

OLG München: Mangostane-Frucht; Saft; neuartiges Lebensmittel; Zutatenverzeichnis;

LMRR 2009

86

**Mangostane-Frucht; Saft; neuartiges Lebensmittel; Zutatenverzeichnis;***Verordnung (EG) 258/97 Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2, Art. 4, 6, 7, 8*

**Bei der Schale der Mangostane-Frucht, dem sogenannten Perikarp, handelt es sich um eine Zutat im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) 258/97. das gilt auch dann, wenn zur Herstellung des Getränks das Püree aus der ganzen Frucht der Mangostane, somit die Schale als Bestandteil dieses Mangostanenmarks verwendet wird. Es macht - rechtlich gesehen - keinen Unterschied, ob die Schale und das Fruchtfleisch zunächst zusammen vermengt werden und dann als Mangostanenmark dem Saft beigegeben werden oder ob die Schale und das Fleisch zunächst getrennt verarbeitet werden und dann beigegeben werden**

**Bei eine Erfahrung im Sinne des Begriffes erfahrungsgemäß in Art. 1 Abs. 2 Buchst. E 1 Hs. Der Verordnung (EG) 258/97 handelt es sich nicht um eine bloße Prüfung, sondern um die Aufnahme bzw. Kenntnis des Ergebnisses eines bestimmten, über einen längeren Zeitraum andauernden, Prozesses, der daher einer gewissen Beobachtung bedarf und in dessen Verlauf sich gezeigt hat, dass bestimmte Gegebenheiten vorhanden sind oder nicht.**

OLG München, *Urteil* vom 6. 8. 2009 - 6 U 5717/07**Gründe:**

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung des Vertriebs eines aus der Mangostane-Frucht gewonnenen Saftes wegen wettbewerbswidriger Handlungen in Anspruch.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Zweck die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in allen Erscheinungsformen im Zusammenwirken mit Behörden und Gerichten gehört. Die Beklagte ist Alleinimporteurin des Getränks "X.G." in Deutschland.

Bezüglich der Zusammensetzung des Getränks, dessen Herstellung, seiner Markteinführung in Deutschland und dessen Verpackung des Saftes abgedruckten Zutatenverzeichnisses wird auf den Tatbestand der angegriffenen Entscheidung Bezug genommen.

Die Mangostane-Frucht wurde unverarbeitet bereits vor dem 15. 05. 1997 in erheblichem Umfang in die Europäische Gemeinschaft importiert und dort auch verzehrt. Bis zu diesem genannten Zeitpunkt gab es jedoch in der Europäischen Gemeinschaft kein Produkt, bei dessen Herstellung auch die Schale der Mangostane verwendet wurde.

Der Kläger war in erster Instanz der "X.G."-Saft bedürfe der Genehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 01. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten (sog. Novel-Food-Verordnung - NFV). Maßgeblich sei darauf abzustellen, dass die Schale der Mangostane zum entscheidenden Stichtag, nämlich dem 15. 05. 1997, in der Europäischen Gemeinschaft noch nicht in nennenswerten Umfang verzehrt worden sei. Da die Voraussetzung der Ausnahmebestätigung des Art. 1 Abs. 2 e 2. Hs. der Novel-Food-Verordnung nicht zum Tragen kämen, müsse die Beklagte für den Saft das in der Verordnung vorgeschriebene Genehmigungsverfahren durchlaufen.

Weiterhin sei der Kläger der Auffassung, dass das für den "X.G."-Saft verwendete Zutatenverzeichnis unrichtig sei, solange die Zutat Mangostane-Mark dort aufgeführt wird, obwohl zur Herstellung dieses Marks auch die Rinde der Mangostane-Frucht verwendet werde.

Der Kläger hat beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung des Ordnungsgeldes bis zu EUR 250. 000,00 ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1. das Produkt "X.G.", das den Saft der ganzen Mangostane-Frucht, einschließlich der Schale dieser Frucht enthält, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder sonst wie in den Verkehr bringen, solange zum Verkehr der ganzen Mangostane-Frucht, einschließlich der äußeren Umhüllung (Perikarp), als Lebensmittel oder Lebensmittelzutat die Genehmigung für ein Inverkehrbringen nach der Verordnung (EG) Nr. 258/97 für neuartige Lebensmittel nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht ist

und/oder

2. das Produkt "X.G.", das den Saft der ganzen Mangostane-Frucht, einschließlich der Schale dieser Frucht enthält, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder sonst wie in den Verkehr bringen, solange im Zutatenverzeichnis die Zutat Mangostane-Mark gekennzeichnet wird, obwohl zur Herstellung der vorgenannten Zutat auch die Rinde der Mangostane-Frucht verwendet wird.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat ferner beantragt, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 234 Abs. 2 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 1 Abs. 2 e i.V.m. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 01. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass für das Inverkehrbringen der Schale der Frucht als Lebensmittelzutat die Verfahren der Art. 4, 6, 7 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 Anwendung finden können, wenn die Frucht bereits vor dem 15. 5. 1997 in der Gemeinschaft allgemein verfügbar war und das Fruchtfleisch in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verkehr verzehrt wurde?

2. Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof diese Frage mit "Ja" beantwortet:

Ist Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Verwendung der Schale einer Frucht für den menschlichen Verzehr in nennenswertem Umfang anzunehmen ist, wenn das Fruchtfleisch in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde und beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke der Schale mitverzehrt wurden?

3. Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite Frage mit "Nein" beantwortet:

Ist Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn das Endprodukt, in dem die Lebensmittelzutat verarbeitet ist, seit dem Jahr 2002 in einer Menge von 15 Millionen Litern von Verbrauchern der Vereinigten Staaten von Amerika verzehrt worden ist und gesundheitliche Bedenken nicht aufgetreten sind?

4. Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite und die dritte Frage mit "Nein" beantwortet:

Ist Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn der Inverkehrbringer des Lebensmittels sämtliche Bedenken, die gegen die gesundheitliche Unbedenklichkeit des Lebensmittels vorgebracht worden sind, durch wissenschaftliche Sachverständigengutachten ausgeräumt hat?

