy“. Selbstverständlich solle hiermit eine besondere positive Wirkung vermittelt werden, und zwar durchaus mit Bezug auf die Gesundheit.

Eine gesundheitsbezogene Angabe liege stets vor, wenn sie gemäß Art. 13 und 14 HCVO aufgrund ihres Aussagegehaltes zulassungsfähig sei. Die Angabe „Energy“ enthalte die werbliche Aussage „macht wach und überwindet die Müdigkeit“ – und von diesem Verständnis gehe auch das Landgericht aus. Demnach sei die Angabe „Energy“ bzw. die damit vermittelte Wirkung eine gesundheitsbezogene Angabe.

Dementsprechend fänden sich auch in der Liste der EFSA-

Datenbank, die alle gesundheitsbezogenen Angaben für Lebensmittel enthalte, die von der EFSA geprüft würden bzw. bereits geprüft seien und anschließend von der Europäischen Kommission zugelassen oder abgelehnt würden, zahlreiche Angaben, die sich auf eine Erhöhung der Wachsamkeit bzw. der geistigen Leistungsfähigkeit bezögen. Da die EFSA derlei Angaben zu Guarana, Koffein und sonstigen Substanzen zur Überprüfung angenommen habe, gehe sie stillschweigend davon aus, dass diese als gesundheitsbezogene Angaben zu werten seien.

Wenn die Beklagte sich der Wirkungsaussage „Energy“ bediene, müsse sie sich daran festhalten lassen. Sie wisse, dass die Bezeichnung „Energy“ von den angesprochenen Verkehrskreisen als Abkürzung für die Mischungskomponente „Energy-Drink“ verstanden werde. Diese würden der Angabe entnehmen, dass sie nicht nur Alkohol, sondern darüber hinaus wach machende Substanzen konsumieren.

Hilfsweise werde gerügt, dass ein Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 110/2008 (Spirituosen-Verordnung) vorliege. Die Bezeichnung „Energy & Vodka“ sei nicht nur eine unzulässige zusammengesetzte Bezeichnung i.S.d. Art. 10 sondern darüber hinaus eine ungerechtfertigte Verwendung der Verkehrsbezeichnung „Wodka“.

Nach Art. 10 Abs. 2 dieser Verordnung sei ein zusammengesetzter Begriff, in dem eine geschützte Spirituosenbezeichnung verwendet werde, unzulässig, wenn das so gekennzeichnete Produkt nicht den Mindestalkoholgehalt der betreffenden Spirituose aufweise. Während der Mindestalkoholgehalt von Wodka ausweislich Ziffer 15 des Anhangs II der Verordnung 37,5% Vol. betrage, weise das streitgegenständliche Erzeugnis lediglich 10 % Vol. auf. Damit sei der Wodka zu stark verdünnt. Denn Verdünnung im Sinne der Vorschrift sei ausweislich der Gesetzgebungshistorie nicht nur die „Verdünnung mit Wasser“, sondern auch die Mischung mit anderen Getränken. Eine Verdünnung habe immer vorliegen

sollen, wenn durch die Hinzufügung weiterer Zutaten der Mindestalkoholgehalt nicht mehr erreicht werde. So verhalte es sich hier.

Zudem dürften alkoholische Getränke, die in ihrer Bezeichnung, Aufmachung oder Etikettierung keiner Begriffsbestimmung des Anhangs II der Verordnung entsprächen, keine der Begriffsbestimmungen verwenden. Da es sich vorliegend um ein alkoholisches Getränk handele, das nicht den Begriffsbestimmungen des Anhangs II entspreche, sei auch die Verwendung der Bezeichnung „Wodka“ nicht zulässig.

Der Kläger beantragt deshalb,

es unter Abänderung des am 10. Januar 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Paderborn (Az. 6 O 28/11) der Beklagten bei Meidung eines vom Gericht für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an den Geschäftsführern der Beklagten, zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs selbst oder durch Dritte ein Vodka-Mischgetränk, das zu 26,7% aus Vodka und zu 73,3% aus einem koffeinhaltigen Erfrischungsgetränk mit Farbstoff und erhöhtem Koffeingehalt besteht und einen Alkoholgehalt von 10% Vol. aufweist, mit der Bezeichnung

„Energy & Vodka“

anzubieten, zu vertreiben, zu bewerben und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen, wenn dies in Ausstattung wie nachstehend wiedergegeben geschieht:

Die Entscheidung enthält an dieser Stelle ein Bild oder eine Grafik.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt:

Die Berufung sei wegen der Unbestimmtheit der Klageanträge unzulässig.

