

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 U 160/10  
327 O 362/10  
LG Hamburg



verkündet am  
1. März 2012  
Reimann, Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

Frist not.		KfA
Rechnung	EINGEGANGEN	Met.:
ZdA	12. MRZ. 2012	Kenn- man.
Akte	Meisterernst	Rück- geb.
WV	Rechtsanwälte	Zah- lung
		Vers.

## Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Antragstellerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Meisterernst**, Sophienstraße 5, 80333 München, Gz.: 10/116 BB/ME

gegen

- Antragsgegnerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

erlässt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schmidt, die Richterin am Oberlandesgericht Terschlüssen und den Richter am Oberlandesgericht Feddersen auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2012 folgendes Urteil:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 16.9.2010 abgeändert. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) weiter verboten,

Babynahrung der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ mit den Angaben

„Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“

zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in der mit diesem Urteil verbundenen Anlage B.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

und beschließt:

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt € 190.000 (Berufung: € 100.000; Anschlussberufung: € 90.000).

## **Gründe:**

I.

Die Parteien vertreiben u.a. Babynahrung und streiten in der Berufungsinstanz um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Angabe

„Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen  
Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“

auf der Verpackung des Produkts „Praebiotik® + Probiotik®“ (Anlage AS 7), das als Folgenahrung – also als Nahrung für Babys ab dem 6. Lebensmonat – angeboten wird.

Der europäische Dachverband der Hersteller diätetischer Lebensmittel (IDACE) hat am 18.1.2008 einen Zulassungsantrag gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (Health-Claim-Verordnung, nachfolgend abgekürzt HCV) gestellt, in dem es u.a. heißt:

“Proposed wording of the health claim:

Oligosaccharides are important for Prebiotic; Bifidogenic; Transit; Digestive health

Equivalent wording:

Dietary fibre/Prebiotic fibre/ Oligosaccharides/ Fructooligosaccharides/

Galactooligosaccharides/ Oligofructose/ Inulin/ Enriched inulin from chicory

- are prebiotics/ are bifidogenic/ (...) / supports development of healthy intestinal flora/ beneficially affects the intestinal flora/ improve healthy intestinal condition/ promote healthy gut bacteria/ promote balanced gut bacteria (...)

- are important for the bowel (or colonic) function/ (...) ensure (or promote, or help, or support) a healthy digestive system (or function)/ promote healthy digestion/ (...) promotes a healthy gut/ (...) for a healthy tummy (...)

Eine vorprozessuale Abmahnung ist ohne Erfolg geblieben (Anlagen AS 8 und AS 9).

Die Antragstellerin hat – soweit in der Berufung noch relevant – geltend gemacht: Die auf der Produktverpackung (Anlage AS 7) enthaltenen Angaben seien gesundheitsbezogen im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCV, da sie sich unmittelbar auf spezifische Wirkungen der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ auf den menschlichen Körper bezögen. Sie verstießen gegen Art. 10 Abs. 1 HCV, da sie nicht den allgemeinen Anforderungen nach dem II. Kapitel bzw. den speziellen Anforderungen in Kapitel IV HCV entsprächen, nicht gemäß der HCV zugelassen und auch nicht in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß Art. 13 und 14 HCV (siehe Anlage AS 10) aufgenommen seien. Die Verwendung der Angaben sei nicht infolge Art. 28 HCV übergangsweise zulässig. Die Antragsgegnerin habe die Angaben nicht bereits vor dem Inkrafttreten der HCV am 19.1.2007 verwendet. Der Zulassungsantrag der IDACE vom 18.1.2008 legalisiere nach der

Fassung der mit dem Antrag zur Prüfung unterbreiteten Angaben nicht die vorliegend beanstandete schlagwortartige Verbindung von „Praebiotik® + Probiotik®“ oder die Aussage „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“, die sich nach dem Verständnis des Verbrauchers zudem auf beide Begriffe beziehe.

Die Antragstellerin hat – soweit in der Berufung noch relevant – beantragt,

es der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel im Wege der einstweiligen Verfügung zu verbieten, Babynahrung der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ mit

(...)

