

Wettbewerbsverstoß eines Nahrungsergänzungsmittels

Oberlandgericht Celle

Urteil vom 30. Januar 2014

Az.: 13 U 183/12

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18. Oktober 2012 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stade wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor zu Ziff. 1 wie folgt neu gefasst wird:

Die Beklagte wird unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 € – ersatzweise Ordnungshaft – oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Beklagten, verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Mittel „Kudzu 300 mg GPH Kapseln“ zu bewerben und/oder zu vertreiben, sofern für das Mittel keine Zulassung oder Notifizierung nach der Novel-Food-Verordnung (Verordnung EG 258/97) oder keine Festlegung gemäß Art. 1 Abs. 3 der Novel-Food-Verordnung besteht.

Die Kosten der Berufung hat die Beklagte zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert für die Berufungsinstanz: 30.000,00 €.

Entscheidungsgründe

I.

Der Kläger, ein Wettbewerbsverband, macht wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend wegen des von der Beklagten beworbenen und vertriebenen Nahrungsergänzungsmittels „Kudzu 300 mg GPH Kapseln“.

Wegen der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz und der darin gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der auf Unterlassung gerichteten Klage stattgegeben und die Beklagte ferner zur Zahlung der geltend gemachten Abmahnkostenpauschale von 166,60 € verurteilt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zustehe. Im streitrelevanten Produktbereich der Gesundheitsprodukte und Nahrungsergänzungsmittel verfüge der Kläger ausweislich der von ihm eingereichten Mitgliederliste über eine ausreichende Zahl von Mitgliedern.

Bei der Novel-Food-Verordnung handele es sich um eine marktregulierende Vorschrift i. S. von § 4 Nr. 11 UWG. Es sei zwischen den Parteien auch unstreitig, dass es sich bei dem Produkt um ein Nahrungsergänzungsmittel handele. Es sei davon auszugehen, dass Kudzu bislang in der Europäischen Gemeinschaft noch nicht im nennenswerten Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden sei. Dabei sei auf den 15. Mai 1997, den Tag des Inkrafttretens der Novel-Food-Verordnung abzustellen. Der Kläger sei seiner primären Darlegungslast in Bezug auf die negative Tatsache der fehlenden Verwendung von Kudzu in der Europäischen Gemeinschaft nachgekommen. Hingegen habe die Beklagte nicht hinreichend substantiiert Umstände aufgezeigt, aus denen auf

das Gegenteil geschlossen werden könne. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass Kudzu im nennenswerten Umfang etwa in Reformhäusern, Bioläden oder bestimmten Verkaufsketten vertrieben worden sei. Sie habe auch nicht dazu vorgetragen, seit wann spätestens Kudzu auf dem Europäischen Markt präsent sei und welches Umsatzvolumen generiert worden sein könnte. Aus der Auflistung der Pflanze im sog. Novel-Food-Katalog ergebe sich nicht, dass Kudzu bereits vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union im nennenswerten Umfang als Nahrungsergänzungsmittel für den menschlichen Verzehr verwendet worden und daher nicht als neuartiges Lebensmittel i. S. der Verordnung einzustufen sei. Ausweislich des Katalogs habe Kudzu nämlich den Status „FS“ erhalten. Danach gehe die Kommission zwar davon aus, dass das Produkt als Nahrungsergänzungsmittel vor dem 15. Mai 1997 verwendet worden sei. Daraus folge aber nicht, dass dies im nennenswerten Umfang geschehen sei. Denn einen entsprechenden Status, bei dem das Produkt mit einem Häkchen auf grünem Grund gekennzeichnet wird („This Product was on the market as food or food in credit and consumed to a significant degree before 15. May 1997“), habe Kudzu gerade nicht erhalten.

