

Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

Rechtsanwalt, Hamburg

## Zweite Beleuchtung der Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben\*

### INHALT

#### A. Einleitung

#### B. Die Rechtsprechung des Jahres 2009

##### 1. Gesundheitsbezogene Angabe oder allgemeiner, nicht gesundheitsbezogener Verweis auf das Wohlbefinden im allgemeinen (Art. 4 Abs. 3 oder Art. 10 Abs. 3 VNGA)?

- a) LG München – Z.E.L.L. Putzer  
Erster Exkurs: Guidance on the implementation of Regulation No. 1924/2006
- b) OVG Rheinland-Pfalz – bekömmlich
- c) OLG Nürnberg – wohltuend und bekömmlich

##### 2. Allgemeine Bedingungen für gesundheitsbezogene Angaben (Art. 5 Abs. 1 lit. a)-d) VNGA)

- a) LG Düsseldorf – Eyelight-/Repairkapseln
- b) LG Düsseldorf – Pilzprodukte

##### 3. Zulassungspflicht für gesundheitsbezogene Angaben (Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 VNGA)

- Zweiter Exkurs: Übergangsregelungen
- a) OLG Düsseldorf – Diätetische Lebensmittel
  - b) KG Berlin – Krankheitswerbung I und II

##### 4. Angaben über eine Gewichtsabnahme (Art. 12 lit. b) VNGA)

- a) OLG Frankfurt am Main – Bauch weg
- b) OLG Celle – 20 Pfund in 6 Wochen

#### C. Fazit für die Praxis

#### A. Einleitung

Auch im Jahr 2009 sind wieder einige Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (VNGA<sup>1</sup>) bekannt geworden. In der Praxis wird inzwischen noch weit mehr über die Auslegung einzelner Vorschriften dieses Monsterwerks gesetzgeberischer Erfindungskraft gestritten<sup>2</sup>. Deshalb lässt sich aus dieser Rechtsprechung auf eine hohe Dunkelziffer weiterer Verfahren schließen. Doch die Mehrzahl der Streitigkeiten wird erfahrungsgemäß vor- oder doch außergerichtlich beigelegt, wenn nicht spätestens vor Gericht verglichen, zumeist durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Solche Auseinandersetzungen gelangen dann kaum ans Licht der Öffentlichkeit<sup>3</sup> und auch nicht jedes Urteil oder gar jeder Beschluss wird am Ende veröffentlicht.

\* Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 22.2.2010 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zum 44. Geburtstag.

1) Es ist kein sachlich überzeugender Grund erkennbar, die Verordnung als „Claims Verordnung“, „Health Claims Verordnung“ bzw. „HCVO“ (sie regelt auch „Nutrition Claims“) oder auch als „Lebensmittel-Gesundheitsangaben VO = LGVO“ zu bezeichnen (vgl. zu letzter Wortschöpfung den Leitsatz der Entscheidung des LG Düsseldorf, MD 2010, 113).

2) Vgl. dazu auch ausführlich *Meisterernst*, WRP 2010, 481 (in diesem Heft).

3) Näheres kann man allenfalls den Jahresberichten verschiedener Wettbewerbsverbände entnehmen.

Hartgesottene Pioniere, die es einfach „wissen wollen“ und es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen lassen, bewirken im Ergebnis mehr oder weniger brauchbare Kriterien für die Bewerbung von Lebensmitteln, die bisweilen auch anderen Unternehmen nützlich (oder schädlich) sein können. Gerade für die Beratungspraxis stellen solche Pflöcke, wie sie von den Richtern eingerammt werden, immer wieder Orientierungshilfen dar<sup>4</sup>. Sie können den Betroffenen vor allem verdeutlichen, was ihren Werbeaussagen vor Gericht widerfahren kann. Neun aktuelle Entscheidungen sollen hier kurz vorgestellt und für die Praxis kritisch beleuchtet werden. Achtmal wurden gesundheitsbezogene Angaben gerichtlich untersagt, nur einmal entkam der Werbende einem derartigen Verbot. Nachzutragen ist außerdem eine Entscheidung aus dem Jahr 2008. Nährwertbezogene Angaben waren dagegen – soweit bekannt – nur einmal Gegenstand der Rechtsprechung des letzten Jahres<sup>5</sup>.

#### B. Die Rechtsprechung des Jahres 2009

##### 1. Gesundheitsbezogene Angabe oder allgemeiner, nicht gesundheitsbezogener Verweis auf das Wohlbefinden im allgemeinen (Art. 4 Abs. 3 oder Art. 10 Abs. 3 VNGA)?

