

# Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 29. August 2013, 3 U 12/12

## Gründe

I.

Die Parteien vertreiben Babynahrung und streiten klagend und widerklagend um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Werbeaussagen.

Die Beklagte hat ihre Produktserie „A.“, welche die Milchsäurekultur DSM 17938 enthält, in einer „Medizinischen Fachinformation“ (Anlage K 9) sowie einer Elternbroschüre (Anlage K 10) mit folgendem Logo beworben:

(Abbildung fehlt)

Die Milchsäurekultur DSM 17938 ist aus dem L.reuteri-Keim ATTC 55730 hervorgegangen, der in Südamerika aus Muttermilch isoliert worden war. Nachdem man festgestellt hatte, dass der L.reuteri-Keim ATTC 55730 auf zwei Plasmiden (Erbgutschnipsel außerhalb des Kerngenoms des Bakteriums) Antibiotikaresistenzen aufwies, gelang es der Fa. BioGaia, mithilfe eines enzymatischen Selektionsverfahrens den Bakterienstamm von diesen unerwünschten Plasmiden zu befreien. Das hierdurch erhaltene Bakterium wurde mit der Bezeichnung DSM 17938 versehen.

Die Klägerin hat ihre Säuglings-Anfangsnahrung auf der Schauseite der Verpackung mit dem Slogan „nach dem Vorbild Muttermilch“ in folgender Gestaltung versehen (siehe Anlage B 3):

(Abbildung fehlt)

Die Klägerin hat – soweit in der Berufung noch relevant – geltend gemacht, dass der Slogan „mit natürlicher Milchsäurekultur“ irreführend sei, weil die in den Produkten verwendete Milchsäurekultur DSM 17938 künstlich hergestellt, nämlich im Labor durch die Entfernung mehrerer Plasmide verändert worden sei. Für die Frage der Natürlichkeit komme es ausschließlich darauf an, ob eine Kultur in identischer Weise in der Natur vorkomme oder nicht. So seien etwa auch genmanipulierte Pflanzen nicht als „natürlich“ anzusehen, auch wenn

durch die genetische Manipulation solche Gene entfernt würden, die erst aufgrund eines menschlichen Verhaltens entstanden seien (z.B. Resistenzen gegen Schädlingsbekämpfungsmittel).

Die Klägerin hat – soweit in der Berufungsinstanz noch von Bedeutung – beantragt,

es der Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten,

(...)

4. Milchnahrungen der Produktserie „A.“, welche die Milchsäurekultur DSM 17938 enthalten, mit der Aussage „L.Comfortis® mit natürlicher Milchsäurekultur“ zu bewerben, wenn dies wie nachstehend abgebildet geschieht:

(Abbildung fehlt)

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, dass das angegriffene Logo nicht irreführend sei. „Natürlich“ sei alles, was in der Natur vorkomme. Der Keim *L.reuteri* sei ein in der Natur ubiquitär vorkommender Organismus. Auch DSM 17938 sei ein natürliches Bakterium. Ebenso wie für Aromastoffe (Anlage 1 der AromenVO, Anlage B 5) gelte, dass „natürlich“ alles das sei, was aus Ausgangsstoffen pflanzlicher oder tierischer Herkunft und durch physikalische, enzymatische oder mikrobiologische Verfahren gewonnen werde. Es handele sich nicht um einen vom Menschen gemachten, sondern von diesem gefundenen Organismus, dessen Kerngenom unverändert sei.

