

# Testprodukte im Vergleich

## Eigener Leitsatz:

Warentests genügen den Anforderungen an die Neutralität, wenn die ausgewählten Testprodukte sachlich und funktional miteinander zu vergleichen sind. Der Verbraucher wird aber in die Irre geführt, wenn Nahrungsergänzungsmittel mit einem Arzneimittel verglichen werden. Ein Systemvergleich zwischen den verschiedenen Mitteln ist durchaus zulässig, allerdings darf nicht eine Produktart unangemessen herausgestellt werden.

## Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 30.10.2008

Az.: 16 U 237/07

## Gründe

### I.

Die Klägerin, die das Präparat „X“ als Nahrungsergänzungsmittel vertreibt, streitet mit der Beklagten, die „A“-Hefte und sogenannte „A-Ratgeber“-Hefte herausgibt, um Ansprüche auf Unterlassung der Veröffentlichung von Testberichten und auf Erstattung von Abmahnkosten.

Die Beklagte veröffentlichte im Test-Heft .../2006 auf den Seiten .. – .. unter der Überschrift „Gelenkkapseln – Zerknirscht“ und in dem Ratgeber-Heft .../2006 auf den Seiten ../... – ... einen Test, bei dem 23 Nahrungsergänzungsmittel (darunter das Präparat der Klägerin) und ein Arzneimittel verglichen wurden. Dabei erhielt allein das Arzneimittel das Gesamturteil gut, während die Nahrungsergänzungsmittel mit ausreichend – so das Produkt der Klägerin – bis ungenügend bewertet wurden. Maßgeblich für die Bewertung war u.a. das „Testergebnis Pharmakologische Begutachtung“ bzw. das Kriterium „Wirksamkeit nachgewiesen“, bei dem ebenfalls allein das Arzneimittel die Note „gut“ erhielt.

Die Klägerin hat erstinstanzlich ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten geltend gemacht und sich zudem zur Begründung ihres Unterlassungsanspruchs darauf berufen, die Testberichte erfüllten nicht das Gebot der Objektivität. Die getesteten Produkte seien nicht sachlich-funktional miteinander vergleichbar und damit nicht austauschbar, da nach der gesetzlichen Definition nur Arzneimittel, nicht aber Nahrungsergänzungsmittel eine pharmakologische Wirksamkeit entfalten dürften. Auch habe die Beklagte entgegen ihren Angaben in dem Testbericht die Produkte nicht pharmakologisch untersuchen lassen.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass auch das getestete Arzneimittel alle Voraussetzungen eines Nahrungsergänzungsmittels erfülle. Die Testprodukte seien wegen des einheitlichen Vertriebswegs, der ähnlichen Werbung, des einheitlichen Kundenkreises und der – wenn auch unterschiedlich dosierten – Inhaltsstoffe miteinander vergleichbar.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 218 bis 221 d. A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung verneint, aber den geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB für begründet erachtet. Der fragliche Test genüge nicht den Anforderungen an Neutralität, sinnvolle Prüfungskriterien und Objektivität. Neutral sei ein Warentest nur, soweit die ausgewählten Testprodukte im Hinblick auf ihren Verwendungszweck sachlich und funktional miteinander vergleichbar seien. Hieran fehle es jedenfalls im Hinblick auf das an die ausgewählten Testprodukte maßgeblich angesetzte Prüfungskriterium der „pharmakologischen Wirksamkeit“. Der auch an diesem Kriterium ausgerichtete Produktvergleich von Nahrungsergänzungsmitteln einerseits mit einem Arzneimittel andererseits berücksichtige nicht den grundlegenden funktionalen Unterschied von Nahrungsergänzungsmitteln und Arzneimitteln. Die Qualifizierung eines Produkts als Arznei-

oder Lebensmittel- / Nahrungsergänzungsmittel schließe sich begrifflich gegenseitig aus. Da das Produkt der Klägerin für sich nach seiner objektiven Zweckbestimmung als Nahrungsergänzungsmittel nicht in Anspruch nehmen, eine heilende oder lindernde Wirkung auf krankhafte Gelenkbeschwerden zu haben, sei es jedenfalls unter dem Kriterium der „pharmakologischen Wirksamkeit“ einem entsprechenden Arzneimittel, das gerade auf eine solche Wirksamkeit hin konzipiert sei, nicht sachlich-funktional vergleichbar. Ein entsprechender Vergleich müsse zwangsläufig zu einer schlechteren Beurteilung der Nahrungsergänzungsmittel führen.