Die Beklagte hat behauptet, in den USA seien seit 2002 von Verbrauchern 15 Millionen Liter "X.G."-Saft konsumiert worden, ohne dass es zu irgendwelchen Beanstandungen gekommen sei.

Die Beklagte hat weiterhin vorgetragen, die vom Kläger in einem Parallelverfahren vorgebrachten Bedenken gegen die Verwendung des "Marks aus der ganzen Frucht" seien nach einer am 04. 12. 2006 durchgeführten Laboruntersuchung - der Laboruntersuchungsbericht wurde als Anlage B 8 vorgelegt - ausgeräumt. Im Übrigen enthalte die Schale der Mangostane sekundäre Pflanzenstoffe, die teilweise auch in heimischen Obstsorten bzw. in Tee enthalten seien. Sogenannte Xanthon-Verbindungen befänden sich sowohl in der

Mangofrucht und der Enzianwurzel als auch im Fruchtfleisch der Mangostane. Diese Lebensmittel seien bereits vor dem 15. 05. 1997 in erheblicher Menge in der Gemeinschaft verzehrt worden. Hieraus ergebe sich die erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit des Lebensmittels.

Bezüglich des weiteren Vorbringens der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren wird auf die Seiten 8 ff. des Tatbestands der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

I.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken am Geschäftsführer, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1. das Produkt "X.G.", das den Saft der ganzen Mangostane-Frucht einschließlich der Schale (Perikarp) dieser Frucht enthält, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen, solange nicht entweder für den Verkehr der ganzen Mangostane-Frucht, einschließlich des Perikarps, als Lebensmittel oder Lebensmittelzutat eine Genehmigung für das Inverkehrbringen nach der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten erteilt oder in einem Verfahren nach Art. 1 Abs. 3, 13 der genannten Verordnung festgestellt worden ist, dass die ganze Mangostane-Frucht, einschließlich der äußeren Umhüllung (Perikarp) nicht unter die Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 der Verordnung fällt,

und/oder

2. das Produkt "X.G.", das den Saft der ganzen Mangostane-Frucht einschließlich der Schale dieser Frucht enthält, selbst oder durch Dritte anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder sonst wie in den Verkehr zu bringen, solange im Zutatenverzeichnis die Zutat Mangostan-Mark gekennzeichnet wird, obwohl zur Herstellung der vorgenannten Zutat auch die Schale (Perikarp) der Mangostane-Frucht verwendet wird.

II. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III. ...

Zur Begründung seiner Entscheidung führt das Landgericht München 1 im Wesentlichen aus, das Perikarp der Mangostane falle gem. Art. 1 Abs. 2 e in den Anwendungsbereich der Novel-Food-Verordnung. Die Schale der Mangostane sei als Zutat des Lebensmittels des "X.G."-Saftes anzusehen. Insoweit sei auf die Definition des Art. 6 Abs. 4 a der Richtlinie 2000/13/EG zurückzugreifen. Darüber hinaus sei zu dieser Beurteilung auf den Schutzzweck der Novel-Food-Verordnung abzustellen.

Die Schale der Mangostane sei vor dem 15. 05. 1997 in der Gemeinschaft nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden und daher neu im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Satz 1 der Novel-Food-Verordnung. Soweit die Beklagte vorgetragen habe, es könne nicht ausgeschlossen werden, das kleinere Stücke der Schale beim Versuch des Herauslösen des Fruchtfleisches auch schon vor diesem Zeitpunkt mitgegessen worden seien, handle es sich insoweit nicht um einen Verzehr in nennenswertem Umfang. Art. 1 Abs. 2 e der Novel-Food-Verordnung sei auch nicht nur auf unmittelbar gewonnene Lebensmittel, sondern auch auf weiterverarbeitete Produkte anwendbar. Schließlich seien auch die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 1 Abs. 2 e 2. HS der Novel-Food-Verordnung nicht erfüllt, denn bei der Schale der Mangostane könne nicht von einem erfahrungsgemäß unbedenklichen Lebensmittel ausgegangen werden. Die von der Beklagten hierzu vorgebrachten Tatsachengrundlagen seien nicht geeignet, die diesbezüglichen Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung zu beweisen. Die Ausnahmebestimmung stelle für die Frage der Unbedenklichkeit auf Erfahrungen ab. Auf solche könne aber nicht zurückgegriffen werden, da sie nicht vorlägen. Dem von der Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis sei nicht nachzugehen, solange Erfahrungen nicht substantiiert dargelegt würden. Aus diesen Gründen sei auch nicht zu der bestrittenen Behauptung der Beklagten Beweis zu erheben, inwieweit in den USA der Saft unbeanstandet verzehrt worden sei. Auch der Umstand, dass einige der Inhaltsstoffe der Schale in erfahrungsgemäß unbedenklichen Lebensmitteln vorkämen, begründe keine erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit für den Saft "X.G.". Das Gericht habe sein Ermessen dahin ausgeübt, das es von einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften abgesehen habe.

Auch der zweite Klageantrag sei begründet, denn im Zutatenverzeichnis des vertriebenen Saftes sei nicht aufgeführt, dass das ebenfalls dort enthaltene Perikarp der Mangostane mitenthalten sei. Das Perikarp der Mangostane sei nicht als genießbarer Teil der Frucht anzusehen.

Bezüglich der weiteren Begründung der landgerichtlichen Entscheidung im Einzelnen wird auf die

Entscheidungsgründe insgesamt Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerechte Berufung der Beklagten, mit der diese primär die Abweisung der Klage, hilfsweise die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, weiter verfolgt.