Die Beklagte hat ihrerseits die mit der Widerklage angegriffene Werbung als rechtswidrig angesehen. Die Werbung verstoße gegen § 22a Abs. 3 Nr. 1 a) DiätVO, weil die Formulierung „nach dem Vorbild Muttermilch“ eine gleichsinnige Umschreibung des Wortes „maternisiert“ darstelle; dieses bedeute „Milch, die in ihrer Zusammensetzung der Muttermilch gleicht“ (Anlage B 6). Die Werbung werde in der Fachöffentlichkeit sehr kritisch gesehen (Anlage B 13). Zudem sei diese Gestaltung entgegen § 22 Abs. 3 Nr. 1 b) DiätVO geeignet, vom Stillen abzuhalten. Denn von der hier angegriffenen Werbung für Anfangsnahrung gehe der Impuls aus, dass das Produkt der Muttermilch gleichwertig sei und bedenkenlos statt des Stillens eingesetzt werden könne. Die Werbung

idealisiere auch entgegen § 22a Abs. 3 Nr. 2 a) DiätVO den Gebrauch der Anfangsnahrung.

Widerklagend hat die Beklagte – soweit in der Berufung noch relevant – beantragt,

der Klägerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten,

a) Säuglingsanfangsnahrung mit dem Slogan „nach dem Vorbild Muttermilch“ zu kennzeichnen und zu vertreiben und zwar auf dem Hauptetikett, wie nachstehend

(Abbildung fehlt)

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage der Beklagten abzuweisen.

Die Klägerin hat auf die Widerklage entgegnet: Die Beklagte interpretiere den Begriff „maternisiert“ falsch, der tatsächlich bedeute, dass etwas „dem Mütterlichen angeglichen“, also vollständig an die Muttermilch angepasst und dieser gleichwertig sei. Dies sei jedoch nicht die Aussage der angegriffenen Werbung. Es werde nur zum Ausdruck gebracht, dass sich die Klägerin im Rahmen ihrer Forschung bei der Entwicklung der beworbenen Produkte an der Zusammensetzung der Muttermilch orientiere; eine Gleichsetzung erfolge gerade nicht. Die Aussage halte auch nicht vom Stillen ab.

Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 22.12.2011 der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf das Urteil des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung der Beklagten. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt diesen wie folgt: Hinsichtlich der Klage sei der durch das Landgericht gebildete Gegensatz „künstlich hergestellte Milchsäurekultur“ vs. „natürliche Milchsäurekultur“ unzutreffend. Die vorgenommene Selektion von Bakterien habe keinen gentechnisch veränderten, sondern einen in der Natur in seiner ursprünglichen Form vorkommenden Organismus gefunden. Dies habe die Beklagte auch unter Sachverständigenbeweis gestellt. Das Landgericht habe diese Frage mangels eigener Sachkenntnis nicht beantworten können. Die Widerklage sei begründet. Der Slogan „Nach dem Vorbild Muttermilch“ beherrsche nach der konkreten grafischen Gestaltung die Produktverpackung. Mit der Regelung des § 22a Abs. 3 Nr. 1 a) DiätVo beabsichtige der Gesetzgeber zu verhindern,

dass industriell hergestellte Nahrung argumentativ auf die gleiche Ebene wie Muttermilch gehoben werde. Die Annahme des Landgerichts, dass in der angegriffenen Angabe nicht die Behauptung liege, „mit dem Vorbild gleichzuziehen oder in dessen Nähe zu gelangen“, sei lebensfremd. Die angesprochenen Verbraucher entnähmen der Angabe sehr wohl die implizite, gewissermaßen stolze Behauptung, dem Anspruch „nach dem Vorbild Muttermilch“ auch gerecht zu werden.

Nachdem die Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung mit Zustimmung der Beklagten den Klageantrag zu I.2 zurückgenommen hat, beantragt die Beklagte nunmehr noch,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22.12.2011, Az. 327 O 5/11, im Tenor zu I.4. abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen sowie im Tenor zu II. abzuändern und nach dem Widerklageantrag zu a) zu erkennen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzt ihren Vortrag wie folgt: Hinsichtlich der Klage habe das Landgericht zutreffend entschieden, dass der Verkehr die angegriffene Werbung so verstehe, dass die in dem Produkt enthaltenen Milchsäurekulturen in dieser Form auch in Muttermilch vorkämen, was tatsächlich nicht der Fall sei. Es könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass dem entfernten Plasmid noch eine weitere, bisher unerkannte Wirkweise zukomme. Die Widerklage sei unbegründet, weil mit der angegriffenen Angabe lediglich zum Ausdruck gebracht werde, dass sich die Klägerin im Rahmen ihrer Forschung an der Zusammensetzung der Muttermilch orientiert habe; eine Gleichsetzung erfolge nicht.