Auf die Rechtsnatur des Novel-Food-Katalogs komme es vorliegend nicht an. Dieser sei ohnehin nicht erschöpfend und diene nur als Orientierung. Das Bundesamt für Risikobewertung sei zu der Feststellung gelangt, dass die Wurzeln der streitgegenständlichen Pflanze (*Pueraria lobata*) vor dem 15. Mai 1997 gerade nicht in nennenswerter Menge als Lebensmittel Verwendung gefunden hätten und daher die Wurzeln als Novel-Food anzusehen seien. Derzeit sei eine abschließende gesundheitliche Bewertung noch nicht möglich. Demzufolge bedürften die aus der Pflanze gewonnenen Extrakte vor der Verwendung in Lebensmitteln einer Genehmigung nach der Novel-Food-Verordnung.

Auf die Kenntnis des zuständigen Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit könne sich die

Beklagte nicht stützen. Denn die Kenntnis gestatte nicht den Schluss, dass das zuständige Amt eine Überprüfung des Produkts vorgenommen habe. Es fehle auch an einer Entscheidung darüber, dass die Beklagte das Produkt zu Recht in den Verkehr gebracht habe. Der Umstand, dass das Mittel in Österreich rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sei, sei unerheblich. § 54 Abs. 1 Nr. 1 LFGB hebe das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach der Novel-Food-Verordnung nicht auf (§ 54 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB). Demzufolge könne der Kläger von der Beklagten auch die Zahlung der Abmahnkostenpauschale in der geltend gemachten Höhe verlangen.

Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte die Abänderung des landgerichtlichen Urteils und verfolgt ihren erstinstanzlichen Klagabweisungsantrag weiter. Die Beklagte rügt, dass das Landgericht zur Frage der Klagebefugnis nicht hinreichend geprüft habe, ob die Mitglieder des Klägers in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu ihr stünden. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Mitglieder die Tätigkeit, die diese bei Aufnahme gegenüber dem Kläger angegeben haben, noch ausüben. Hierzu verweist die Beklagte auf die Angaben der Geschäftsführerin des Klägers in der Vernehmung vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth vom 20. September 2012. Daraus ergebe sich, dass der Kläger lediglich die Angaben der Mitglieder übernommen, diese jedoch nicht überprüft habe. Der Kläger habe zudem nicht dargelegt, dass der Absatz von Produkten, die seine Mitglieder vertreiben, durch ihre Tätigkeit beeinträchtigt werde. Damit sei aber auch nicht ersichtlich, dass dem Kläger eine erhebliche Anzahl von Unternehmen angehörten, die zu ihr in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Es sei nicht erkennbar, dass überhaupt ein Mitgliedsunternehmen des Klägers kudzuhaltige Nahrungsergänzungsmittel vertreiben würde.

Auch zu seiner aktuellen finanziellen Situation, insbesondere dazu, in welchem Umfang er gerichtliche Verfahren führe und mit welchen Sicherheiten er das entsprechende Prozessrisiko

abdecken wolle, habe der Kläger keine Angaben gemacht.

In der Sache habe das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass der Kläger seiner Darlegungslast über die fehlende Verwendung von Kudzu für den menschlichen Verzehr nachgekommen sei. Vielmehr würde sich aus den Anlagen B 9 und B 10 ergeben, dass der EFSA, der Europäischen Behörde für Risikobewertung, die Verwendung von Kudzu in einer Vielzahl von Nahrungsergänzungsmitteln in der Europäischen Union bekannt gewesen sei. Die gegenteilige Behauptung des Klägers sei daher unzutreffend. Unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. März 2012 (3 C 15/11) vertritt die Beklagte nach wie vor die Auffassung, dass durch die Aufnahme des Stoffes in den sog. „Novel-Food-Katalog“ feststehe, dass die Substanz bereits vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union im nennenswerten Umfang als Nahrungsergänzungsmittelzusatz für den menschlichen Verzehr verwendet worden sei. Die von dem Bundesinstitut für Risikobewertung vertretene Auffassung zur ungeklärten Gefährlichkeit der Kudzuwurzel sei unzutreffend. Weiterhin sei auf die in der Zeitschrift „Molecular Nutrition and Food Research“ im Jahr 2009 veröffentlichten Studie „Mortensen et. al.“ verwiesen, nach der eine Schädlichkeit von auch in der Kudzuwurzel enthaltenen Isoflavonen gerade nicht nachgewiesen worden sei. Das Landgericht habe ferner verkannt, dass das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit trotz Kenntnis des Vertriebs ihres Produkts auch mit Blick auf die Novel-Food-Verordnung seit Jahren keine Bedenken geäußert habe. Aufgrund der dem Bundesamt obliegenden Pflicht zur Überprüfung der Verkehrsfähigkeit der angezeigten Nahrungsergänzungsmittel folge daher, dass es sich bei den ein Kudzuextrakt enthaltenen Kapseln nicht um ein Novel-Food handle.