2. den Angaben

a) „Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“

(...)

zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in Anlage B.

Das Landgericht Hamburg hat am 18.6.2010 u.a. auf diesen in der Berufung allein noch streitgegenständlichen Antrag zu 2.a) hin eine einstweilige Verfügung erlassen.

Die Antragsgegnerin hat gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts Widerspruch eingelegt und geltend gemacht: Bei der Verwendung der Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ handele es sich nicht um eine gesundheitsbezogene Angabe. Es handele sich um Kunstworte; in der deutschen Sprache existierten lediglich die Begriffe „praebiotisch“, „probiotisch“, „Praebiotikum“, „Probiotikum“, nicht aber die verkürzten, auf „-ik“ endenden Worte „Praebiotik“ oder „Probiotik“. Es handele sich um eine objektive Beschaffenheitsangabe im Sinne einer Produktzutat; ob bei dem Verbraucher eine die Erwartung einer positiven gesundheitlichen Wirkung mitschwinge, sei unerheblich. Eine gesundheitsbezogene Angabe, die auf den Begriff „Probiotik“ ziele, sei auf der angegriffenen Packungsgestaltung nicht enthalten. Insbesondere beziehe sich die Aussage „Praebiotik zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ nicht auf den Begriff „Praebiotik® + Probiotik®“, da klar sei, dass allein die Praebiotik angesprochen werde. Im Übrigen könne eine zulässige gesundheitsbezogene Aussage nicht dadurch unzulässig werden,

dass dem Produkt ein weiterer Inhaltsstoff hinzugefügt werde; maßgeblich sei allein, ob ein solcher weiterer Inhaltsstoff derart in die gesundheitsbezogene Aussage einbezogen werde, dass der Verkehr meine, die gesundheitliche Wirkung beruhe gerade auf diesem. Dies sei hier nicht der Fall. Jedenfalls sei die Verwendung gemäß Art. 28 Abs. 2 HCV zulässig, da die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ Handelsmarken seien, die schon vor dem 1.1.2005 bestanden hätten. Die beanstandete Aussage sei darüber hinaus gemäß Art. 28 Abs. 6 HCV zulässig, weil sie dem Zulassungsantrag des IDACE vom 18.1.2008 unterfalle. Auf die Darmgesundheit bezogene Aussagen seien auch schon vor dem Stichtag 19.7.2007 werblich verwendet worden (Anlagen AG 6 bis AG 8). Der Verfügungsantrag sei mangels Dringlichkeit unzulässig, da davon auszugehen sei, dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Marktbeobachtung Kenntnis von der bereits seit mehreren Jahren andauernden Verwendung der angegriffenen Aussagen habe.

Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 16.9.2010 die einstweilige Verfügung hinsichtlich des Antrags zu 2.a) aufgehoben und den Verfügungsantrag insoweit zurückgewiesen. Auf das Urteil des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Gegen die Aufhebung des Verfügungsverbots zu 2.a) wendet sich die Antragstellerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt diesen wie folgt:

Die Kombinationsbezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ werde herausgestellt unter der Bezeichnung „Folgemilch Plus“ bzw. „HHA-Plus“. Bereits dies verdeutliche einen Wirkzusammenhang, der durch die Konjunktion „Plus“ sowie das Plus-Zeichen zwischen den Marken vermittelt werde. Auch die weitere Aussage „Praebiotik zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ beziehe sich nicht nur auf den enthaltenen präbiotischen Stoff, weil der Verbraucher die Aussage auf der Frontseite der Packung ganzheitlich verstehe und nicht in ihre Wortbestandteile aufgliedere. Gerade weil die Antragsgegnerin wisse, dass sie für die Aussage „Probiotik zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ keinen Zulassungsantrag nach HCV vorweisen könne, versuche sie, „durch die Hintertür“ den probiotischen Stoff mitzubewerben.