Die Beklagte hält an ihrer auch in erster Instanz vorgebrachten Ansicht fest, bei der Schale der Mangostane-Frucht handle es sich um keine Zutat des Getränks "X. G.". Es sei maßgeblich darauf abzustellen, ob der Stoff, für sich genommen, bei der Herstellung eines Lebensmittels verwendet werde. Eine Differenzierung zwischen Schale und Fruchtfleisch sei nicht geboten. Nach der Rezeptur des Getränks "X.G." werde weder die Schale, noch die ganze Frucht verwendet, sondern vielmehr das Püree aus der ganzen Frucht der Mangostane, das sogenannte Mangostanmark. Dies werde dann zusammen mit anderen Säften zu dem Getränk "X.G." vermischt. Die Schale sei somit Bestandteil der Zutat Mangostanmark und werde nicht als solche bei der Herstellung des Getränks verwendet. Als Zutat könnten jedoch nicht jegliche Bestandteile des Getränks angesehen werden. Eine Genehmigung für das Inverkehrbringen der gesamten Mangostane-Frucht könne daher nicht verlangt werden, allenfalls für das Mangostanmark. Dieses sei allerdings nicht neuartig.

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft geprüft, ob die Schale in nennenswertem Umfang verzehrt worden sei. So sei zum einen die Schale schon keine Zutat des Getränks, so dass es nicht darauf ankomme, ob diese im Zeitraum vor Inkrafttreten der maßgeblichen Verordnung in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden sei. Das Landgericht habe vielmehr prüfen müssen, ob das Mangostanmark bereits in nennenswertem Umfang verzehrt worden sei, dies gelte insbesondere für den Verzehr der Bestandteile des Pürees. Insoweit habe das Landgericht das Beweisangebot der Beklagten übergangen. Darüber hinaus sei die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Verzehr in nennenswertem Umfang" fehlerhaft erfolgt, denn das Landgericht gehe ohne nähere Begründung davon aus, dass die Tatsache, dass kleinere Stücke der Schale beim Versuch des HerauslöSENS des Fruchtfleisches mitverzehrt worden seien, keinen Verzehr in nennenswertem Umfang darstelle. Unberücksichtigt bleibe, dass auch das Mangostanmark in dem Saft nur zu einem geringen Anteil enthalten sei. Es liege daher kein neuartiges Lebensmittel vor, wenn die Beklagte nachweise, dass die im Mangostanmark enthaltenen Bestandteile vor dem 15. 05. 1997 in vielen Fällen in einer ähnlichen Menge verzehrt worden seien, wie sie in "X.G." enthalten sei. Nur so könne Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung ausgelegt werden. Jedenfalls insoweit sei eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft veranlasst.

Darüber hinaus habe das Landgericht das Tatbestandsmerkmal "erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit" fehlerhaft ausgelegt. Die Prüfung dieser Voraussetzung sei nicht einem behördlichen Verfahren vorbehalten. Das Landgericht habe daher hierzu Beweis erheben müssen. Das Landgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, denn es habe der Beklagten keinen Hinweis erteilt, unter welchen Voraussetzungen es von der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit ausgehe. Es habe daher seine Rechtsauffassung der Beklagten vorenthalten. Fehlerhaft sei es auch, dass das Landgericht die mit dem Produkt in den USA gewonnenen Erfahrungen nicht berücksichtigt habe. Der Kläger habe hierzu auch nichts Gegenteiliges vorgebracht. Eventuelle Novellierungsabsichten der Novel-Food-Verordnung könnten zur Auslegung nicht herangezogen werden.

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "herkömmliche Vermehrungsmethoden" führt die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren aus, der Anbau der Mangostane-Frucht erfolge auf herkömmliche Weise. Eine gentechnische Veränderung sei nicht gegeben.

Weiterhin habe das Landgericht auch fehlerhaft den Vorbehalt eines Notifizierungsverfahrens nicht in den Tenor aufgenommen.

Die Annahme des Landgerichts, die Schale müsse als Zutat in das Zutatenverzeichnis aufgenommen werden, sei ebenfalls fehlerhaft. Die Vorschriften über Fruchtsäfte aus Zitrusfrüchten könnten auf "X.G." entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht angewendet werden, denn bei Mangostanen handle es sich nicht um Zitrusfrüchte. "X.G." sei auch kein Fruchtsaft, sondern ein Mehrfruchtgetränk. Maßgeblich sei auf den Zustand der Schale bei Verwendung als Bestandteil der Zutat Mangostanmark abzustellen. Die Schale der Mangostane in pürierter Form sei jedenfalls genießbar. Die Aufnahme der Schale in das Zutatenverzeichnis verstieße gegen § 6 Abs 1 LMKV, da die Schale keine Zutat im lebensmittelrechtlichen Sinne darstelle.

Soweit das Landgericht von einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften abgesehen habe, sei die Entscheidung des Landgerichts ermessensfehlerhaft.

Erstmals im Berufungsverfahren bezieht sich die Beklagte zur Frage der Unbedenklichkeit des vertriebenen Saftes auf ein privat in Auftrag gegebenes Gutachten von Prof. C. vom 23. 04. 2008 (Anlage B16 und

Ergänzungsgutachten vom 10. 02. 2009 - B 18) sowie auf einen Fachbeitrag von Prof. L. (Anlage B17). Aus beiden Unterlagen ergebe sich, dass insgesamt lediglich gute Erfahrungen mit dem Saft bzw. seinen Inhaltsstoffen gemacht worden seien. Ein erfahrungsgemäß unbedenkliches Lebensmittel sei daher anzunehmen. Bezüglich des Inhalts der vorgelegten Privatgutachten und des Fachbeitrags wird auf die Anlagen B 16 - B 18 Bezug genommen.

Zur Frage der genießbarkeit der Schale trägt die Beklagte im Berufungsverfahren vor, bei der Herstellung von Fruchtmarmeladen Schalentteile typischerweise verwendet. Die Schale werde "genießbar gemacht". Eine Ausnahme gelte insoweit nur für Zitrusfrüchte. Im Umkehrschluss sei daher anzunehmen, dass bei Mangostanen diese Vorgehensweise erlaubt sei. Da die Mangostane-Frucht keine Zitrusfrucht sei, sei eine analoge Anwendung der Vorschriften über diese Zitrusfrüchte ausgeschlossen. Eine isolierte Betrachtung der Schale verbiete sich.