Da das Produkt in Österreich rechtmäßig hergestellt und vertrieben werde, könne nach § 54 LFGB ein Verbot in Deutschland nicht durchgesetzt werden. Ein solches Verbot sei

nur aus zwingenden Erfordernissen des Gesundheitsschutzes möglich. Auf die Bewertung des Bundesinstituts für Risikobewertung könne sich der Kläger insoweit nicht stützen, weil das Bundesinstitut lediglich mit Vermutungen arbeite und eine konkrete Bewertung gar nicht vorgenommen habe. Der Kläger trage auch die Beweislast dafür, dass das Produkt nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO gesundheitsschädlich sei. Dagegen spreche die Tatsache, dass das Produkt in Österreich rechtmäßig hergestellt und im Verkehr ist.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Stade vom 18. Oktober 2012, Az.: 8 O 96/12,

abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Beklagte zur Unterlassung verurteilt werden soll, im geschäftlichen Verkehr das Mittel „Kudzu 300 mg GPH Kapseln“ zu bewerben und/oder zu vertreiben, sofern für das Mittel keine Zulassung oder Notifizierung nach der Novel-Food-Verordnung (Verordnung EG 258/97) oder keine Festlegung gem. Art. 1 Abs. 3 der Novel-Food-Verordnung besteht.

Unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt der Kläger die angefochtene Entscheidung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

1. Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt.

a) Bei dem Kläger handelt es sich um einen Verein zur Förderung gewerblicher Interessen, was sich daraus ergibt, dass er unstreitig nach seiner Satzung die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder wahrt und darauf achtet, dass die Regeln des lauterer Wettbewerbs eingehalten werden.

b) Dem Kläger gehört auch eine erhebliche Anzahl von Gewerbetreibenden an, die Leistungen gleicher oder verwandter Art anbieten. Abzustellen ist dabei auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Mitgliedsunternehmen und dem Beklagten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007 – I ZR 51/04 – Krankenhauswerbung, juris Rn. 13 bis 15; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 8 Rn. 3.35 und 3.38). Der Begriff gleicher oder verwandter Art im Sinne § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich ihrer Art nach so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz des einen Unternehmens durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass eine nicht gänzlich unbedeutende potenzielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann. Ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben Branche oder zumindest angrenzenden Branchen begründet. Dabei ist auf Seiten des in Anspruch Genommenen auf den Branchenbereich abzustellen, dem die beanstandete Wettbewerbshandlung zuzurechnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, a. a. O., juris Rn. 14). Das ist vorliegend der Bereich der Nahrungsergänzungsmittel/Gesundheitsernährung auf dem bundesweiten Markt, da die Beklagte die Kapseln im Internet unter Hinweis auf „wichtige“ Inhaltsstoffe, die der Gruppe der Isoflavone angehören, und auf die Gesundheit unterstützende Wirkung als Nahrungsergänzungsmittel vertreibt.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind dabei als Waren gleicher oder verwandter Art nicht allein kudzuhaltige

Produkte anzusehen. Denn die Notwendigkeit der Einnahme von Nahrungsergänzungsmitteln ist eng mit den Ernährungsgewohnheiten insgesamt verbunden ist, so dass auch Lebensmittelunternehmen, Lebensmittelhersteller, Hersteller und Vertreiber von Naturheilmitteln oder diätetischer Mittel mit Waren verwandter Art handeln (BGH, Urteil vom 23. Januar 1997 – I ZR 238/93 – Produkt-Interview, juris Rn. 14; Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 3.39).