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 hat weder hinsichtlich des auf den Klageantrag zu I.4 ergangenen Verbots (nachfolgend 1.) noch der Abweisung der Widerklage (2.) Erfolg.

1. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung nach Ziff. 1.4 der Klage richtet.

a) Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen das Verbot, Milchnahrungen der Produktserie „A.“, welche die Milchsäurekultur DSM 17938 enthalten, mit der Aussage „L.Comfortis® mit natürlicher Milchsäurekultur“ zu bewerben, wenn dies wie im Antrag abgebildet geschieht. Dieser Antrag bezieht sich auf die durch die abgebildete Verpackung charakterisierte konkrete Verletzungsform.

b) Das Landgericht hat das begehrte Verbot zu Recht zuerkannt. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 8 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

aa) Die Klägerin macht geltend, dass die angesprochenen Verkehrskreise – medizinisches Fachpersonal, aber auch Eltern von Säuglingen – unter einer „natürlichen Kultur“ eine solche verstünden, die in der gleichen Form auch in der Natur vorkomme. Im vorliegenden Zusammenhang werde also die Angabe „mit natürlicher Milchsäurekultur“ dahingehend aufgefasst, dass dem Produkt eine in der Natur vorkommende Milchsäurekultur beigefügt sei, also eine solche, die aus Muttermilch isoliert und dann weitergezüchtet (vermehrt) worden sei, ohne dass sich die biochemischen Eigenschaften der Kultur verändert hätten.

Der Senat teilt die Annahme dieses Verkehrsverständnisses. Bei der Beurteilung von Werbemaßnahmen ist auf das Verkehrsverständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen (BGH GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft m.w.N.). Dieses Verkehrsverständnis vermögen die Mitglieder des Senats, die sich hierbei auf ihre Sachkunde und Lebenserfahrung stützen können, selbst zu beurteilen. Denn zum einen ist der Senat ständig mit Wettbewerbssachen befasst, zum anderen bedarf es für das Verständnis der vorliegenden Werbung für Säuglingsnahrung keiner besonderen Fachkenntnisse (vgl. BGH GRUR 2002, 77, 79 – Rechenzentrum; BGH GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft m.w.N.; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 5 Rn. 3.11 f.). Im vorliegenden Kontext der über den Einzelhandel vertriebenen Säuglingsnahrung sehen sowohl die Fachkreise als auch die Verbraucher einen Stoff als „natürlich“ an, der so wie im Produkt verwendet der Natur entnommen und nicht zuvor einer labormäßigen Bearbeitung unterzogen wurde, in deren Verlauf seine biochemische (hier: genetische) Beschaffenheit verändert wurde.

Der Hinweis der Beklagten auf Anlage 1 der AromenV (Anlage B 5) verfängt hier nicht. Nach dieser Regelung sind solche Aromen „natürlich“, die durch geeignete physikalische, enzymatische oder mikrobiologische Verfahren aus Ausgangs-