Anhand der Bewerbung alkoholischer Getränke kristallisierte sich in jüngster Zeit gleich zweimal die Frage, ob bestimmte werbliche Formulierungen überhaupt gesundheitsbezogene Angaben sind oder nicht. Diese Einordnung von Werbeaussagen ist deshalb so wichtig, weil Art. 4 Abs. 3 S. 1 VNGA folgendes Verbot aufstellt: „*Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent dürfen keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen*“. Wird ein alkoholisches Getränk beworben, dann ist die Werbung also nur noch erlaubt, wenn sie nicht gesundheitsbezogen ist.

Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA umreißt die einschlägige Begriffsbestimmung mit den Worten „*jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht*“. Danach kommt es entscheidend darauf an, ob einer Werbung ein Zusammenhang zwischen Le-

4) Ob man die Entscheidungen deshalb gleich als „Glücksfall“ bezeichnen muss (so *Koch*, ZLR 2009, 758 zu OVG Rheinland-Pfalz – „bekömmlich“), ist gewiss Geschmackssache; „Rechtssicherheit“ schaffen sie jedenfalls nicht ohne weiteres (so aber der Wunsch von *Koch*, a.a.O.).

5) LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 5. 10. 2009, 3-11 O 135/09: Das Gericht verbot aufgrund von Art. 8 Abs. 1 VNGA die Angabe „mit der Extraportion Calcium“ für einen Soja-Drink, weil er statt der erforderlichen 240 mg pro 100 ml nur 120 mg Calcium enthielt; vgl. die Nachricht der Wettbewerbszentrale vom 6. 11. 2009 unter [www.wettbewerbszentrale.de/de/aktuelles/\\_news/?=907](http://www.wettbewerbszentrale.de/de/aktuelles/_news/?=907) am 22. 2. 2010.

bensmittel und Gesundheit entnommen werden kann<sup>6)</sup>. Typische Beispiele für solche Zusammenhänge sollen nach Ansicht des Gesetzgebers – das kann man aus Art. 13 Abs. 1 lit. a) u. b) VNGA erkennen – u.a. Angaben sein, die „die Bedeutung eines Nährstoffs oder einer anderen Substanz für Wachstum, Entwicklung und Körperfunktion“ oder „die psychischen Funktionen oder Verhaltensfunktionen“ beschreiben. Maßstab für die Einstufung jeder Aussage ist nach dem 16. Erwägungsgrund der VNGA der in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte „fiktive typische Verbraucher“<sup>7)</sup>.

Als Beispiel für eine danach eindeutig nicht verbotene Werbeaussage für ein alkoholisches Getränk kann ein Spruch dienen, mit dem der große Schauspieler Götz George<sup>8)</sup> manchem Fernsehzuschauer noch aus den 1990er Jahren in Erinnerung ist: „Lieber Trocken trinken als trocken feiern“<sup>9)</sup>. Nähert man sich als Werbender dagegen dem kritischen Bereich der gesundheitsbezogenen Angaben, dann bietet die Formulierung des Art. 10 Abs. 3 VNGA einen möglichen Ausweg<sup>10)</sup>; dort geregelt sind nämlich „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im allgemeine oder das gesundheitliche Wohlbefinden“. Aus dieser Begriffsbestimmung lässt sich schließen, dass es – neben dem gesundheitlichen – auch ein nicht gesundheitliches Wohlbefinden geben muss<sup>11)</sup>. Verweise darauf wären dann keine gesundheitsbezogenen Angaben und mithin für alkoholische Getränke nicht generell verboten.

#### a) LG München – Z.E.L.L. Putzer

Das LG München hatte über die Bewerbung eines Fruchtlikörs mit einem Alkoholgehalt von 32 % vol. zu entscheiden<sup>12)</sup>. Das Produkt trug den Namen „Z.E.L.L. Putzer“ und wurde u.a. wie folgt angepriesen: „OPC – Die Kraft der roten Traube! Entdecken Sie die OPC Naturprodukte für Ihr Wohlbefinden – denn jeder Mensch wünscht sich attraktiv zu sein – und das in jedem Alter. Darum nutzen Sie die Kraft der roten Traube für ein besseres und erfüllteres Leben! Entdecken Sie mit OPC den natürlichen Weg zu einem bewussten Leben! OPC ist die Abkürzung für Oligomere Proanthocyanidine und ist ein natürlicher Extrakt aus roten Trauben, besser bekannt als Antioxidans. ... Z.E.L.L. Putzer schmeckt fruchtig süß und eignet sich hervorragend als Aperitif oder Digestif. Zur Herstellung des Likörs werden u.a. feine Fruchtbestandteile aus Orangen, Hagebutten, Äpfeln, Rosenblüten und Vanille verarbeitet. Natürlicher Traubenextrakt mit OPC-Anteil und Grüntee verleihen dem Fruchtlikör

eine besondere Note! Fruchtlikör Z.E.L.L. Putzer 200 ml, Fruchtlikör mit natürlichem OPC-Anteil“.