Die Antragsteller beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 16.9.2010 die beantragte einstweilige Verfügung auch hinsichtlich des Antrags zu 2.a) zu erlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt, nachdem sie ihre zunächst eingelegte, gegen die Bestätigung der Verfügungsverbote zu 1.a), 1.c) und 1.e) gerichtete Anschlussberufung im Termin zur Berufungsverhandlung zurückgenommen hat,

die Berufung der Antragstellerin zurückzuweisen

Die Antragsgegnerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzt ihren Vortrag wie folgt:

Die Angabe „Praebiotik® + Probiotik®“ sei nicht gesundheitsbezogen, sondern allein ein Hinweis auf die Beschaffenheit des Produkts. Eine Beschaffenheitsangabe setze nicht zwingend voraus, dass die konkrete Bezeichnung eines Inhaltsstoffs genannt werde. Ein Produktbezug im Sinne des Art. 28 Abs. 2 HCV sei bereits dann gegeben, wenn die Marke vor dem Stichtag bestanden habe; nicht erforderlich sei, dass das jeweilige konkrete Produkt vorher mit der Marke vertrieben wurde. Jedenfalls aber gewährten – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – sämtliche genannten Marken auch Schutz für die vorliegend beworbene Babynahrung. Die Wortmarken „Praebiotik“ würden sowohl durch die Verwendung in Großschreibung als auch durch die Aussage „Praebiotik zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ als auch durch das grafisch ausgestaltete Wort in der Wort-Bild-Marke „Praebiotik“ benutzt; letztere tangiere den kennzeichnenden Charakter der Wortmarke nicht (§ 26 Abs. 3 MarkenG) und sei daher auch eine Benutzung der Wortmarke. Jedenfalls dürfe die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ gemäß Art. 1 Abs. 3 HCV verwendet werden, weil die Angabe „Praebiotik zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ beigefügt sei, die Gegenstand eines Zulassungsantrags sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet. Der Antragstellerin steht auch der mit dem Antrag zu 2.a) verfolgte Unterlassungsanspruch zu.

1. Der Verfügungsgrund wird gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Der von der Antragsgegnerin erhobene Dringlichkeitseinwand bleibt ohne Erfolg. Die Antragsgegnerin hat nicht substantiiert vorgetragen und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin in dringlichkeitsschädlicher Zeit Kenntnis von der beanstandeten Produktaufschrift gehabt hätte. Eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht besteht nicht.

2. Der Unterlassungsanspruch der Antragstellerin folgt aus §§ 3, 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 HCV.

a) Gegenstand des Antrags des mit der Berufung weiterverfolgten Antrags zu 2.a) ist das Verbot,

- Babynahrung der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ mit den Angaben

- „Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“

- zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen,

- wie in Anlage B.

Dieser Antrag bezieht sich auf die durch Anlage B (Produktverpackung) charakterisierte konkrete Verletzungsform. Auf der Packung befindet sich die Angabe „Praebiotik®+ Probiotik®“ sowohl auf der oberen Lasche der Packung als auch auf der Schauseite; auf letzterer folgen darunter die weiteren im Antrag genannten Angaben „Mit natürlichen Milchsäurekulturen“ und „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“. Aus der Antragsfassung – es fehlt ein „und/oder“ zwischen den einzelnen Angaben – folgt, dass nur die Gesamtheit aller drei Angaben vom Verbot erfasst sein soll, woraus wiederum folgt, dass das Verbot bereits dann begründet ist, wenn nur ein Element der Gesamtaussage rechtswidrig ist.

b) Der Unterlassungsanspruch besteht, weil die angegriffene Packungsaufschrift schon wegen ihres Bestandteils "Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ gegen Art. 10 Abs. 1 HCV verstößt. Nach Art. 10 Abs. 1 HCV sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der HCV (Art. 3 bis 7) und den speziellen Anforderungen des Kapitels IV der HCV (Art. 10 bis 19) entsprechen, gemäß der HCV zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 aufgenommen sind

(BGH GRUR 2011, 246 Rn. 6 – Gurktaler Kräuterlikör; Meistererst/Haber, Praxiskomm. Health & Nutrition Claims Art. 10 Rn. 4 f.).

aa) Die vom Antrag erfasste Packungsaufschrift ist eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne der HCV. Dies gilt schon deshalb, weil ihr Bestandteil „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ für sich betrachtet gesundheitsbezogen ist und diesen Charakter auch bei Zusammenschau mit den übrigen Bestandteilen der Gesamtangabe behält.