stoffen pflanzlicher oder tierischer Herkunft gewonnen wurden. Selbst wenn man unterstellte, dass diese Spezialnorm geeignet wäre, das allgemeine Verkehrsverständnis zu prägen (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm, § 5 Rn. 2.91), so führte dies vorliegend nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn bei Aromastoffen ist dem Verbraucher klar, dass es sich um Stoffe handelt, die aus Ausgangsprodukten erst noch „herausgelöst“ werden müssen, dass also hier Verarbeitungsschritte zwangsläufig sind und das Adjektiv „natürlich“ nicht die Abwesenheit solcher Verarbeitungsschritte, sondern nur die Natürlichkeit des Ausgangsstoffes bezeichnet. Eine passendere begriffliche Orientierung, die das vorliegend gefundene Ergebnis zumindest stützt, ohne dass auch hier die Frage abschließend beantwortet werden müsste, ob das Verkehrsverständnis durch diese rechtliche Kategorisierung vorgeprägt ist, bietet das Lebensmittelzusatzstoff-Recht. Der Norm des § 2 Abs. 3 Nr. 1 LFGB entstammt die Differenzierung zwischen „natürlichen Stoffen“, „Stoffen natürlicher Herkunft“ und Stoffen, die den natürlichen „chemisch gleich“ sind (zum Folgenden s. Wehlau, LFGB, 2010, § 2 Rn. 181). „Natürliche Stoffe“ kommen als solche in der belebten oder unbelebten Natur vor. Demgegenüber werden „Stoffe natürlicher Herkunft“ aus „natürlichen Stoffen“ durch physikalische oder chemische Verfahren gewonnen; hierbei kommt es darauf an, ob Veränderungen im Molekülaufbau oder der Konfiguration bewirkt werden: werden keine solchen Veränderungen bewirkt, so ist die natürliche Herkunft ohne weiteres zu bejahen, ansonsten ist die Frage zu stellen, ob die Verfahren selbst als Prozesse in der Natur vorkommen (Wehlau – ähnlich Meyer, in: Meyer/Streinz, LFGB. 2. Aufl. 2012, § 2 LFGB Rn. 72 – bejaht dies zumindest für enzymatische Verfahren, die auf diese Weise und unbeeinflusst von menschlichen Eingriffen auch in der Natur ablaufen). Schließlich existiert die Kategorie der „chemisch gleichen Stoffe“, die künstlich (chemisch) hergestellt, mit natürlich vorkommenden Stoffen chemisch identisch sind. Es bestehen auch bei Betrachtung lebensmittelrechtlicher Vorschriften mithin keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verkehr eine „natürliche Milchsäurekultur“ nicht als „der Natur entnommen“, also insbesondere nicht im Labor in ihrer biochemischen Beschaffenheit verändert ansieht.

bb) Die im vorgenannten Sinn verstandene Werbung der Beklagten ist irreführend, denn die beigefügte Milchsäurekultur ist so, wie sie im Produkt vorkommt, nicht der Natur entnommen, sondern im Labor durch einen enzymatischen Selektionsprozess in ihrer biochemischen (genetischen) Beschaffenheit verändert worden.

2. Die Berufung bleibt ebenfalls ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Widerklageantrags zu a) richtet.

a) Mit dem Antrag zu a) begehrt die Beklagte widerklagend das Verbot, Säuglingsanfangsnahrung mit dem Slogan „nach dem Vorbild Muttermilch“ zu kennzeichnen und zu vertreiben, und zwar auf dem Hauptetikett, wie aus der in den Antrag eingeblendeten Abbildung ersichtlich. Auch dieser Antrag bezieht sich auf die durch die Abbildung charakterisierte konkrete Verletzungsform.

b) Zu Recht hat das Landgericht diesen Widerklageantrag abgewiesen.

aa) Ein Unterlassungsanspruch besteht zunächst nicht gem. §§ 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 22a Abs. 3 Nr. 1 a) DiätVO. Zu Recht hat das Landgericht in der angegriffenen Angabe „nach dem Vorbild Muttermilch“ keinen Verstoß gegen die Begriffsverbote gem. § 22 a Abs. 3 Nr. 1 a) DiätVO („humanisiert“, „maternisiert“, „adaptiert“ oder gleichsinnige Begriffe) gesehen. Diese Vorschrift verbietet Begriffe, die den irreführenden Eindruck erwecken, Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung seien der Muttermilch gleichwertig oder sehr ähnlich (Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 140, § 22a DiätVO Rn. 30).