Die Beklagte beantragt:

I.

Das Urteil des Landgerichts München 1 vom 19. 11. 2007 wird in Nummer I. und III. aufgehoben.

II.

Die Klage wird abgewiesen.

III.

Hilfsweise:

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gem. Art. 234 Abs. 2 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 1 Abs. 2 e i. V. m. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass für das Inverkehrbringen des Pürees aus einer ganzen Frucht als Lebensmittelzutat die Verfahren der Art. 4, 6, 7 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 Anwendung finden können, wenn die Frucht bereits vor dem 15. 5. 1997 in der Gemeinschaft allgemein verfügbar war und das Fruchtfleisch in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verkehr verwendet wurde?

Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" beantwortet:

2. Ist Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass die Verwendung des Pürees aus einer ganzen Frucht als Lebensmittelzutat für den menschlichen Verzehr in nennenswertem Umfang anzunehmen ist, wenn nachweislich feststeht,

(1) dass das Fruchtfleisch vor dem 15. 5. 1997 in der Gemeinschaft in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verkehr verwendet wurde,

(2) dass beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke oder Bestandteile der Schale mitverzehrt wurden und

(3) dass die Menge der beim Verzehr einer Frucht mitverzehrten Schalen mengenmäßig bzw. ernährungsphysiologisch annähernd den Schalenbestandteilen entspricht, die beim Verzehr der empfohlenen Tagesdosis des Lebensmittels verwendet werden, in dem das Püree als Zutat enthalten ist.

Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite Frage mit "Nein" beantwortet:

3. Ist Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass das Püree aus einer ganzen Frucht als erfahrungsgemäß unbedenkliches Lebensmittel anzusehen ist, wenn nachweislich feststeht,

(1) dass das Fruchtfleisch vor dem 15. 5. 1997 in der Gemeinschaft in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurde,

(2) dass beim Verzehr des Fruchtfleisches kleine Stücke oder Bestandteile der Schale mitverzehrt wurden und

(3) dass die Menge der beim Verzehr einer Frucht mitverzehrten Schale mengenmäßig bzw. ernährungsphysiologisch annähernd den Schalenbestandteilen entspricht, die beim Verzehr der empfohlenen Tagesdosis des Lebensmittels verwendet werden, in dem das Püree als Zutat enthalten ist.

Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite und dritte Frage mit "Nein" beantwortet:

4. Ist Art. 3 Abs. 4 (gemeint wohl Art. 1 Abs. 2) e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn das Endprodukt, in dem die Lebensmittelzutat verarbeitet ist, seit dem Jahr 2002 in einer Menge von 15 Millionen Litern bei Verbrauchern in den Vereinigten Staaten von Amerika verzehrt worden ist und gesundheitliche Bedenken nicht aufgetreten sind?

Hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage mit "Ja" und die zweite, dritte und vierte Frage mit "Nein" beantwortet:

5. st Art. 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten dahin auszulegen, dass eine Lebensmittelzutat als erfahrungsgemäß unbedenklich anzusehen ist, wenn der Inverkehrbringer des Lebensmittels sämtliche Bedenken, die gegen die gesundheitliche Unbedenklichkeit des Lebensmittels vorgebracht worden sind, durch wissenschaftliche Sachverständigengutachten ausgeräumt hat und durch wissenschaftliches Sachverständigengutachten nachgewiesen hat, dass das Lebensmittel keine toxikologisch bedenklichen Substanzen enthält?

IV.

Der Rechtsstreit wird bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ausgesetzt (§ 148 ZPO).

Der Kläger beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Der Kläger ist der Auffassung, bei der Schale handle es sich um eine Zutat im Sinne der Novel-Food-Verordnung. Eine Auslegung der Verordnung nach nationalem Recht verbiete sich. Die Schale werde - in welcher Form auch immer - dem Saft zugesetzt. Sie sei deshalb ohne Zweifel als Zutat anzusehen. Neuheit sei auch dann anzunehmen, wenn die Schale und das Fruchtfleisch miteinander vermengt würden. Im Hinblick auf die Frage des Verzehrs in nennenswertem Umfang komme es nicht darauf an, inwieweit die Schale bisher mit dem Fruchtfleisch mitverzehrt worden sei, denn nicht alle Teile einer Frucht seien grundsätzlich gleich zu behandeln. Diese Einschätzung entspreche den durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entwickelten Grundsätzen. Das Beweisangebot der Beklagten zur Frage des Mitverzehrs von Schalenbestandteilen bei Aufnahme des Fruchtfleisches in früheren Zeiten sei zu Recht zurückgewiesen worden. Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nur dann von einem Verzehr in nennenswertem Umfang auszugehen, wenn es sich um eine erhebliche Menge handle. Ob zu einem früheren Zeitpunkt schon kleinere Mengen verzehrt worden seien, sei daher unerheblich. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften sei nicht geboten, da die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs insbesondere in den Entscheidungen Lactobact omni FOS, C - 211/03, C - 299/03 und C - 316/03, C - 318/03, und Rs 283/81 - C.I.L.F.I.T. eindeutig sei. Die Novel-Food-Verordnung stelle nicht auf die Neuartigkeit einzelner Bestandteile ab, sondern auf das Lebensmittel als Ganzes.

Im Hinblick auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit" seien bestimmte Erfahrungen notwendig, die über einen längeren Zeitraum sich erstrecken müssten und deren Auswirkungen geprüft seien. Solche Untersuchungen seien von der Beklagten nicht einmal behauptet worden. Soweit sie sich insoweit auf außereuropäische Gebiete beziehe, seien diese rechtlich nicht von Relevanz.

Hinsichtlich des vorgelegten Privatgutachtens werde die Kompetenz des Gutachters bestritten. Im Übrigen seien dessen Ergebnisse irrelevant, denn es gehe hier nicht um die toxikologische Unbedenklichkeit, sondern um die erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit im Sinne der Novel-Food-Verordnung.