Der Test genüge zudem im Hinblick auf das Testkriterium der „pharmakologischen Wirksamkeit“ nicht den Anforderungen an eine objektive Untersuchung. Für die Wertung, dass alle getesteten Mittel keine vorbeugende Wirkung hätten und dass bei sämtlichen Nahrungsergänzungsmitteln die pharmakologische Wirksamkeit wenig überzeugend oder nicht vorhanden sei, fehle eine Tatsachengrundlage. Die pharmakologische Wirksamkeit des Wirkstoffs Glucosaminsulfat werde nur in dem Gutachten des Prof. Dr. B thematisiert, wobei sich dieses Gutachten nicht auf eigene Untersuchungen, sondern auf zwei publizierte Studien stütze. Diese Studien hätten sich nur auf bereits an Gelenkbeschwerden erkrankte Probanden bezogen, die Tagesdosen von 1,5 g Glucosaminsulfat, ein anderes Mittel oder Placebos erhalten hätten. Eine Studie, bei der die Wirkung niedrigerer Dosen auf Erkrankte untersucht wurde, wäre ebenso wenig herangezogen wie Studien dazu, ob dem Wirkstoff Glucosaminsulfat eine prophylaktische Wirkung bei Gesunden zukomme.

Das Landgericht hat zudem die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Abmahnkosten verurteilt.

Auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 221 bis 229 d. A.) wird verwiesen.

Gegen dieses ihr am 5. Dezember 2007 zugestellte Urteil hat

die Beklagte mit einem am 13. Dezember 2007 bei Gericht eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie mit einem am 5. Februar 2008 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Beklagte führt im Wesentlichen aus, das Landgericht verkenne, dass es sich bei dem Produkt der Klägerin um ein Präsentationsarzneimittel handele, da die Klägerin ihrem Produkt eine Wirksamkeit beischreibe und durch die Aufmachung des von ihr vertriebenen Präparats den Anschein bzw. die Ähnlichkeit des Erzeugnisses mit einem Arzneimittel anstrebe. Das reiche aus, um von einem Arzneimittel im Sinne der Richtlinie 2001/83/EG ausgehen zu können. Zudem sei als Arzneimittel auch ein Stoff anerkannt, der die menschlichen physiologischen Funktionen durch eine metabolische Wirkung beeinflusse. Dass das Produkt der Klägerin eine solche metabolische Wirkung entfalte, ließe sich der Darstellung auf dem Beipackzettel entnehmen.

Soweit das Landgericht eine ausreichende Tatsachengrundlage bemängelt, verweist die Beklagte darauf, dass der Gutachter, der selbst Pharmakologe sei, in Wahrnehmung seiner grundgesetzlich geschützten Wissenschaftsfreiheit fachlich vertretbare Aussagen gemacht habe. Sein Gutachten liefere die Basis für eine sachkundige, neutrale und objektive Berichterstattung.

Schließlich rügt die Beklagte die Unzulässigkeit des vollständigen Verbots der Verbreitung der Tests. Das Landgericht hätte allein ausurteilen dürfen, dass das Arzneimittel nicht mehr in den Vergleich mit einbezogen werden dürfe.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29. November 2007 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Ein Erzeugnis könne nie gleichzeitig Lebensmittel und Arzneimittel sein. Bei ihrem Produkt handele es sich aber ausschließlich um ein Nahrungsergänzungsmittel. Es gäbe keine Hinweise darauf, dass es als Präsentationsarzneimittel gewertet werden könne. Es sei auch kein Funktionsarzneimittel, da das Präparat nicht die Funktion der Verhütung oder Heilung einer Krankheit besäße.