„Angabe“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCV ist jede Aussage oder Darstellung – ausgenommen solche obligatorischen Charakters – einschließlich Darstellungen durch Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt. Hieran knüpft die Definition in Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Health-Claims-Verordnung an, wonach „gesundheitsbezogene Angabe“ jede Angabe ist, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Ob eine Aussage in diesem Sinne Gesundheitsbezug aufweist, ist – Erwägungsgrund 15 der HCV folgend – aus der Sicht des normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Hinblick auf die in Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 der HCV genannten Funktionen – insbesondere Wachstum, Entwicklung und Körperfunktionen sowie psychische oder Verhaltensfunktionen – zu beantworten (BGH GRUR 2011, 246 Rn. 9 – Gurktaler Kräuterlikör). Abzugrenzen sind gesundheitsbezogene Angaben – abgesehen von den ebenfalls der HCV unterfallenden Nährwertangaben – von solchen Angaben, die sich lediglich auf die objektive Beschaffenheit des Produkts beziehen. Hierbei handelt es sich um solche Angaben, mit denen nicht besondere positive Eigenschaften des betreffenden Lebensmittels herausgestellt werden sollen, sondern nur objektive Informationen über die Produktbeschaffenheit oder -eigenschaften vermittelt werden (Meistererst WRP 2010, 481, 484).

Die Teilangabe „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ ist bei isolierter Betrachtung im vorgenannten Sinne gesundheitsbezogen, wie aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Wirkung des Produkts auf eine Körperfunktion – die (gesunde) Darmflora – folgt. Am Gesundheitsbezug dieser Aussage ändert der werbliche Kontext der Gesamtangabe nichts, da die weiteren Teilangaben „Praebiotik® + Probiotik®“ und „Mit natürlichen Milchsäurekulturen“ der gesundheitlichen Aussage der genannten Teilangabe nicht

entgegenwirken. Da die Antragstellerin ein kumulatives Verbot der Gesamtheit aller drei Teilangaben begehrt, kann daher offenbleiben, ob auch diese weiteren Teilangaben gesundheitsbezogen sind.

bb) Eine Aufnahme in die Liste zugelassener Angaben nach den Art. 13 f. HCV ist – darin stimmen die Parteien überein – bisher nicht erfolgt.

cc) Die Voraussetzungen der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCV liegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift dürfen gesundheitsbezogene Angaben, die keiner Bewertung in einem Mitgliedstaat unterzogen und nicht zugelassen wurden, bis zum Ablauf von sechs Monaten nach einer Entscheidung im Sinne des Artikels 17 Absatz 3 weiterhin verwendet werden, sofern vor dem 19. Januar 2008 ein Antrag nach der HCV gestellt wird. Die Voraussetzungen dieser Übergangsvorschrift liegen hinsichtlich der Teilangabe „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ nicht vor.

(1) Zwar hat die Antragsgegnerin glaubhaft gemacht, dass der Dachverband der Hersteller diätetischer Lebensmittel (IDACE) am 18.1.2008 den vorerwähnten Zulassungsantrag gestellt hat. Dieser an die Wettbewerbsbehörde Frankreichs (Direction générale de la concurrence) gerichtete Antrag ist zur Entfaltung der gemeinschaftsweiten Legalisierungswirkung des Art. 28 Abs. 6 lit b) HCV grundsätzlich geeignet, weil zur Vermeidung unnötiger Mehrfachprüfung die Antragstellung durch einen beliebigen Betroffenen in (auch nur) einem Mitgliedsstaat als ausreichend anzusehen ist (vgl. Meistemst/Haber, Praxiskomm. Health & Nutrition Claims Art. 28 Rn. 28h).