Soweit die Beklagte zu den herkömmlichen Vermehrungsmethoden vorgetragen habe, könne sich der Kläger hierzu nicht erklären. Die Beklagte trage insoweit die Darlegungslast.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der Tenor auch inhaltlich nicht nach Art. 3 Abs. 1, 13 oder Art 5 der Novel-Food-Verordnung einzuschränken.

Das Landgericht sei auch nicht zu einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften verpflichtet gewesen. Soweit die Beklagte aufgrund des von ihr gestellten Aussetzungsantrages Fragen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft formuliert habe, seien diese ohne Belang. Die von der Beklagten vorgelegten Wikipedia-Einträge seien nicht aussagekräftig.

Hinsichtlich des weiteren Klageantrags führt der Kläger aus, die nicht genießbare Schale gehöre nicht zum Fruchtmarm. Die Schale allein sei jedenfalls ungenießbar.

Bezüglich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf gewechselten Schriftsätzen insgesamt Bezug genommen.

Der Senat hat mit Verfügungen vom 29. 04. 2008 und 04. 05. 2009 den Parteien Hinweise erteilt.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Die Klage ist zulässig und - soweit noch Gegenstand des Berufungsverfahrens - auch begründet.

Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht sowohl nach dem Klageantrag 1. als auch nach dem Klageantrag 2. zur Unterlassung der dort beanstandeten Handlungen verurteilt.

Ergänzend zur landgerichtlichen Begründung sind im Hinblick auf den Berufungsvortrag der Parteien folgende Ausführungen veranlasst:

A Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung des Anerbietens, der Bewerbung, des Vertriebs und/oder des sonstigen Inverkehrbringens des "X.G.-Saftes", wenn dieser den Saft der ganzen Mangostane-Frucht einschließlich der Schale (Perikarp) dieser Frucht enthält, solange nicht entweder die Genehmigung nach der Novel-Food-Verordnung erteilt ist oder in einem Verfahren nach Art. 1 Abs. 3, 13 der Novel-Food-Verordnung festgestellt ist, dass die ganze Mangostane-Frucht einschließlich des Perikarps nicht unter Art. 1 Abs. 2 der Novel-Food-Verordnung fällt, aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, § 3, § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 und Art 1 Abs. 2 e der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten.

1. Hinsichtlich der Frage der Aktivlegitimation des Klägers sowie der Frage, inwieweit es sich bei den Vorschriften der Novel-Food-Verordnung um sogenannte gründe des landgerichtlichen Urteils auf Seite 11 verwiesen.

2. Die Beklagte hat den Saft "X.G." mit dem Perikarp der Mangostane-Frucht in den Verkehr gebracht.

3. Bei der Schale der Mangostane-Frucht, dem sogenannten Perikarp, handelt es sich auch nach Auffassung des Senats in Übereinstimmung mit dem Landgericht um eine Zutat im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 1. 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten (im Folgenden: Novel-Food-Verordnung - NFV).

a) Als Zutat eines Lebensmittels ist gem. Art. 6 Abs. 4 a der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 03. 2000 jeder Stoff, einschließlich seiner Zusatzstoffe, anzusehen, der bei der Herstellung oder Zubereitung eines Lebensmittels verwendet wird und - wenn auch möglicherweise in veränderter Form - im Enderzeugnis vorhanden bleibt (vgl. auch LGU Seite 12).

b) Die Beklagte hält auch im Berufungsverfahren daran fest, dass für die Beurteilung dieser Rechtsfrage nicht eine Differenzierung nach Schale und Fruchtfleisch vorgenommen werden dürfe, sondern vielmehr ausgehend von der Rezeptur des Getränks "X.G." zu berücksichtigen sei, dass zur Herstellung des Getränks das Püree aus der ganzen Frucht der Mangostane, nämlich das sogenannte Mangostanmark verwendet werde, welches dann im Folgenden mit weiteren Säften vermischt werde. Die Schale sei somit Bestandteil dieses Mangostanenmarks und werde nicht als solche bei der Herstellung des Getränks verwendet.

c) Dieser Auffassung kann sich der Senat - wie auch bereits das Landgericht - nicht anschließen.

Es macht - rechtlich gesehen - keinen Unterschied, ob die Schale und das Fruchtfleisch zunächst zusammen vermengt werden und dann als Mangostanenmark dem Saft beigegeben werden oder ob die Schale und das

Fleisch zunächst getrennt verarbeitet werden und dann beigegeben werden (vgl. ähnlich auch OLG Hamm 4 U 7/07 vom 27. 03. 2007, vorgelegt als Anlage K 26 und OLG Hamm 4 U 16/08 vom 17. 06. 2008 vorgelegt als Anlage BK 4).

Die von der Beklagten vorgenommene Differenzierung danach, ob die ursprünglichen Ausgangsbestandteile vor der Beigabe zunächst zusammen oder getrennt verarbeitet werden und deren Maßgeblichkeit für die Auslegung des Begriffs "Zutat" vermag den Senat nicht zu überzeugen.

Schon aus § 5 Abs. 1 Satz 2 LMKV ergibt sich, dass eine Zutat im Rechtssinne auch zusammengesetzt sein kann und dass die von der Beklagten in Abrede gestellte getrennte Betrachtungsweise Schale/Fruchtfleisch daher durchaus ihre Berechtigung hat. Auch unter Zugrundelegung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs "Fruchtextrakt" (BGH GRUR 2008, 625; dort handelte es sich um eine aus Pflanzen isolierte Lebensmittelzutat) ist aus Sicht des Senats zu schließen, dass für die Frage, was zum menschlichen Verzehr geeignet ist (vgl. hierzu EuGH Lactobact omni FOS, C - 211/03, C - 299/03 und C - 316/03, C - 318/03 - Rd. 83) und damit auch "neu" sein kann, gegebenenfalls allein auf die Schale abgestellt werden kann und muss und nicht, wie die Beklagte meint, nur auf die gesamte Frucht.