Der Anlage K 25, deren Richtigkeit die Beklagte erstinstanzlich nicht bestritten hat, lassen sich konkrete Wettbewerber i. S. des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zweifelsfrei entnehmen. Unter den Mitgliedern sind 13 Hersteller von Kosmetik und Nahrungsergänzungsmitteln, 37 Hersteller von Naturheilmitteln und Ökoprodukten, der Bundesverband deutscher Versandapotheken, zwei Sanitätshäuser, die Reform- und Drogerieprodukte bundesweit im Versandhandel anbieten, sowie 25 Hersteller, Einzel-, Groß- und Versandhändler von Nahrungsergänzungsmitteln, die bundesweit tätig sind.

Ein pauschales Bestreiten der Mitgliedschaft durch die Beklagte ist angesichts der von dem Kläger nunmehr auch in zweiter Instanz vorgelegten aktuellen Mitgliederliste mit dem Stand 2. September 2013 (Anlage BE1) unbeachtlich (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 3.66). Soweit die Beklagte mit der Berufungsbegründung erstmals geltend macht, dass die Mitglieder (möglicherweise) unzutreffende Angaben gemacht haben oder nicht mehr in dem angegebenen Bereich tätig seien, handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel, das wegen Nachlässigkeit nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO zuzulassen ist. Der Beklagten hätte es oblegen, bereits erstinstanzlich, nämlich rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012 diese Beanstandung vorzubringen, nachdem ihr durch die Vernehmung der Geschäftsführerin des Klägers am 20. September 2012 vor der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Nürnberg-Fürth, der die Prozessbevollmächtigten der Beklagten beigewohnt haben,

die für sie wesentlichen Anhaltspunkte, auf die sie ihr Bestreiten stützt, bekannt waren.

c) Dem Kläger gehören damit eine erhebliche Anzahl von Unternehmen an, deren Geschäftstätigkeit durch die Werbung betroffen ist. Erheblich in diesem Sinne ist die Zahl der Mitglieder des Verbands auf dem einschlägigen Markt dann, wenn diese Mitglieder als Unternehmer, bezogen auf den maßgeblichen Markt, in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Dies kann auch schon bei einer geringen Anzahl auf dem betreffenden Markt tätiger Mitglieder anzunehmen sein (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, a. a. O., juris Rn. 15). So liegt es auch hier. Ausweislich der Anlage K 25 handelt es sich um verschieden strukturierte (Einzelunternehmen, Vereinigungen), über das Bundesgebiet verteilte Unternehmen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass hier nicht nur Einzelinteressen wahrgenommen werden.

Der Werbung für das von der Beklagten beworbene und vertriebene Produkt kann zweifelsfrei dazu führen, dass der Verbraucher nicht auf die von den Mitgliedern des Klägers hergestellten oder vertriebenen Produkte zurückgreift. Es ist nicht davon auszugehen, dass das streitrelevante Produkt unsubstituierbar ist.

d) Der Kläger ist ferner in der Lage, seine satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen. Dazu gehört eine entsprechende personelle Ausstattung, eine sachliche Ausstattung und eine finanzielle Ausstattung. Davon kann der Senat im Streitfall nach den Grundsätzen des Freibeweises (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, a. a. O., § 8 Rn. 3.65) ausgehen. Der Kläger, der seit Jahren als klagebefugt anerkannt ist (z. Bsp. BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 273/99 – Sportlernahrung I), ist seit 1977 tätig und hat über 30.000 Mitglieder, unter denen sich auch zahlreiche Verbände befinden. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht mit Substanz

entgegengetreten.