Man mag es glauben oder nicht: Diesen gesamten Text hat das LG München untersagt! Nicht einmal den – rechtlich gewiss völlig unbedenklichen – Satz über die zur Herstellung verwendeten Fruchtbestandteile haben die Richter ungeschoren gelassen. Die Begründung für das Verbot ist denkbar dürftig. Man wird ihr wohl noch zustimmen können, soweit es in den Entscheidungsgründen heißt, mit der Bezeichnung Z.E.L.L. Putzer werde „dem Verbraucher vorgespiegelt, dass das beworbene Lebensmittel eine gesundheitsfördernde Wirkung, hier durch Reinigung – ‚Putzen‘ – der Zellen hat“. Darüber hinaus aber unterstellt das Gericht im wesentlichen ohne Angabe von Gründen, die werblichen Ausführungen beschrieben „Wirkweisen“. Ob und inwieweit hier i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ein Zusammenhang zwischen Lebensmittel einerseits und Gesundheit andererseits zum Ausdruck gebracht wird, lässt sich den Entscheidungsgründen dagegen mit keinem Wort entnehmen. Eine entsprechende Subsumtion der Werbung unter die einschlägige Norm hat bei Gericht offenbar nicht stattgefunden. Sie hätte nämlich weitgehend zu einem anderen Ergebnis führen müssen.

Denn ganz offensichtlich hatte sich der Werbetexter hier sorgfältig am Wortlaut der VNGA orientiert – insbesondere an Art. 10 Abs. 3 VNGA, aber auch am 5. Erwägungsgrund der VNGA, demzufolge traditionelle Angaben wie „Digestif“ ausdrücklich „von der Anwendung dieser Verordnung ausgenommen“ werden sollen. So ist in der Auslobung von dem Wunsch des Menschen die Rede, attraktiv zu sein, und von einem besseren und erfüllteren bzw. bewussteren Leben – alles Dinge, die auch ohne gleichzeitige Förderung oder Erhaltung der Gesundheit vorstellbar sind und die im konkreten Fall nicht einmal als Effekte des Likörverzehrings angedeutet werden. Und auch die Anregung, Produkte „für Ihr Wohlbefinden“ zu entdecken, ist sorgfältig ohne einen Gesundheitsbezug formuliert. Soweit in der Werbung ein „gesunder Lebensstil“ erwähnt wird, ist ausdrücklich er es, der den Körper unterstützen soll, und nicht das Lebensmittel. Dass die geschmacks- und stoffbezogenen Angaben im zweiten Absatz des Textes gänzlich frei von Gesundheitsbezügen sind und auch eine „besondere Note“ nichts mit Körperfunktionen zu tun hat, dürfte aus der Perspektive eines verständigen Verbrauchers auf der Hand liegen. Bei korrekter Auslegung der einschlägigen Vorschriften hätten also große Teile der streitigen Werbung nicht untersagt werden dürfen.

#### Erster Exkurs: Guidance on the implementation of Regulation No. 1924/2006

Theoretisch hätte das LG München seine Entscheidung hinsichtlich der Erwähnung von Antioxidantien vielleicht noch auf das trostlose (und rechtlich unverbindliche!) Guidance Dokument der Europäischen Kommission vom 14.12.2007 stützen können<sup>13)</sup>. Darin wird bei dem Versuch einer Abgrenzung nährwertbezogener von gesundheitsbezogenen Angaben die An-

6) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Art. 2 VNGA Rdnr. 28.

7) Gemeint ist der „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“; vgl. nur EuGH, LRE 45, 76, 85 – gesundheitsbezogene Angaben in Österreich sowie EuGH, ZLR 2000, 317, 321 – darbo naturrein = WRP 2000, 489, 491 – Adof Darbo AG („naturrein“).

8) Lesenswert zu diesem großen Schauspieler *Körner*, Götz George: Mit dem Leben gespielt, Scherz Verlag, Frankfurt am Main, 2. Aufl. 2008.