Nach den mit der Berufung nicht in Abrede gestellten tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts, enthält der Saft "X.G." neben anderen Fruchtsäften und Pürees ein aus Mangostanfrüchten gewonnenes Püree, das Mangostanenmark. Dieses Püree wiederum besteht nicht nur aus dem weißen Fruchtfleisch, sondern auch aus Schalenbestandteilen der lederartigen, rotbraun bis violettfarbigen Schale, dem sogenannten Perikarp. Der Senat konnte sich insoweit durch Vorlage einer Frucht in der Berufungsverhandlung von dem äußeren Erscheinungsbild der Frucht, insbesondere dem Perikarp, überzeugen. Das Landgericht hat darüber hinaus festgestellt, dass nach der Ernte und Säuberung der Mangostane die Frucht blanchiert wird, in ihrer vollständigen Form in eine Mühle gegeben wird und dort zu einem Mark vermahlen wird. Dies bedeutet, dass in dem Mangostanenpüree, welches zur Herstellung des Saftes verwendet wird, sowohl das Fruchtfleisch als auch die Schale Verwendung finden.

Unter Zugrundelegung dieser tatsächlichen Feststellungen ist im Rahmen der rechtlichen Beurteilung festzustellen, dass selbst dann, wenn man die isolierte Betrachtung der Schale außen vor lässt, jedenfalls das aus der ganzen Frucht gewonnene Püree eine "Zutat" im Rechtssinne für das Getränk "X.G." darstellt.

Aus Sicht des Senats bedurfte es insoweit keiner Änderung des Klageantrags, da ausweislich der vom Landgericht vorgenommenen Tenorierung auch das Püree als Zutat wegen des Saftanteils von dieser erfasst wird, denn auch im Püree wird die gesamte Mangostanen-Frucht einschließlich der äußeren Umhüllung verwendet.

4. Weder die Schale noch das zusammen mit ihr und dem Fruchtfleisch gewonnene Mangostanenmark sind in der Gemeinschaft in nennenswertem Umfang verzehrt worden.

a) Hinsichtlich der zeitlichen Vorgabe für die Annahme eines solchen Verzehrs, nämlich dem Stichtag 15. 07. 1997, haben sich im Berufungsverfahren keine neuen Erkenntnisse ergeben. Es handelt sich insoweit um den Tag des Inkrafttretens der Novel-Food-Verordnung. Auf diesen Zeitpunkt ist daher für die Beurteilung abzustellen (EuGH a.a.O., Lactobact omni FOS, Rd. 87).

b) Mit dem Landgericht und der als Anlage B2 vorgelegten Kommentierung bei Zipfel/Rathke zu Art 1 Abs. 2 NFV (dort Seite 10 Rd. 20) ist davon auszugehen, dass es sich insoweit um eine erhebliche Menge handeln muss und damit der Begriff "nennenswerter" Umfang quantitativ zu bestimmen ist (vg. auch BGH - Fruchtextrakt a.a.O., Tz. 16; EuGH a.a.O. - Lactobact omni FOS, Rd. 83).

Die Argumentation der Beklagten in diesem Zusammenhang ist aus Sicht des Senats wenig überzeugend, da sie sich im Wesentlichen darauf beschränkt, dass der Verzehr der Inhaltsstoffe der Früchte vor dem Inkrafttreten der Verordnung bereits in nennenswertem Umfang erfolgt sei und auch über die Fruchtfleischaufnahme Schalenbestandteile mitverzehrt worden seien.

Ersichtlich stellt der Verordnungstext jedoch nicht auf die Inhaltsstoffe, sondern auf den Träger dieser Inhaltsstoffe ab (vgl. auch EuGH a.a.O. - Lactobact omni FOS, Rd. 86).

Dass möglicherweise in kleineren Mengen mit dem Fruchtfleisch unbeabsichtigt oder versehentlich Schalenbestandteile verzehrt wurden, kann die Annahme eines Verzehrs in nennenswertem Umfang ebenfalls nicht rechtfertigen (OLG Hamm a.a.O.), denn insoweit fehlen schon Mengenangaben und absolute Zahlen, die einen Rückschluss auf einen nennenswerten Verzehr zuließen.

Dass das Mangostanenmark, also das Püree aus Schale und Fruchtfleisch, vor dem Stichtag in nennenswertem

Umfang in der EU verzehrt wurde, wird von der Beklagten nicht behauptet.

5. Der Beklagten ist die Berufung auf die Ausnahmeregelung des Art. 1 Abs. 2 e 2. Hs. NFV verwehrt.

a) Die Beklagte hat im Berufungsverfahren auf Hinweis des Gerichts vorgetragen, die Mangostane-Frucht werde mit herkömmlichen Vermehrungs- und Zuchtmethoden gewonnen. Insbesondere seien keine gentechnischen Veränderungen vorgenommen worden. Der Kläger ist diesem Vortrag nicht entgegengetreten.

Unter Zugrundelegung der Erwägungsgründe Nr. 5 und 9 der Novel-Food-Verordnung ist davon auszugehen, dass es Sinn und Zweck dieser Ausnahmeregelung ist, die Einfuhr gentechnischer Pflanzen und Tiere ohne Durchlaufen eines gesonderten Verfahrens zu beschränken.

Der Sachvortrag der Beklagten im Berufungsverfahren zur Frage der herkömmlichen Vermehrungs- und Zuchtmethoden ist vom Kläger nicht bestritten worden. Der Senat geht daher gemäß § 138 Abs. 3 ZPO davon aus, dass es sich bei dem aus der Schale und dem Fruchtfleisch gewonnenen Mangostanenmark um eine Lebensmittelzutat handelt, die mit herkömmlichen Vermehrungs- und Zuchtmethoden gewonnen wird.

b) Als zweite - kumulativ notwendige - Voraussetzung dafür, dass ein neuartiges Lebensmittel nicht unter Art. 1 Abs. 2 e 1 Hs. fällt, muss jedoch weiterhin gegeben sein, dass das Lebensmittel bzw. die Zutat "erfahrungsgemäß" unbedenklich ist.

aa. Der Senat hat bereits mit Verfügung vom 29. 04. 2008 darauf hingewiesen, dass unter Erfahrung im allgemeinen Sinn jedes Vorfinden, Erleben von Inhalten irgendwelcher Art, jedes Aufnehmen eines Inhalts, das Perzipieren einer Bestimmtheit von Objekten oder des Subjektes verstanden werden können. Aber auch im Rechtssinne handelt es sich nach Auffassung des Senats bei einer "Erfahrung" nicht um eine bloße Prüfung, sondern um die Aufnahme bzw. Kenntnis des Ergebnisses eines bestimmten, über einen längeren Zeitraum andauernden, Prozesses, der daher einer gewissen Beobachtung bedarf (OLG Hamm a.a.O.) und in dessen Verlauf sich gezeigt hat, dass bestimmte Gegebenheiten vorhanden sind oder nicht.