2. Dem Kläger steht auch der geltend gemachte Anspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 258/97 (im Folgenden Novel-Food-Verordnung) zu.

a) Der Vertrieb eines Erzeugnisses, das in den Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung fällt, und ohne die nach dieser Verordnung erforderliche Genehmigung (vgl. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 der Novel-Food-Verordnung) erfolgt, stellt nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG ein unlauteres und unzulässiges Wettbewerbsverhalten dar. Die genannten lebensmittelrechtlichen Bestimmungen regeln das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer, weil sie gemäß der Zweiten Begründungserwägung der Novel-Food-Verordnung dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007 – I ZR 77/05 – Fruchtextrakt, juris Rn. 11; OLG Hamm, Urteil vom 6. Mai 2010 – 4 U 222/09, juris Rn. 32 f.). Die Verletzung der genannten Vorschriften stellt auch keinen Bagatelverstoß im Sinne § 3 Abs. 1 UWG dar (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007, a. a. O.).

§ 3 Abs. 1 der Verordnung zur Durchführung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über neuartige Lebensmittel und Lebensmittelzutaten (Neuartige-Lebensmittel- und Lebensmittelzutaten-Verordnung (NLV)) bestimmt, dass „Lebensmittel und Lebensmittelzutaten im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 vorbehaltlich des Absatzes 2 von demjenigen, der für das Inverkehrbringen verantwortlich ist, nicht ohne eine nach den in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 genannten Verfahren erteilte Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen (Genehmigungsverfahren)“. Nach § 3 Abs. 2 Novel-Food-Verordnung dürfen die in Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 genannten Lebensmittel und Lebensmittelzutaten von demjenigen, der für das Inverkehrbringen verantwortlich ist, nur in den Verkehr gebracht werden, wenn er dies spätestens zum Zeitpunkt des

ersten Inverkehrbringens der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 5 Satz 1 und 2 i. V. mit Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 angezeigt hat (Notifizierungsverfahren). Im Streitfall liegt weder eine Genehmigung vor noch ist eine Notifizierung oder Festlegung nach Art. 1 Abs. 3 Novel-Food-Verordnung erfolgt.

b) Der Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung (und des § 3 NLV) ist eröffnet. Es kommt darauf an, dass ein nennenswerter Verzehr von Kudzu oder kudzuhaltigen Produkten vor dem 15. Mai 1997 (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – C-211/03, juris Rn. 88) in den Mitgliedstaaten nicht erfolgt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Januar 2009 – C-383/07, juris Rn. 15 ff. und 38).

aa) Dass ein Lebensmittel oder eine Lebensmittelzutat in der Gemeinschaft noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde, ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls feststeht, dass dieses Lebensmittel oder diese Lebensmittelzutat vor dem Bezugszeitpunkt in keinem Mitgliedstaat in erheblicher Menge für den menschlichen Verzehr verwendet wurde (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – C-211/03, a. a. O.). Eine in diesem Sinne erhebliche Menge der Verwendung für den menschlichen Verzehr ist dementsprechend gegeben, wenn es nach dem Umfang, in dem das betreffende Mittel von Menschen verzehrt worden ist, zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung nicht (mehr) erforderlich erscheint, das Inverkehrbringen in der Gemeinschaft erst nach einer Sicherheitsprüfung nach den Bestimmungen der Novel-Food-Verordnung zuzulassen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007, a. a. O., juris Rn. 18 ff.). So liegt es hier nicht.

bb) Der Kläger ist darlegungs- und beweisbelastet, soweit zwischen den Parteien Streit darüber besteht, ob die genannte Voraussetzung der Verwendung für den menschlichen Verzehr in „nicht nennenswertem Umfang“ erfüllt ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007, a. a. O., Rn. 18). Die Beklagte trifft

allerdings in dieser Hinsicht eine sekundäre Darlegungslast und der Kläger muss auf einen substantiierten Vortrag der Beklagten seinerseits sein Vorbringen konkretisieren und darauf – ggf. unter Beweisantritt – eingehen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007, a. a. O.).