Es sei nicht klar, ob der Kläger meine, die Angabe „Energy“ solle entweder vermeintlich nährwertbezogen oder gesundheitsbezogen oder beides zugleich sein. Es genüge nicht den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn der Kläger für den Fall, dass kein Verstoß gegen die HCVO vorliege, einen Verstoß gegen die Spirituosen-Verordnung geltend mache, wobei im Zusammenhang mit einem angeblichen Verstoß zunächst Art. 10 Abs. 2 der Verordnung Anspruchsgrundlage sein und sich sodann ein Verbot „auch“ aus Art. 9 Abs. 7 der Verordnung ergeben solle.

Jedenfalls sei die Berufung unbegründet.

„ENERGY & VODKA“ stelle keine nährwertbezogene Angabe dar. Eine Angabe sei jede Aussage oder Darstellung, die nach dem Gemeinschaftsrecht oder den nationalen Vorschriften nicht obligatorisch sei und mit der zum Ausdruck gebracht werde, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitze. Im allgemeinen Sinne komme jedem Lebensmittel eine ernährungsbezogene Wirkung zu, diene doch seine Aufnahme der Ernährung. Darin liege noch keine besondere Eigenschaft. Auch Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 HCVO fordere jedoch die Angabe besonderer positiver Nährwerteigenschaften – und diese Besonderheit setze einen Vergleichs- oder Referenzgegenstand, mithin ein vergleichbares Produkt voraus. Dieser Definition entsprächen sodann die im Anhang zur HCVO zugelassenen nährwertbezogenen Angaben und Bedingungen für ihre Verwendung – wie beispielsweise energiearm, energiereduziert sowie energiefrei.

Zutreffend habe das Landgericht ausgeführt, dass der Durchschnittsverbraucher die streitgegenständliche Bezeichnung

nicht als Aussage über den Brennwert verstehe. „ENERGY & VODKA“ stelle eine schlagwortartige Beschaffenheitsangabe dar. „Energy“ nehme auf das Energie- und „Vodka“ auf das alkoholische Getränk Bezug. Entsprechend verhalte es sich bei den Bezeichnungen für die Getränke „Bitter Lemon & Vodka“ sowie „Cranberry & Vodka“. Nur dieses Verständnis, für das sich die Beklagte auf eine Verkehrsbefragung der angesprochenen Verkehrskreise bezieht, entspreche auch der allgemeinen Übung und dem tatsächlichen Branchenauftritt. Das würden auch die vorgelegten Produktbeispiele, in deren Bezeichnung auch der Bestandteil Energy verwandt werde, zeigen.

Als Beschaffenheitsangabe für ein aus einem Energydrink und einem alkoholischen Getränk bestehendes Mischgetränk erfülle „ENERGY & VODKA“ nicht die Tatbestandsvoraussetzungen der nährwertbezogenen Angabe. Es handele sich um eine obligatorische Angabe in der gebräuchlichen Abkürzung. Sofern der Senat Zweifel hege, ob auch eine Abkürzung den Anwendungsbereich der HCVO eröffne, werde angeregt, die Frage zur Vorabentscheidung dem EuGH vorzulegen.

Zudem werde mit der Bezeichnung „ENERGY & VODKA“ keine besondere Eigenschaft gegenüber anderen Produkten der Gattung angesprochen. Der Kläger gehe zu Unrecht davon aus, die Angabe „Energy“ habe die Bedeutung „enthält Koffein bzw. eine sonst wach machende Substanz“. Die Bezeichnung „Energy“ hebe im Vergleich zu anderen Energydrinks keine besonderen Inhaltsstoffe oder gar eine besondere Dosierung hervor. Der Kläger sei auch nicht in der Lage, der Angabe „Energy“ eine Bezugnahme auf eine konkrete andere Substanz i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 Buchstabe b HCVO zuzuweisen. Mit „Energy“ werde weder eine konkrete andere Substanz noch eine konkrete nährwertbezogene Wirkung derselben angesprochen. Auf die vom Kläger behauptete stimulierende Wirkung der Gattung der Energydrinks dürfe nicht abgestellt werden. Dies sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Es zeige aber, dass der Kläger

bemüht sei, mittelbar über den Begriff „ENERGY & VODKA“ eine komplette Gattungsbezeichnung - nämlich der Energydrinks – verbieten zu lassen und damit ein Verkehrsverbot für Mixgetränke mit einem Energydrink-Bestandteil zu erreichen.