Die Beklagte habe die Produkte allein hinsichtlich ihrer pharmakologischen Wirkung untersuchen lassen. Damit habe die Beklagte aber einen falschen Gutachtenauftrag erteilt, da Nahrungsergänzungsmitteln gerade keine pharmakologische Wirkung zukommen dürfe.

Die Bewertung des Arzneimittels sei nicht zu beanstanden, wohl aber jene der Nahrungsergänzungsmittel. Deshalb sei auch der gesamte Bericht zu untersagen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

## **II.**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

1. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass der angegriffene Warentest nicht den Anforderungen an die Neutralität genügt, da die ausgewählten Testprodukte nicht sachlich und funktional miteinander vergleichbar sind. Allerdings führt dies im Hinblick auf den Testbericht in dem A Ratgeber lediglich dazu, dass die Beklagte die Veröffentlichung der Bewertung des Arzneimittels zu unterlassen hat.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Veröffentlichung eines vergleichenden Warentests – sofern sie wie hier vom Landgericht unbeanstandet angenommen nicht zu Wettbewerbszwecken erfolgt – zulässig, wenn die dem Bericht zugrundeliegenden Untersuchungen neutral, objektiv und

sachkundig durchgeführt worden sind und sowohl die Art des Vorgehens bei der Prüfung als auch die aus den Untersuchungen gezogenen Schlüsse vertretbar, d. h. diskutabel erscheinen. Dabei ist dem Tester für die Darstellung seiner Ergebnisse ein erheblicher Ermessensfreiraum einzuräumen. Nicht mehr hinzunehmen ist die Veröffentlichung eines Testberichts dann, wenn in ihm unter Verstoß gegen § 824 Abs. 1 BGB unwahre Tatsachen behauptet werden oder wenn eine als Werturteil anzusehende Testaussage rechtswidrig in den nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Unternehmens eingegriffen wird (vgl. nur BGH, NJW 1997, 2593).

Vorliegend hat die Beklagte durch die Veröffentlichung des Warentests rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin eingegriffen, da sie (u.a.) das Produkt der Klägerin – ein Nahrungsergänzungsmittel – unter dem Blickwinkel der pharmakologischen Wirksamkeit mit einem Arzneimittel verglichen hat.

Unerheblich ist zunächst, ob das Produkt der Klägerin – wie die Beklagte nunmehr mit ihrer Berufung geltend macht – nach den Definitionen der Richtlinie 2001/83/EG in der Fassung der Richtlinie 2004/27/EG als Präsentations- oder Funktionsarzneimittel gewertet werden könnte. Die Beklagte muss sich insoweit daran festhalten lassen, dass das Produkt der Klägerin als Nahrungsergänzungsmittel und jenes der Fa. C als Arzneimittel auf dem Markt angeboten wird und sie selbst die Produkte entsprechend gekennzeichnet in den Test eingestellt hat.

Nicht zu beanstanden ist allerdings nach Auffassung des Senats, dass die Beklagte Nahrungsergänzungsmittel unter dem Gesichtspunkt einer pharmakologischen Wirkung bzw. Wirksamkeit überprüft hat. Zwar haben Nahrungsergänzungsmittel nach ihrer Definition in § 1 Abs. 1 Nr. 2 NemVO eine ernährungsspezifische oder physiologische, nicht aber eine pharmakologische Wirkung. Das Landgericht hat aber zu Recht