(2) Der genannte Antrag vermag jedoch den Bestandteil „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ in der beanstandeten Packungsaufschrift nicht zu rechtfertigen, weil dessen Formulierung sich außerhalb der vom Antrag erfassten Bandbreite befindet. Angesichts des generellen Verbots gesundheitsbezogener Angaben in der HCV und der Einführung eines auf wissenschaftlicher Nachprüfung aufbauenden Zulassungsregimes erachtet es der Senat zur Gewährleistung des mit der HCV verfolgten Zwecks – Erreichung eines hohen Schutzniveaus für Verbraucher – und zur Wahrung des erforderlichen Maßes an Rechtssicherheit für angezeigt, bei der Prüfung der Legalisierungswirkung eines Zulassungsantrags einen strengen Maßstab anzulegen.

Die vom Antrag vorgeschlagene Formulierung („Proposed wording of health claim“) lautet zunächst:

“Oligosaccharides are important for Prebiotic; Bifidogenic; Transit; Digestive health”

Hier wird also zunächst die Wichtigkeit der Oligosaccharide für die sodann benannten Effekte (präbiotische bzw. bifidogene Wirkung), Körperfunktionen (Gang der Verdauung) bzw. einen körperlichen Zustand (Verdauungsgesundheit) beschrieben. Unter diesen Formulierungsvorschlag, den der Senat dahingehend versteht, dass anstelle des Wortes Prebiotic auch die jeweils durch Semikolon abgetrennten weiteren Begriffe stehen können, fällt die angegriffene Teilangabe nicht, denn weder enthält sie die Stoffbezeichnung „Oligosaccharide“ noch bekundet sie die deren „Wichtigkeit für die Verdauungsgesundheit“.

Auch die im Antrag enthaltenen Vorschläge für entsprechende Formulierungen

“Equivalent wording: Dietary fibre/Prebiotic fibre/ Oligosaccharides/ Fructooligosaccharides/ Galactooligosaccharides/ Oligofructose/ Inulin/ Enriched inulin from chicory  
- are prebiotics/ are bifidogenic/ (...) / supports development of healthy intestinal flora/ beneficially affects the intestinal flora/ improve healthy intestinal condition/ promote healthy gut bacteria/ promote balanced gut bacteria (...)  
- are important for the bowel (or colonic) function/ (...) ensure (or promote, or help, or support) a healthy digestive system (or function)/ promote healthy digestion/ (...) promotes a healthy gut/ (...) for a healthy tummy (...)”

bleiben hinter der von der Antragsgegnerin gewählten Packungsaufschrift zurück. Denn die Antragsgegnerin hat nicht einen der genannten Stoffe oder eine Stoffgruppe in die Angabe aufgenommen, sondern den mit ® versehenen Begriff Praebiotik gewählt. Die Verwendung dieser Wortschöpfung – die Parteien sprechen übereinstimmend von „Kunstwort“ – und ihre Kennzeichnung als Marke stellt keine Nennung eines (etwaig vom Zulassungsantrag erfassten) bestimmten Inhaltsstoffes dar. Die Verständnismöglichkeiten weichen von der Bezeichnung eines Inhaltsstoffes vielmehr deutlich ab: Der Begriff „Praebiotik®“ kann im Sinne einer Produktbezeichnung aufgefasst werden, er kann, wenn er sich auf den Inhalt des Produkts bezieht, als Bezeichnung eines darin angelegten Wirksystems verstanden werden, er kann ferner eine weitergehende werbliche Aussage besitzen und markentypische Zuschreibungen (etwa:

Herkunft, Image, Garantiefunktion) transportieren. Verlässt die Angabe aber den Bereich der vom Zulassungsantrag umfassten Sachaussage, so vermag der Antrag die Angabe auch nicht zu legalisieren.