9) Vgl. <http://www.henkell.de/henkell/html/at/pages/page.php?p=events&sp=news&lng=1&rsId=4&wS=1024x768x32&js=1&fV=7&PHPSESSID=b632dec28239c488fa622b4d5ee30a77&java=1>.

10) Vgl. bereits *Meisterernst/Haber*, WRP 2007, 363, 378 sowie *Holle*, Health Claims compact, 58-59; vgl. dazu auch *Meisterernst*, WRP 2010, 481 (in diesem Heft).

11) Vgl. dazu näher *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Art. 2 VNGA Rdnr. 24-26 u. Art. 10 VNGA Rdnr. 18-19 sowie das Schreiben des BMELV an den BDSI vom 25.4.2006, Az. 312-8671-112/0000; zustimmend auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.9.2008, 3 U 1611/08, LG Regensburg, Urteil vom 19.12.2008, 1HK O 2203/08 (1) sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 111, Art. 2 VNGA Rdnr. 46.

12) LG München, MD 2009, 512.

13) [http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/guidance\\_claim\\_14-12-07.pdf](http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/guidance_claim_14-12-07.pdf).

sicht vertreten<sup>14</sup>), die Wendung „contains antioxidants“ sei gesundheitsbezogen, weil solche Stoffe eine spezielle funktionelle Wirkung hätten – „the function is an antioxidant effect“. Die Grenzlinie soll danach zwischen „only factual information“ einerseits und „description or indication of a functionality or an implied effect on health“ andererseits liegen.

Diese Überlegung ist jedoch ersichtlich falsch<sup>15</sup>! Mit ihr ließe sich nämlich in so gut wie jede nährwertbezogene zugleich eine gesundheitsbezogene Angabe hineinlesen. Oder haben die Nährstoffe Calcium bzw. Vitamin C etwa keine spezielle funktionelle Wirkung? Typische nährwertbezogene Angaben wie „mit Calcium“ oder „enthält viel Vitamin C“ wären mit dem Argument der Kommission dann immer auch gesundheitsbezogen. Denn jede Erwähnung von Nährstoffen impliziert letztlich stets zugleich irgendeinen gesundheitlichen Nutzen eben dieser Stoffe.

Es muss aber doch eine Bedeutung haben, dass der Gesetzgeber hier zwei Kategorien mit unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen geschaffen hat<sup>16</sup>. Das wäre von rechts wegen auch in jedem Gerichtsverfahren zu beachten. Aus systematischen Überlegungen muss zu den Gründen für diese Trennung zumindest auch zählen, dass nicht jede nährwertbezogene Angabe gleichzeitig eine gesundheitsbezogene Angabe sein soll, sonst wäre die Unterscheidung entbehrlich. Auch mit der Argumentation aus dem Guidance Dokument der Kommission wird etwa aus den Worten „mit OPC-Anteil“ also keine (verbotene) gesundheitsbezogene Angabe für den Fruchtkör.

## b) OVG Rheinland-Pfalz – bekömmlich

Noch unaufdringlicher war die Aussage, über die das OVG Rheinland-Pfalz entscheiden musste<sup>17</sup>). Gleich mehrere säurearm ausgebauten Weine waren u.a. mit dem Wort „bekömmlich“ etikettiert und beworben worden. Im Berufungsverfahren bestätigte das Gericht seine Vorinstanz, das VG Trier, das den streitigen Begriff als gleichbedeutend mit „leicht verträglich, gut verdaulich und daher gesund“ und mithin als gesundheitsbezogene Angabe eingestuft hatte. Das OVG ist der Meinung, die Bezeichnung „bekömmlich“ habe „im Zusammenhang mit Wein eine die menschliche Gesundheit betreffende Bedeutung, die über das gesundheitliche Wohlbefinden hinausgeht“, und sei deshalb auf Weinetiketten ebenso unzulässig wie auch in der Werbung für Wein. Der Begriff stelle „bei Wein einen Zusammenhang zu Vorgängen im Körper her“ und spreche „nicht nur das allgemeine Wohlbefinden an, das mit dem Konsum des Weins verbunden sein kann“. Insbesondere bringe „bekömmlich“ zu Ausdruck, dass ein so bezeichnetes Lebensmittel „jedenfalls den Körper und seine Funktionen (etwa den Verdauungsvorgang) nicht belasten oder beeinträchtigen wird“. Letzteres ist gewiss richtig. Fraglich ist eben nur, ob „nicht belastend“ dasselbe bedeutet wie ein Zusammenhang mit der

Gesundheit. Jedenfalls wäre genauer zu untersuchen, ob damit ein Zusammenhang i.S. der Begriffsbestimmung der gesundheitsbezogenen Angabe gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA gemeint ist, d.h. ob also tatsächlich eine Bedeutung einer Substanz für Wachstum, Entwicklung und Körperfunktion zum Ausdruck gebracht wird.