Durch das angegriffene Logo wird der Eindruck der Gleichwertigkeit mit der Muttermilch nicht erweckt. Gegenstand der Beurteilung ist nach dem Antrag die konkrete Produktgestaltung. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass unter der bogenförmigen Überschrift „nach dem Vorbild Muttermilch“ eine durch grüne Häkchen nach Art von „bullet points“ untergliederte Aufzählung dreier Aspekte folgt, die eine Aussage zu Eigenschaften oder Inhaltsstoffen des Produkts trifft („Praebiotik“, „LCP Omega 3 & 6“, „nur Lactose enthalten“). Diese Gestaltung erschließt sich dem Betrachter auch bei situationsadäquat aufmerksamer Betrachtung des Produkts etwa im Supermarktregal. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht also der angegriffene Slogan „nach dem Vorbild Muttermilch“ nicht in Alleinstellung, sondern wird unter Bezugnahme auf Eigenschaften oder Inhaltsstoffe des Produkts verwendet. Deshalb kann offenbleiben, ob – wie die Beklagte meint – der Slogan als solcher eine unzulässige Aussage über die angebliche Gleichheit mit Muttermilch trifft, denn nach der konkreten Verletzungsform handelt es sich um eine durch die folgende Aufzählung erläuterte Angabe darüber, dass das Produkt unter den benannten Aspekten dem „Vorbild Muttermilch“ nachgebildet worden sei. In diesem werblichen Kontext wird eine – von § 22 a Abs. 3 Nr. 1 a) DiätVO erfasste – Aussage darüber, dass das Produkt als solches der Muttermilch gleiche oder sehr ähnlich sei, nicht getroffen.

bb) Ein Unterlassungsanspruch folgt auch nicht aus den §§ 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 22a Abs. 3 Nr. 1 b) DiätVO. Nach § 22a Abs. 3 Nr. 1 b) DiätVO sind bei Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung Angaben unzulässig, die vom Stillen abhalten. Diese Voraussetzung erfüllt die vorliegend angegriffene Produkt-

gestaltung nicht. Denn diese preist das Produkt nicht als gleichwertigen Ersatz für Muttermilch an, sondern es wird die Vorbildstellung der Muttermilch hinsichtlich dreier unter der Überschrift „nach dem Vorbild Muttermilch“ erläuterte Aspekte beworben, die sich mit Eigenschaften bzw. Inhaltsstoffen des Produkts befassen (s.o.). Eine pauschale Gleichwertigkeitsbehauptung, die vom Stillen abhielte, liegt hierin nicht.

cc) Ein Unterlassungsanspruch besteht schließlich auch nicht gem. §§ 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 22a Abs. 3 Nr. 2 a) DiätVO. § 22a Abs. 3 Nr. 2 a) DiätVO verbietet Abbildungen von Säuglingen oder den Gebrauch des Erzeugnisses idealisierende sonstige Abbildungen oder Wortlaute außer Zeichnungen zur leichteren Identifizierung des Erzeugnisses oder zur Darstellung von Zubereitungsmethoden. Eine Idealisierung im Sinne des § 22a Abs. 3 Nr. 2 a) DiätV liegt vor, wenn ausgedrückt wird, dass Säuglingsanfangsnahrung gegenüber dem Stillen Vorteile hat; es ist nicht erforderlich, dass vom Stillen abgehalten wird (Zipfel/Rathke, § 22a DiätVO Rn. 35). Eine solche Idealisierung erfolgt vorliegend nicht. Aus der angegriffenen Packungsgestaltung geht nicht die Behauptung eines Vorteils gegenüber dem Stillen hervor, sondern es werden die Bemühungen der Klägerin angepriesen, dem Vorbild Muttermilch unter drei inhaltlich benannten Aspekten „nachzueifern“ (s.o.).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 92, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).