Die Konsequenz des klägerischen Bestrebens sei, dass auch nicht alkoholische Energydrinks nach Art. 8 Abs. 1 HCVO zu verbieten seien. Auch Bezeichnungen mit anderen stimulierenden Substanzen wie Whisky-Cola seien nach der Logik des Klägers zu untersagen. Sofern der Senat die Frage der Abgrenzung von nährwertbezogenen Angaben von Beschaffenheitsangaben für klärungsbedürftig halte, sei die Sache – auch unter dem Aspekt des Art. 1 Abs. 4 HCVO – dem EuGH vorzulegen.

Mit näheren Ausführungen legt die Beklagte dar, warum nach ihrem Verständnis die Bezeichnung „ENERGY & VODKA“ keine gesundheitliche Angabe darstelle, und warum diese Bezeichnung auch nicht gegen die Spirituosen-Verordnung verstoße. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Berufungserwiderung verwiesen.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet.

Denn die zulässige Klage ist bereits mit dem Hauptantrag begründet.

I.

Die Klage ist zulässig.

1.

Die in der mündlichen Verhandlung am 10.01.2012 um den Unterpunkt a), d.h. die Bezeichnung „Energy“, des ursprünglichen Klageantrages vom 12.04.2011 teilweise

zurückgenommene Klage ist jedenfalls aufgrund der schon erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 21.09.2011 vorgenommenen „Abstufung“ des Klagebegehrens in Haupt- und Hilfsanträge hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Der Kläger hat hiermit ein Rangverhältnis der sodann gestaffelten Anträge hergestellt. Damit ist klar, dass es ihm in erster Linie um ein Verbot wegen einer nährwertbezogenen Angabe geht. Sofern der Senat seine hierzu vertretene Ansicht nicht teilt, geht es ihm hilfsweise um ein Verbot wegen einer gesundheitsbezogenen Angabe. Falls der Senat seiner Argumentation hierzu nicht folgt, geht es ihm letztlich um das Verbot wegen eines Verstoßes gegen die Spirituosen-Verordnung, wobei er klar gemacht hat, dass er das Verbot in erster Linie auf Art. 10 Abs. 2 und lediglich hilfsweise auf einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 7 der Verordnung stützt.

2.

Der Kläger hat aufgrund seiner Mitgliederstruktur anerkanntermaßen die umfassende Verbandsklagebefugnis für das gesamte Bundesgebiet nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

II.

Die Klage ist auch begründet.

Dem solchermaßen auch aktivlegitimierten Kläger steht der von ihm verfolgte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2, § 4 Nr. 11 UWG zu.

1.

Der von ihm beanstandete Vertrieb des Getränkes unter der streitgegenständlichen Warenbezeichnung stellt zweifellos ein Handeln der Beklagten im geschäftlichen Verkehr im Sinne der § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar.

2.

Dieses Handeln der Beklagten ist unlauter i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG.

Denn die für den Vertrieb des in Rede stehenden Getränkes verwendete Bezeichnung „ENERGY + VODKA“ verstößt gegen Art. 4 Abs. 3 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (sog. Health-Claims-VO).

a)

Nach der Health-Claims-VO (im Folgenden: HCVO) dürfen nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen verwendet werden. Die Bestimmungen der HCVO dienen dem Schutze der Verbraucher und stellen daher Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 4 Nr 11 UWG dar, deren Verletzung geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und Verbrauchern spürbar zu beeinträchtigen (BGH GRUR 2011, 246 – Gurktaler Klosterlikör; Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 4 UWG Rdnr. 11.137a).

b)

Gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 2 HCVO dürfen Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent – und um ein solches handelt es sich hier unstreitig – keine nährwertbezogenen Angaben mit Ausnahme solcher, die sich auf eine Reduzierung des Alkoholgehaltes oder des Brennwertes beziehen – und um solche handelt es sich hier zweifellos nicht -, tragen.

Bei der Bezeichnung „ENERGY + VODKA“ handelt es sich um eine nährwertbezogene und demnach in der hier in Rede stehenden Verwendung unzulässige Angabe.

Unter „nährwertbezogener Angabe“ ist ausweislich Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO jede Angabe zu verstehen, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere positive Nährwerteigenschaften

besitzt, und zwar aufgrund

a) der Energie (des Brennwertes), die es

i) liefert,

ii) in vermindertem oder erhöhtem Maße liefert oder

iii) nicht liefert und/oder

b) der Nährstoffe oder anderen Substanzen, die es

i) liefert,

ii) in verminderter oder erhöhter Menge enthält oder

iii) nicht enthält.