Nach diesem Grundsatz ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass Nahrungsergänzungsmittel, die ein Extrakt der Kudzuwurzel enthalten, vor dem Stichtag 15. Mai 1997 in keinem Mitgliedstaat in erheblicher Menge für den menschlichen Verzehr verwendet wurden.

(1) Der Kläger hat zunächst das Vorliegen der negativen Tatsache, dass das hier in Rede stehende Nahrungsergänzungsmittel zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden ist, hinreichend substantiiert dargelegt. Er verweist auf Lebensmittel-Lexika und andere einschlägige Werke, in dem das Extrakt beziehungsweise Teile der Pflanze nicht als Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel erwähnt werden, und darauf, dass selbst in dem EFSA-Kompendium (Anlagen K15 und K16) von 2012 die Pflanze „Pueraria lobata“ nicht aufgeführt ist. Nach einer Untersuchung des Bundesinstituts für Risikobewertung (Anlage K18) liegen Informationen zur Menge und Dauer des Verzehrs der Kudzuwurzel in der Europäischen Gemeinschaft nicht vor.

(2) Demgegenüber hat die Beklagte – lediglich – darauf abgestellt, dass die Essgewohnheiten in Europa unterschiedlich seien und auf deutschsprachige Fachliteratur daher nicht abgestellt werden könne. Dass die Pflanze vor dem Stichtag in nennenswertem Umfang als Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel in einem der Mitgliedstaaten verzehrt wurde, legt sie nicht konkret dar. Die Beklagte stellt im Grunde nur darauf ab, dass die Pflanze bekannt war. Etwas anderes ergibt sich weder aus dem Umstand, dass die ESFA im Jahr 2009 eine Arbeitsgruppe zur Bewertung isoflavonhaltiger Lebensmittel eingesetzt hat, noch aus der in demselben Jahr

veröffentlichten Studie „Mortensen et. al.“, die sich beide nicht zum Umfang des Verzehrs in dem Jahr 1997 verhalten.

(3) Ferner hat sich die Beklagte darauf berufen, dass die Kudzu-Pflanze im Novel-Food-Katalog mit dem Status „FS“ aufgeführt ist.

(a) Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 1. März 2012 (3 C 15/11, juris Rn. 26) über die mit dem Status „FS“ versehenen Stoffe Glucosaminsulfat und Chondroitinsulfat ausgeführt, die Aufnahme einer Substanz in den Novel-Food-Katalog dokumentiere, dass die Substanz bereits vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union in „nennenswertem“ Umfang als Nahrungsergänzungsmittelzutat für den menschlichen Verzehr verwendet worden und daher nicht als neuartige Lebensmittelzutat im Sinne der Novel-Food-Verordnung anzusehen sei. Das lässt sich dem Wortlaut des Novel-Food-Katalogs aber so nicht entnehmen, da nur die Verwendung als Nahrungsergänzungsmittel vor dem 15. Mai 1997 beschrieben wird; über den Umfang der Verwendung findet sich hingegen keine Aussage (so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. November 2013 – 6 W 31/13; LG Berlin, Urteil vom 20. November 2012 – 91 O 102/12, juris Rn. 26). Zudem spricht das Vorhandensein des mit einem „Häkchen auf grünem Grund“ gekennzeichneten Status, wonach das Produkt „to a significant degree“, also in nennenswertem Umfang vor dem 15. Mai 1997 als Lebensmittel genutzt wurde, gegen die Ansicht der Beklagten, denn eine solche Qualifizierung erfordert die Erteilung des Status „FS“ („According to information available to Member States competent authorities this product was used only as or in food supplements before 15. May 1997 ...“) gerade nicht.

(b) Die Aufnahme in den Novel-Food-Katalog ist für die nationalen Gerichte auch nicht bindend, da Art. 13 Novel-Food-Verordnung nur ein behördeninternes Verfahren beschreibt. Ausweislich der Einleitung soll es sich bei dem Katalog auch nur um eine nicht abschließende erste Orientierung handeln („non-exhaustive, and serves as orientation on whether a

product will need authorisation under the Novel Food Regulation. EU countries may restrict the marketing of a product through specific legislation”), die auf Informationen der Mitgliedstaaten beruhen.