(3) Es fehlt ferner an der weiteren Voraussetzung des Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCV, dass die betreffende Angabe bereits vor dem Inkrafttreten der HCV am 19.1.2007 (unter Beachtung der nationalen Rechtsvorschriften) verwendet wurde (vgl. Meisterernst/Haber, Art. 28 Rn. 26). Die von der Antragsgegnerin glaubhaft gemachten früheren Verwendungsformen gemäß Anlagen AG 6 bis AG 8 dokumentieren nicht die Verwendung der – wie vorstehend charakterisierten – Teilangabe „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“, sondern beziehen sich auf einzelne Sachaussagen (etwa: „prebiotische Ballaststoffe, die eine gesunde Darmflora unterstützen“), von denen die angegriffene Teilangabe relevant abweicht.

dd) Die angegriffene Produktaufschrift ist auch nicht nach der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 5 HCV zulässig. Nach dieser Vorschrift sind gesundheitsbezogene Angaben ab Inkrafttreten der HCV bis zur Annahme der in Art. 13 Abs. 1 HCV genannten Liste zulässig, sofern sie der HCV sowie den einschlägigen einzelstaatlichen Vorschriften entsprechen. Da es sich bei dem Verbot gesundheitsbezogener Angaben gem. Art. 10 Abs. 1 HCV um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, mithin Angaben nur im Falle der in der HCV geregelten Ausnahmen zulässig sind, trifft den Werbenden die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen (OLG Frankfurt, Urteil v. 10.11.2011, Az. 6 U 174/10, juris-Rn. 56 f.; LG Düsseldorf, Magazindienst 2010, 113, juris-Rn. 18). Die Antragsgegnerin hat nicht den Versuch unternommen, die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 10 ff. HCV darzulegen. Insbesondere hat sie nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die in der angegriffenen Angabe genannte gesundheitliche Wirkung anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise nachgewiesen wäre (Art. 5 Abs. 1 lit a) HCV).

ee) Die Voraussetzungen der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 2 HCV, die das Inverkehrbringen von Produkten mit bereits vor dem 1.1.2005 bestehenden, der HCV nicht entsprechenden Handelsmarken oder Produktnamen bis zum 19.1.2022 gestattet, liegen ebenfalls nicht vor. Auch hier kann offenbleiben, ob die in der Teilangabe „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ enthaltene Bezeichnung „Praebiotik®“ selbst Gesundheitsbezug aufweist und ob sie als Marke bereits vor dem genannten Datum bestand. Denn die Legalisierungswirkung des Art. 28 Abs. 2 HCV könnte sich allenfalls auf diese

Bezeichnung, nicht jedoch auf den – außerhalb der Marke befindlichen – Zusatz „zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ beziehen.

ff) Auch Art. 1 Abs. 3 HCV legitimiert die vorliegend angegriffene Angabe nicht. Diese Vorschrift gestattet – unabhängig von einem Bestehenszeitpunkt – die Verwendung nicht nach der HCV zugelassener Handelsmarken, Markennamen sowie Phantasiebezeichnungen, die als gesundheitsbezogene Angaben verstanden werden können, sofern ihnen eine der HCV entsprechende gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist. Der bei Ausblendung des als Marke verwendeten Wortes "Praebiotik" verbleibende, einen Bezug zwischen Produkt und Gesundheit herstellende Bestandteil „zur Unterstützung einer gesunden Darmflora" entspricht jedoch auch für sich betrachtet aus den vorstehend bb) bis dd) genannten Gründen nicht den Anforderungen der HCV: er ist auch auf das Produkt als solches bezogen weder bisher zugelassen noch Gegenstand eines Zulassungsantrags; auch kann nicht festgestellt werden, dass die angegebene gesundheitliche Wirkung des Produkts anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise nachgewiesen wäre.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Antragsgegnerin hat auch die Kosten der von ihr zurückgenommenen Anschlussberufung zu tragen (§ 516 Abs. 3 S. 1 ZPO analog; vgl. BGHZ 4, 229, 240; Gerken, in: Wieczorek/Schütze, Großkommentar ZPO, 3. Aufl. 2004, § 524 Rn. 55; Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 524 Rn. 31a).

Schmidt  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Terschlüssen  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Feddersen  
Richter  
am Oberlandesgericht

Rehmann  
Ausgefertigt  
10  
Hamburg