Mit der Angabe „ENERGY + VODKA“ wird dem Verbraucher im vorgenannten Sinne suggeriert, dass dem hiermit bezeichneten Getränk aufgrund einer in ihm enthaltenen anderen Substanz besondere positive Nährwerteigenschaften zukommen.

Maßgeblich ist insoweit laut des 16. Erwägungsgrundes der HCVO grundsätzlich das Verständnis des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, mithin das Verbraucherleitbild, wie es sich nach der Rechtsprechung des EuGH herausgebildet hat. Diese Verkehrsauffassung können die Mitglieder des erkennenden Senates aufgrund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung beurteilen, ohne dass es hierfür besonderer Sachkunde bedürfen würde. Sie müssen sich ausweislich des 16. Erwägungsgrundes der HCVO a.E. insoweit auf ihre eigene Urteilsfähigkeit verlassen.

aa)

Durch den in der streitgegenständlichen Bezeichnung enthaltenen Begriff „Energy“ wird dem Verbraucher der Eindruck vermittelt, der Konsum des in dieser Weise beworbenen Getränks verschaffe ihm just diese „Energy“. Auch der verständige

Durchschnittsverbraucher versteht nämlich den englischen Begriff „Energy“, zumal dieser als Anglizismus weit verbreitet ist, durchaus als das, was er in die deutsche Sprache übersetzt bedeutet. Das heißt als gleichbedeutend für Energie, Kraft, Tatkraft, Leistungsvermögen. Er schreibt dem Getränk damit eine – wie es das Landgericht insoweit durchaus zutreffend beschreibt – anregende, stimulierende Wirkung auf seinen Organismus zu.

Die in Rede stehende Angabe kennzeichnet das Getränk damit für den Verbraucher als funktionelles Lebensmittel, und zwar aufgrund seiner solchermaßen positiven – und ausweislich des 6. Erwägungsgrundes der HCVO fallen nur solche Eigenschaften in den Anwendungsbereich der HCVO – Nährwerteigenschaften.

bb)

Diese positiven Nährwerteigenschaften schreibt der Verbraucher dem Getränk zwar anders als beispielsweise bei sog. „Power-Riegeln“ o.ä. – nicht aufgrund seiner Energie i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a) HCVO zu. Denn dort ist der Begriff Energie – insoweit zutreffend das Landgericht – gleichbedeutend mit Brennwert gemeint.

Der Begriff des Nährwertes beschränkt sich jedoch im Allgemeinen und auch i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO nicht auf diese Brennstoffe, sondern umfasst gemäß Buchst. b) zudem Nährstoffe und Substanzen. Wenngleich auch der in Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 HCVO im Einzelnen definierte Begriff des Nährstoffes vorliegend nicht einschlägig ist, geht der Verbraucher in Anbetracht der mit dem Konsum des Getränkes erwarteten Wirkung davon aus, dass das Getränk eine „andere Substanz“ i.S.d. insoweit maßgeblichen Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 HCVO enthält.

Hierfür „genügt“ nämlich jeder andere Stoff als ein Nährstoff, der eine ernährungsbezogene oder eine physiologische Wirkung hat, d.h. durch den organische Prozesse im menschlichen Körper

ausgelöst, verhindert oder anderweit beeinflusst werden. Dies ist mit dem erwarteten anregenden, stimulierenden Effekt, den der Verbraucher dem Getränk zuschreibt, der Fall, auch ohne dass die hierfür verantwortliche Substanz konkret benannt werden muß (vgl. Zipfel/Rathke, VO über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, C 111, Art. 2 Rdnr. 32).

cc)

Die Angabe geht nach den vorstehenden Erwägungen über eine rein objektive Beschaffenheitsangabe hinaus, und zwar insbesondere für den Fall, dass dem Durchschnittsverbraucher – und hierauf stellt die Beklagte selbst ab – bekannt sein sollte, dass es das streitgegenständliche Produkt auch noch in der Variante „Bitter Lemon + Vodka“ und „Cranberry + Vodka“ gibt. Denn hierdurch wird die besondere positive Nährwerteigenschaft des Getränkes innerhalb dieser auf dem Markt bekannten und vorhandenen Produktgruppe der alkoholhaltigen Mixgetränke mit Vodka umso deutlicher (vgl. Meisterernst, Ein Lernprozess ? – ..., WRP 2010, 481, 485 zu dem für die Abgrenzung zur objektiven Beschaffenheitsangabe maßgeblichen Vergleichsmaßstab).