darauf hingewiesen, dass die getesteten Produkte – und damit auch die Nahrungsergänzungsmittel – für sich in Anspruch nehmen, im weitesten Sinne wichtig für die Gelenkfunktionen zu sein, und dass sie Übereinstimmungen im Vertriebsweg, der Darreichungsform und der Zielgruppe aufweisen. Auch auf Nahrungsergänzungsmittel wird von Seiten der Verbraucher gerade dann zurückgegriffen, wenn sich erste Beschwerden in den Körperbereichen einstellen, in denen die Nahrungsergänzungsmittel eine Wirkung beanspruchen. Von daher war es grundsätzlich von dem Ermessen der Beklagten gedeckt, Nahrungsmittel darauf zu testen, ob sie geeignet sind, Beschwerden zu lindern. Insoweit ist es das Recht und auch die Aufgabe der Beklagten, Verbraucher über die krankheitslindernde Wirkung und Wirksamkeit von Nahrungsergänzungsmitteln aufzuklären. Allerdings wird der Verbraucher in die Irre geführt, wenn in diesen Vergleich ein Arzneimittel eingebunden wird, das per definitionem über eine pharmakologische Wirkung verfügt und von daher zwangsläufig hinsichtlich einer pharmakologischen Begutachtung und Wirksamkeit als Testsieger hervorgehen muss. Gegenüber einem solchen Produkt sind Nahrungsergänzungsmittel von Anfang an im Nachteil; ein solcher Vergleich „hinkt“ von vornherein, wie es das Landgericht zutreffend formuliert hat, da es an der sachlich-funktionalen Vergleichbarkeit der nebeneinander gestellten und miteinander verglichenen Produkte fehlt. Bereits diese fehlende Vergleichbarkeit führt dazu, dass der Test den Anforderungen an Neutralität und Objektivität nicht gerecht wird.

b) Dies hat allerdings nur für den im Heft A Nr. .../2006 veröffentlichten Testbericht zur Folge, dass eine Veröffentlichung gänzlich zu unterlassen ist. In diesem Bericht ist das Arzneimittel in der Testübersicht „Gelenkkapseln“ als gleichberechtigtes und vergleichbares Produkt neben den Nahrungsergänzungsmitteln aufgeführt. Somit werden Produkte, die sachlich-funktional nicht vergleichbar sind, nebeneinander gestellt und in ihrer Bewertung

aufeinander bezogen. Dem unbefangenen Leser wird damit suggeriert, sämtlichen aufgelisteten Präparaten kämen grundsätzlich die gleichen Eigenschaften zu, die sich lediglich in ihrer Qualität unterscheiden. Dieser Eindruck wird auch durch die Angabe der Produktart – die lediglich eine Rubrik unter vielen darstellt – nicht abgemildert. Zudem ist der gesamte Testbericht auf einen Vergleich der Nahrungsergänzungsmittel mit dem Arzneimittel zugeschnitten, ohne dass deutlich hervorgehoben würde, dass es sich bei einem Arzneimittel und bei Nahrungsergänzungsmittel um zwei qualitativ unterschiedliche Produktgattungen handelt, die sich hinsichtlich ihrer Wirksamkeit gerade nicht vergleichen lassen.

Eine andere Bewertung ist demgegenüber für den in dem A-Heft „Gesundheit & Fitness“ veröffentlichten Test veranlasst. Die Beschreibung des Tests auf S. .. weist zwar in einem Satz darauf hin, dass A 23 Nahrungsergänzungsmittel und ein – namentlich nicht benanntes – Arzneimittel habe untersuchen lassen. Im Weiteren wird das Testergebnis jedoch nur bezogen auf die Nahrungsergänzungsmittel dargestellt. Dies setzt sich in der Test-Tabelle „Gelenkkapseln, Nahrungsergänzung“ auf S. ... bis ... fort, die nur die Nahrungsergänzungsmittel und ihre Testergebnisse aufführt. Allerdings hat die Beklagte neben die Tabelle in einen eigenen Kasten das Testergebnis für das Arzneimittel gestellt. Dies ist grundsätzlich als Systemvergleich angelegt, wie dem in dem Kasten befindlichen Text entnommen werden kann, wonach das apothekenpflichtige Arzneimittel als Alternative zu den Nahrungsergänzungsmitteln dargestellt wird. Allerdings geht diese Darstellung nach Auffassung des Senats über einen zulässigen Systemvergleich hinaus, da das Arzneimittel gegenüber den in der Tabelle aufgeführten Nahrungsergänzungsmitteln unangemessen herausgestellt wird, ohne dass der Systemvergleich ausreichend deutlich gemacht würde. Vielmehr wird durch die fettgedruckte Angabe von „Gesamturteil: gut“ erneut der Eindruck einer Vergleichbarkeit des Produkts mit den vorab genannten

Nahrungsergänzungsmitteln geweckt und das Arzneimittel damit als Testsieger dargestellt, obwohl es sich sachlich-funktional nicht mit den anderen getesteten Produkten vergleichen lässt. Deshalb hat die Klägerin einen Anspruch darauf, dass die Beklagte in diesem Testbericht die Veröffentlichung des Testergebnisses hinsichtlich des Arzneimittels unterlässt.