Der Europäische Gerichtshof hat nicht entschieden, dass die Frage, ob ein Stoff unter die Novel-Food-Verordnung fällt, nur über das sog. Komitologieverfahren und nicht auch durch nationale Behörden geklärt werden kann. Vielmehr stellt das Komitologieverfahren eine Möglichkeit dar, die dem Unternehmer allerdings nicht zugänglich ist (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Januar 2009 – C-383/07, juris Rn. 42). Nichts anderes folgt aus der von der Beklagten zitierten Entscheidung in der Rechtssache C-236/01 (vgl. juris Rn. 131, 132). Der Beklagten ist im Ansatz zwar zuzustimmen, dass die Zulassung des Nahrungsergänzungsmittels zum Verzehr nur von den dazu berufenen Stellen ausgesprochen werden kann. Um eine solche Zulassung geht es hier aber nicht. Hier steht allein im Raum, dass ein unstreitig nicht zugelassenes und nicht notifiziertes Nahrungsergänzungsmittel, das dem Lebensmittel im Übrigen gleichsteht (vgl. Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit – BasisV0), nicht mehr vertrieben werden soll. Es geht allein um einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel i. S. des § 4 Nr. 11 UWG, die den Vertrieb neuartiger, nicht unbedenklicher Lebensmittel verbietet, die nicht nach Art. 3 Abs. 2 Novel-Food-Verordnung zugelassen oder nach Art. 5 Novel-Food-Verordnung notifiziert worden sind. Solche Verstöße können auch und gerade vor den Wettbewerbsgerichten verfolgt werden (vgl. OLG Hamm Urteil vom 6. Mai 2010 – 4 U 222/09, juris Rn. 40).

cc) Darüber hinaus kann sich die Beklagte nicht auf den Umstand berufen, dass sie das Nahrungsergänzungsmittel bei dem

Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, der nach § 1 Abs. 1 NLV zuständigen Lebensmittelprüfstelle zur Durchführung der Erstprüfungen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung, im Jahr 2009 angemeldet hat. Soweit das Bundesamt in den darauf folgenden Jahren keine Beanstandungen gegen die Rechtmäßigkeit erhoben hat, folgt daraus auch unter Hinweis auf die Prüfungspflicht des Bundesamts nicht die Feststellung, die Novel-Food-Verordnung finde keine Anwendung.

Die Anzeige der Beklagten nach § 5 Abs. 1 NemV ersetzt gerade nicht das Genehmigungs- oder Notifizierungsverfahren nach der Novel-Food-Verordnung bzw. § 3 NLV (vgl. auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 23. Mai 2011 – 3 U 650/11, juris Rn. 6 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 6. Mai 2010, a. a. O., juris Rn. 41). Denn nach § 2 Abs. 1 NLV werden zwar die Anträge auf Genehmigung nach Art. 4 Novel-Food-Verordnung an die Behörde des Mitgliedstaats gerichtet und wird das Bundesamt die Befugnis nach Art. 6 der Novel-Food-Verordnung haben (vgl. auch § 1 Abs. 1 NLV). Dass die Beklagte hier das Antragsverfahren eingeleitet hat, ist jedoch nicht dargetan.

dd) Das Vorliegen des Ausnahmetatbestands Art. 1 Abs. 2 Buchst. e Hs. 2 Novel-Food-Verordnung („erfahrungsgemäß unbedenklich“) hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 6. Mai 2010, a. a. O., juris Rn. 38) nicht ausreichend dargetan. Es ist insoweit ein empirischer Nachweis zu fordern, um davon auszugehen, dass ein Lebensmittel bzw. eine Zutat diese Voraussetzung erfüllt (OLG München, Urteil vom 6. August 2009 – 6 U 5717/07, juris Rn. 107). Die Unbedenklichkeit setzt Erfahrungen mit dem Verzehr gerade in den Mitgliedstaaten voraus (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Januar 2009 – C-383/07, juris Rn. 38; OLG München, Urteil vom 6. August 2009, a. a. O., juris Rn. 112).