Die Richter haben sich ersichtlich Mühe gegeben, die einschlägigen Vorschriften sorgfältig und vor allem nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Sie meinen, dem Schutzzweck der Verbotsnorm würde nicht mehr Rechnung getragen, wenn ausgerechnet Wein mit einem Alkoholgehalt, der gesundheitsschädigend wirken könne, mit dem Wort „bekömmlich“ beworben werde. Dass das zuständige Bundesministerium der Ansicht ist, die Angabe „bekömmlich“ sei weder für Kaffee noch für Spirituosen gesundheitsbezogen<sup>18</sup>), hat das Gericht nicht weiter beeindruckt. Kaffee sowie Tee und Mineralwässer seien ja keine alkoholischen Getränke, und ob Biere oder auch Schnäpse „noch (ohne weiteren Zusatz oder Erläuterung) als ‚bekömmlich‘ bezeichnet werden dürfen“, sei durchaus anzuzweifeln, brauche aber im konkreten Fall nicht entschieden zu werden. Dabei hatte das Ministerium seinerzeit berichtet, sogar die Europäische Kommission habe zumindest für Kaffee ausdrücklich die Auffassung vertreten, „dass Verbraucher bei Aussagen wie ‚bekömmlich‘ und ‚wohltuend‘ keine Assoziation zu Gesundheit haben dürften“. Das Ministerium hatte daraus – a maiore ad minus – geschlossen, dass dieses Verständnis auch für Digestif, Aperitif und Magenbitter gelten müsse.

Ein einschlägiger Beschluss des AG Tiergarten aus der Zeit vor der VNGA scheint den Richtern des OVG Rheinland-Pfalz gar nicht bekannt gewesen zu sein<sup>19</sup>). In jenem Fall war einem Spirituosenhersteller, der einen Doppelkorn mit 38% vol. Alkohol mit dem Wort „bekömmlich“ beworben hatte, ein Verstoß gegen das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung vorgeworfen worden. Das sachkundige Amtsgericht sprach den Angeklagten mit beachtlichen Gründen frei! Denn die angesprochenen Verkehrskreise assoziieren mit „bekömmlich“ keine „spezifisch für die Gesundheit vorteilhafte Wirkung“ und ein Verbraucher denkt beim Lesen der Angabe lediglich an „sein allgemeines Wohlbefinden“. Auf eine bekömmliche Wirkung durfte folglich hingewiesen werden.

Es lässt sich also am Ende besser begründen<sup>20</sup>), dass aus der Perspektive verständiger Verbraucher (insbesondere Weintrinker<sup>21</sup>) mit der Angabe „bekömmlich“ tatsächlich kein besonderer Bezug zur Gesundheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA zum Ausdruck gebracht wird. Typische Verbraucher wissen, dass alkoholische Getränke wie Wein gesundheitlich abträgliche Wirkungen haben können, wenn sie im Übermaß verzehrt werden<sup>22</sup>). Immerhin gehört „Kenntnis von den Wirkungen alkoholischer Getränke“ nach Erkenntnissen deutscher Gerichte „zum allgemeinen Grundwissen“<sup>23</sup>). Mit „bekömmlich“ wird also

14) *ibid.* S. 11; ebenso *Thron/Meyer*, DLR 2009, 165, 166.

15) Ebenso auch *Meisterernst*, WRP 2010, 481 (in diesem Heft), *Meisterernst*, WRP 2008, 755, 758 sowie *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Art. 8 VNGA Rdnr. 81a-81c.

16) Die Kommission räumt in der Einleitung zu ihrer Guidance denn auch ein: „However, this document has no formal legal status and in the event of a dispute, ultimate responsibility for the interpretation of the law lies with the Court of Justice“.

17) OVG Rheinland-Pfalz, ZLR 2009, 752, m. Anm. *Koch*.

18) Schreiben des BMELV an den BDSI vom 25.4.2006, Az. 312-8671-112/0000.

19) AG Tiergarten, LRE 31, 314 – Meckstädter Doppelkorn.