Unter Zugrundelegung dieser Prämisse versteht der Senat den Begriff "erfahrungsgemäß unbedenklich" jedenfalls dahingehend, dass ein empirischer Nachweis zu fordern ist, um davon auszugehen, dass ein Lebensmittel bzw. eine Zutat diese Voraussetzung erfüllt.

bb. Die Beklagte hat zum Zwecke des Nachweises der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit sich im Berufungsverfahren erstmals auf ein vorgelegtes Privatgutachten von Prof. C. bezogen (vgl. Anlage B 16 und B 18), welches zu dem Ergebnis gelangt, dass bei "X.G." von einer Unbedenklichkeit auszugehen ist. Zum einen sei der Mitverzehr der Schale unbedenklich (Gutachten vom 23. 04. 2008 - B 16 - Seite 4), darüber hinaus gehe von der Schale keine toxische Gefahr aus (a.a.O., Seiten 6 und 7 sowie Anlage 14 hierzu).

Soweit sich die Beklagte auf diese Begutachtung beruft, ist der Senat der Auffassung, dass auch dieser im Berufungsverfahren neue Sachvortrag, unabhängig davon, inwieweit er im Berufungsverfahren gemäß § 531 ZPO noch berücksichtigt werden kann, ebenso wie auch schon die in der ersten Instanz vorgelegten Unterlagen, die im Berufungsverfahren nicht mehr näher zur Begründung der Berufungsangriffe herangezogen wurden, nicht geeignet ist, den Nachweis einer erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit zu erbringen.

Der Senat will zwar nicht generell in Abrede stellen, dass die Tatsachengrundlage zur Beantwortung der Frage nach einer erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit mittels eines Gutachtens geklärt werden kann, dies setzt jedoch voraus, dass hinsichtlich des Begriffs "erfahrungsgemäß" tatsächliche Erfahrungen und empirische Studien vorliegen (vgl. insoweit auch OLG Hamm 4 U 16/08 a.a.O.), die im Rahmen einer gesonderten Auswertung über einen längeren Zeitraum gewonnener Erfahrungswerte und Erfahrungstatsachen nachvollziehbare Angaben enthalten, die eine Beurteilung ermöglichen, ob von einer erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit im Rechtssinne gesprochen werden kann.

Diesen Anforderungen werden weder die vorgelegten Gutachten von Prof. C. noch der neu vorgelegte Beitrag von L. (Anlage B 17) gerecht, denn sie befassen sich in erster Linie mit der Frage der toxischen Gefahr (C.) oder den Verwendungsmöglichkeiten (L.) der Frucht, enthalten darüber hinaus aber keine nachvollziehbaren tatsächlichen Aussagen dazu, inwieweit über einen längeren Zeitraum wissenschaftlich-empirische bzw. tatsächliche Erfahrungen zum Umgang mit dem Produkt erlangt wurden.

c) Soweit sich die Beklagte auf Erfahrungen in den USA und Kanada beruft, sind diese Erfahrungen nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C - 383/07 unbeachtlich, denn der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften stellt für die Frage der Prüfung der erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit allein auf die Erfahrungen ab, die in der Gemeinschaft selbst gewonnen wurden (EuGH a.a.O., Rd. 36).

Ausschließlich außerhalb Europas erworbene Erfahrungen zur Unbedenklichkeit eines Lebensmittels sind daher nicht geeignet die erfahrungsgemäße Unbedenklichkeit zu belegen (EuGH a.a.O., Rdnr. 38).

Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Sinn und Zweck der Verordnung letztendlich die Verhinderung gesundheitlicher Risiken durch neuartige Lebensmittel oder Lebensmittelzutaten ist, bedarf es daher gemeinschaftsinterner empirischer Erfahrungen, um von einer erfahrungsgemäßen Unbedenklichkeit ausgehen zu können.

Da die Beklagte solche Erfahrungen für den Raum der Europäischen Union nicht vorträgt, sondern sich lediglich auf eine toxikologische Unbedenklichkeit bzw. auf Erfahrungen außerhalb der Gemeinschaft beruft, ist der Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 2 e 2. Hs. NFV nicht gegeben.

6. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine Einschränkung des Tenors nicht veranlasst.

Die Beklagte beruft sich insoweit auf Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 und 13 der Novel-Food-Verordnung.

Da die Beklagte insoweit jedoch, wie auch das Landgericht schon zutreffend ausgeführt hat (LGU Seite 18), zur "Gleichwertigkeit" im Sinne von Art. 3 Abs. 4 Novel-Food-Verordnung keine Angaben gemacht hat, war eine Einschränkung des Tenors nicht angezeigt.

7. Ebenso wie das Landgericht hat auch der erkennende Senat davon abgesehen, die von der Beklagten in den Hilfsanträgen vorformulierten Fragen dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft vorzulegen und insoweit das Verfahren gemäß § 148 ZPO auszusetzen.