Einer Veröffentlichung des Testberichts im Übrigen steht – wie bereits oben dargelegt – aber nicht entgegen, dass der Test unter dem Blickwinkel einer pharmakologischen Wirkung erfolgt ist. Auch ist die Testveröffentlichung nicht unter dem Gesichtspunkt zu untersagen, dass eine ausreichende Testgrundlage fehle. Soweit das Landgericht moniert, die Aussage, dass für Dosen von weniger als 1,5 g Glucosaminsulfat pro Tag der klinische Nutzen fraglich sei, fände in dem Gutachten des Sachverständigen B keine Grundlage, überdehnt es die Anforderungen, die an die Sorgfaltspflicht der Beklagten zu stellen sind. Die Beklagte hatte nämlich keine Veranlassung, vor dem Hintergrund der Darlegungen des Sachverständigen insbesondere hinsichtlich der Wirkungsnachweise von Glucosaminsulfaten in klinischen Studien dessen sachverständiger Einschätzung betreffend den klinischen Nutzen geringerer Dosen nicht zu vertrauen, auch wenn dazu keine Studien vorliegen. Zudem ist zwar zutreffend, dass das Gutachten keine ausdrücklichen Angaben dazu enthält, ob eine Glucosaminsulfatdosis wie in den getesteten Nahrungsergänzungsmitteln prophylaktische Wirkung bei Gesunden hat. Allerdings erscheint die Schlussfolgerung der Beklagten, dass mangels der Fraglichkeit klinischen Nutzens geringerer Dosen eine vorbeugende Wirkung nicht bejaht werden kann, zumindest diskussionswürdig. Im Übrigen hatte die Klägerin diese Testangaben nicht beanstandet. Sie hatte mit ihrer Klage lediglich gerügt, die Beklagte habe die Testberichte mit unwahren Angaben veröffentlicht, da die Beklagte unzutreffend angegeben habe, eigene pharmakologische Untersuchungen getätigt zu haben. Auch diese Rüge führt jedoch nicht dazu, eine Veröffentlichung des gesamten Testberichts in dem A

Ratgeber zu untersagen. Angebliche eigene pharmakologische Laboruntersuchungen der Beklagten, die unstreitig nicht stattgefunden haben, ließen sich allenfalls der Formulierung in dem in dem Ratgeber-Heft veröffentlichten Testbericht entnehmen, wonach A 23 Nahrungsergänzungs- und ein Arzneimittel ... in die Labore geschickt und pharmakologisch habe untersuchen lassen. Dieser Satz kann aber auch dahingehend ausgelegt werden, dass – wie geschehen – die Beklagte die Proben in Laboren auf ihre Inhaltsstoffe und etwaige Schadstoffe hat untersuchen und daneben ein Gutachten unter pharmakologischen Gesichtspunkten hat erstellen lassen. Von daher sieht der Senat keinen Anlass, auch die Veröffentlichung des zweiten Testberichts in vollem Umfang zu untersagen.

2. Da die Klägerin nicht in vollem Umfang einen Anspruch auf Unterlassung hat, ist auch ihr Anspruch auf Ersatz der anwaltlichen Abmahnkosten entsprechend zu reduzieren. Der Gegenstandswert für die Unterlassung der Veröffentlichung beider Testberichte beträgt entsprechend der Festsetzung durch das Landgericht 50.000,- €. Die Höhe des Unterliegens der Klägerin bemisst der Senat auf  $\frac{1}{4}$ , so dass die Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 37.500,- € zu errechnen ist. Dies ergibt bei einem Gebührensatz von 0,65 einen Betrag in Höhe von 586,30 € zuzüglich 20,- € Auslagenpauschale = 606,30 €.

### **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 ZPO.

Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).

*Vorinstanz:*

Landgericht Frankfurt am Main, Az.: 2-3 0 200/07