(1) Der Kläger hat mit Anlage K18 eine Stellungnahme des Bundesinstituts für Risikobewertung aus dem Jahr 2012 vorgelegt, wonach keine validen Daten darüber vorliegen

würden, dass über Jahre keine schädlichen Wirkungen festgestellt worden seien, bestimmte Risikogruppen ausgeschlossen werden können und daher eine Genehmigung nach der Novel-Food-Verordnung erforderlich erscheine. Vielmehr wird in der Stellungnahme zusammenfassend ausgeführt, „dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund vieler noch ungeklärter Fragen keine abschließende gesundheitliche Bewertung möglich sei“. Erhebliches trägt die Beklagte zu diesem Punkt nicht vor. Zudem ist der Sachvortrag des Klägers, dass die empfohlene Verzehr dosis zu einer Wirkstoffmenge führt, die die übliche Aufnahmemenge um ein Vielfaches übersteigt, unbestritten geblieben.

(2) Das Nahrungsergänzungsmittel wäre selbst bei teleologischer Reduktion des Art. 1 Novel-Food-Verordnung (vgl. Nabrotzky, DLR 2002, 257, 258 f.) von der Anwendung nicht ausgenommen. Denn hier geht es nicht um den Verzehr von unveränderten Teilen der Pflanze, sondern um aus der Wurzel extrahierte Stoffe. Zudem ist der Anwendungsbereich aus Gründen der Verbrauchersicherheit eher weit zu fassen und es sollen auch Veränderungen in der physikalischen Struktur der Pflanze erfasst werden (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Januar 2009, a. a. O., juris Rn. 27).

c) Auf § 54 Abs. 1 Satz 1 LFGB kann sich die Beklagte mit Blick auf den Vertrieb in Österreich nicht stützen. Aus § 54 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LFGB ergibt sich, dass die Bestimmung des § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LFGB im Streitfall nicht anwendbar ist. Danach gilt § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LFGB nicht für Erzeugnisse, die anderen zum Zweck des § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB, auch in Verbindung mit § 1 Abs. 3 LFGB, erlassenen Rechtsvorschriften nicht entsprechen. Dazu zählen Rechtsvorschriften, die bei Lebensmitteln den Schutz der Verbraucher sicherstellen, indem sie Gefahren für die menschliche Gesundheit vorbeugen oder solche Gefahren abwehren (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2012 – I ZR 72/11 – Barilla, juris Rn. 32). Hierzu zählen die Neuartige-

Lebensmittel- und Lebensmittelzutaten-Verordnung (NLV) und erst recht die Novel-Food-Verordnung. Auf die Frage der Gesundheitsschädlichkeit nach Art. 14 Abs. 2 Buchst. a BasisVO kommt es mithin nicht an.

d) Eine Ausnahme nach Art. 2 der Novel-Food-Verordnung liegt nicht vor. Der Anwendungsbereich der in Abs. 1 genannten Richtlinien ist nicht erfasst.

3. Erstattung der Abmahnkosten kann der Kläger nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG verlangen. Prozesszinsen sind nach §§ 291, 288 Abs. 1 BGB geschuldet.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Bei der von dem Kläger in zweiter Instanz vorgenommenen Neufassung des Unterlassungsantrags handelt es sich lediglich um eine Klarstellung und nicht um eine teilweise Klagerücknahme.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Klärungsbedürftig sind die Fragen, ob die Aufnahme eines Nahrungsergänzungsmittels in den Novel-Food-Katalog die nationalen Gerichte bei der Anwendung von Art. 1 Abs. 2 Novel-Food-Verordnung bindet, und ob aus dem Umstand, dass ein Nahrungsergänzungsmittel in dem Novel-Food-Katalog mit dem Status „FS“ versehen ist, folgt, dass das Nahrungsergänzungsmittel bereits vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. März 2012 – 3 C 15/11, juris Rn. 26).