Zutreffend führt die Beklagte aus, dass es sich bei der Vorlageentscheidung nach Art. 234 Abs. 2 EG für ein nicht-letztinstanzliches Gericht um eine nachprüfbare Ermessensentscheidung handelt.

a) Eine Ermessensreduzierung auf Null ist nach herrschender Meinung nur dann gegeben, wenn der Rechtsakt als solcher vom Instanzgericht für ungültig gehalten wird. Dies ist hier nicht der Fall, da der Senat die Gültigkeit der Novel-Food-Verordnung nicht in Frage stellt.

b) Das verbliebene Ermessen übt der Senat dahingehend aus, dass er von einer Vorlage absieht.

Angesichts der Vielfalt der hier auftretenden Rechtsfragen, insbesondere der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 1 Abs. 2 NFV, hält es der Senat für vorzugswürdig, diese zunächst im nationalen Instanzenzug einer Klärung zuzuführen und lässt deshalb insoweit auch die Revision zu (vgl. hierzu unten).

B Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung des Vertriebs des "X.G."-Saftes zu, wenn in dessen Zutatenverzeichnis das Fruchtkark der Mangostane-Frucht aufgeführt wird, obwohl in diesem Fruchtkark das Perikarp der Mangostane-Frucht enthalten ist. Der Anspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, § 3, § 4 Nr. 11 UWG, § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 LMKV i.V.m. §§ 2 und 3 FruchtsaftVO i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 zu § 2 Abs. 1 FruchtsaftVO.

1. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über die Kennzeichnung von Lebensmitteln (LMKV) i.V.m. den §§ 5 und 6 LMKV ist die Beklagte verpflichtet, den Saft "X.G." mit einem Verzeichnis der Zutaten besonders zu kennzeichnen.

Dieses muss die in § 5 Abs. 1 näher bestimmten Zutaten, insbesondere auch zusammengesetzte Zutaten, und gem. § 6 LMKV eine Aufzählung in einer bestimmten Art und Weise enthalten.

2. Aus §§ 2 und 3 der Verordnung über Fruchtsaft, einige ähnliche Erzeugnisse und Fruchtnektar (FruchtsaftVO) i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 zu § 2 Abs. 1 FruchtsaftVO ergibt sich, dass unter Fruchtkark das garfähige, jedoch nicht gegorene Erzeugnis, das durch Passieren des genießbaren Teils der ganzen oder geschälten Frucht ohne Abtrennen des Saftes gewonnen wird, zu verstehen ist. Es handelt sich insoweit um die Legaldefinition des Fruchtkarks.

a) Das Landgericht hat das Perikarp der Mangostane-Frucht nicht als genießbaren Teil der Frucht angesehen. Damit darf es nicht Bestandteil des Fruchtkarks sein. Das Landgericht hat deshalb in dieser Konsequenz geurteilt, dass im Zutatenverzeichnis nicht die Zutat Mangostan-Mark gekennzeichnet sein darf, obwohl zur Herstellung des Fruchtkarks auch das Perikarp verwendet wird.

b) Dieser Auffassung des Landgerichts schließt sich der Senat im Ergebnis an.

aa. Die Beklagte wendet insoweit ein, dass die Schale durch Blanchieren genießbar gemacht werde und

deshalb als genießbarer Teil der ganzen oder geschälten Frucht anzusehen sei.

bb. Diese Auffassung widerspricht schon der Legaldefinition des Begriffs "Fruchtmark" (s.o.), nach der sämtliche genießbaren Teile passiert werden und nicht erst genießbar gemachte Teile. Ein lebensmittelrechtlich relevanter und erlaubter Zwischenschritt, wie von der Beklagten angenommen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Fruchtmark nach dem Gesetz setzt somit voraus, dass ein bestimmtes Fruchtteil an sich genießbar ist und dann durch Passieren mit den anderen genießbaren Teilen zu Fruchtmark wird. Dass die Schale, isoliert gesehen, ohne jegliche zusätzliche Behandlung einen für den menschlichen Verzehr geeigneten und genießbaren Teil der Frucht darstellt, behauptet auch die Beklagte nicht.

cc. Insoweit führt auch die von der Beklagten vorgenommene Kontrollüberlegung dahingehend, dass auch bei Äpfeln die Schale und der Stiel grundsätzlich mitverwertet würden, zu keiner anderen rechtlichen Betrachtungsweise. Der Umstand der Verwertung von Schale und Stil bei Äpfeln spielt allenfalls bei der Frage eine Rolle, ob Schale und Stil bei der Gewinnung von Apfelsaft verwendet werden dürfen (vgl. hierzu die unterschiedlichen Voraussetzungen in Anlage 1 Nr. 1 a zu §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 bis 3 FruchtsaftVO), nicht aber bei der Frage, inwieweit diese Bestandteile zur Gewinnung von Apfelfruchtmark herangezogen werden können. Die Beklagte vergleicht daher unterschiedliche Sachverhalte miteinander.

dd. Die Kennzeichnung Fruchtmark verlangt somit, dass es sich bei dem verwendeten Fruchtteil vor dem Passieren um einen genießbaren Teil der Frucht handeln muss und nicht um einen zuvor - in welcher Form auch immer - genießbar gemachten Teil. Nur ergänzend ist in diesem Zusammenhang auszuführen, dass es fraglich erscheint, ob durch bloßes Blanchieren aus dem an sich ungenießbaren Perikarp ein genießbarer Fruchtbestandteil generiert werden könnte.

c) Stellt die Schale somit keinen genießbaren Teil der ganzen oder geschälten Frucht dar, kann sie auch nicht durch das bloße Passieren zum Inhaltsstoff des Fruchtmarks nach der FruchtsaftVO werden. Wenn im Zutatenverzeichnis des Saftes das Fruchtmark der Mangostane aufgeführt ist, ist dies daher nur dann den gesetzlichen Regeln entsprechend, wenn das Perikarp - anders als bei dem Saft "X.G." - im Mark nicht enthalten ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten darf das Perikarp nicht Bestandteil des Fruchtmarks sein.

d) Der vom Landgericht vorgenommene Rückgriff auf die Zitrusfrüchte ist somit zur Begründung der hier vertretenen Auffassung nicht geboten.

Die Klage erweist sich damit auch insoweit als begründet.

Die Berufung ist daher insgesamt unbegründet.