(1)

Es handelt sich hierbei nicht um die reine Angabe einer Zutat.

Der hierzu herangezogene Vergleich der Beklagten mit der Verwendung einer Zutat in einem nicht alkoholischen Lebensmittel wie zum Beispiel „Traubenzucker +“ etc. hinkt schon deshalb, weil der Begriff „Energy“ in erster Linie für die Wirkweise des beworbenen Mixgetränkes steht und erst mittelbar den Schluss auf die hierfür verantwortlichen Stoffe, die sich sodann auf der Rückseite der Getränkedose finden, zulässt.

Zudem lässt Art. 8 Abs. 1 HCVO die im Anhang genannte Angabe „Enthält (Name des Nährstoffes oder der anderen Substanz)“ sowie jegliche Angabe, die für den Verbraucher

voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat – und damit wohl auch die Angabe einer Zutat -, als nährwertbezogene Angabe, mithin für den Fall, dass sich allein aus der Zutat auf besondere positive Nährwerteigenschaften schließen lässt, zu. Dies gilt ausweislich der Verwendungsbedingungen allerdings nur dann, wenn dies den Bestimmungen der HCVO entspricht, mithin gemäß Art. 4 Abs. 3 HCVO nicht für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent.

(2)

Dementsprechend kann dahinstehen, ob der Verbraucher den Begriff „Energy“ womöglich auch als bekannte Abkürzung für den darin enthaltenen Energy-Drink, mithin das auf der Umseite aufgeführte koffeinhaltige Erfrischungsgetränk mit erhöhtem Koffeingehalt versteht – und dies ist zweifelhaft.

Selbst hierin liegt nicht die Angabe einer „schlichten“ Zutat, sondern eines eigenen komplexen, hinsichtlich der konkreten Zusammensetzung seiner Zutaten auch dem verständigen Durchschnittsverbraucher keineswegs ohne weiteres geläufigen Lebensmittels.

c)

Die Bezeichnung „ENERGY“ geht damit aufgrund ihres eigenständigen Begriffsinhaltes über eine (lediglich) abgekürzte Verkehrsbezeichnung für den in dem Mischgetränk enthaltenen Energydrink hinaus. Sie ist insoweit von der auf der Rückseite der Getränkedose aufgedruckten obligatorischen Verkehrsbezeichnung, die nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO vom Anwendungsbereich der HCVO nicht erfasst ist, zu unterscheiden.

d)

Ob es sich bei der in Rede stehenden Bezeichnung um eine allgemeine Bezeichnung i.S.d. Art. 1 Abs. 4 HCVO handelt, ist ohnehin unerheblich. Denn das dort vorgesehene

Antragsverfahren wurde vorliegend nicht durchgeführt.

106

3.

Die Verletzungshandlung ist als Verstoß gegen eine europarechtliche Vorschrift zum - so der 1. Erwägungsgrund der HCVO – Schutz der Gesundheit von Verbrauchern allemal erheblich (§ 3 Abs. 1 UWG).

108

4.

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (vgl. Köhler/Bornkamm, 30. Aufl., § 8 UWG, Rn. 1.33). Eine Unterwerfungserklärung seitens der Beklagten liegt nicht vor.

III.

111

Der Senat war – da kein letztinstanzliches Gericht i.S.d. Art. 234 Abs. 3 EGV (vgl. Ahrens-Spätgens, 6. Aufl., Kap. 25 Rdnr. 12) – nicht zu der seitens der Beklagten angeregten Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung über die von ihr vorformulierten Fragen verpflichtet.

IV.

Der Beklagten war die von ihr bereits in der Klageerwiderung vom 05.09.2011 beantragte Aufbrauchs- und Umstellungsfrist als nach § 242 BGB gebotenene Beschränkung des Urteilsverbotes einzuräumen (vgl. zur Rechtsgrundlage und den Voraussetzungen Ahrens-Bähr, 6. Aufl. Kap. 38 Rdnr. 3f., 5f.). Die Beklagte musste aufgrund der erstinstanzlichen Entscheidung zu ihren Gunsten nicht zwingend mit einer Verurteilung rechnen. Sie hat triftige Gründe für die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme dargetan, die vom Kläger nicht in Frage gestellt werden.

V.

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs.1, 92 Abs. 2 Nr. 2, 269 Abs. 3 S.2; 708 Nr. 10, 711 ZPO.

VI.

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gem. § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache ist weder von grundsätzlicher Bedeutung noch erfordert sie zur Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung die Entscheidung des Revisionsgerichts.