20) Ausführlich und überzeugend auch *Koch*, ZLR 2009, 758, 760-765.

21) Vgl. *Koch*, ZLR 2009, 758, 759.

22) Vgl. *Koch*, ZLR 2009, 758, 763.

23) So ausdrücklich OLG Hamm, NJW 2001, 1654, 1655; vgl. dazu auch *Kullmann*, ZLR 2001, 231, 237, Fn. 44; das räumt übrigens auch das OVG Rheinland-Pfalz ein, ZLR 2009, 752, 755, ohne daraus jedoch den richtigen Schluss zu ziehen.

letztlich keine gesundheitliche Wirkung des Weins im gesetzlich vorgesehenen Sinne einer Bedeutung dieses Lebensmittels für Wachstum, Entwicklung oder Körperfunktion bzw. für psychische oder Verhaltensfunktionen suggeriert. Sondern es wird lediglich erklärt, dass auch empfindliche Verbraucher den Wein (wegen seines geringen Säuregehalts) problemlos verzehren und vertragen können<sup>24</sup>). Gerade weil Werbeverbote als Einschränkungen der Grundrechte eng auszulegen sind<sup>25</sup>), hätte die Werbung im konkreten Fall also nicht als gesundheitsbezogene Angabe verboten werden dürfen.

Das gilt umso mehr, als das OVG Rheinland-Pfalz zwischen Wein und alkoholfreien Getränken wie Mineralwässern, Tee und Kaffee differenziert. Daran ist zwar richtig, dass das Verbot des Art. 4 Abs. 3 VNGA nur für alkoholische Getränke gilt. Was eine gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ist, muss aber unabhängig vom Alkoholgehalt des betroffenen Lebensmittels festgestellt werden. Jede andere Herangehensweise hat sich den Vorwurf gefallen zu lassen, dass sie den Alkohol in einer Weise verdammen möchte, die vom Gesetz nicht vorgesehen ist – die VNGA sieht insoweit nämlich kein unterschiedliches Schutzniveau vor. Das BVerwG wird in diesem Jahr hoffentlich Gelegenheit haben, sich im Revisionsverfahren mit all diesen Argumenten zu befassen.

### c) OLG Nürnberg – wohltuend und bekömmlich

Orientieren könnte das BVerwG sich dabei noch an einem Hinweisbeschluss des OLG Nürnberg aus dem Jahr 2008, in dem es um die Bewerbung einer Spirituose namens „Alpenkräuter“ mit dem Spruch „Der wohltuende und bekömmliche Kräuterlikör aus den Alpen“ ging<sup>26</sup>). Ebenso wie die Vorinstanz, das LG Regensburg<sup>27</sup>), das noch den treffenden Vergleich mit einer „Abbildung eines Trinkenden“ zieht, „der nach dem Schluck Kräuterlikör offensichtlich Zeichen des Behagens zeigt“, sind auch die Nürnberger Richter der Meinung, dass diese Werbung nicht gegen Art. 4 Abs. 3 VNGA verstößt, weil es sich bei den beiden Angaben „nicht um gesundheitsbezogene Angaben“ i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA handelt, „sondern diese vielmehr dem allgemeinen Wohlbefinden zuzuordnen sind“. Sie begründen ihre Rechtsauffassung überzeugend mit dem Wortlaut und der Entwicklungsgeschichte des Art. 10 Abs. 3 VNGA<sup>28</sup>) sowie mit der richtigen Feststellung, dass sonst ein „Zusammenhang der Werbeaussage mit der Gesundheit hergestellt werden muss“. So kann das OLG Nürnberg im Hinblick auf „wohltuend“ und „bekömmlich“ schließen: „Die angegriffenen Aussagen sind dem allgemeinen Wohlbefinden zuzuordnen“. Soweit man weiß, soll das zugehörige Hauptsacheverfahren inzwischen dem BGH vorliegen<sup>29</sup>).

## 2. Allgemeine Bedingungen für gesundheitsbezogene Angaben (Art. 5 Abs. 1 lit. a-d) VNGA)

Es ist in der Lebensmittelwirtschaft inzwischen allgemein bekannt, dass gesundheitsbezogene Angaben künftig verboten sind, sofern sie nicht zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben aufgenommen sind. So ist es in der Tat in Art. 10 Abs. 1 VNGA geregelt. Weniger bekannt scheint ein weiteres Erfordernis derselben Norm zu sein. Sie verlangt nämlich außerdem u.a., dass gesundheitsbezogene Angaben „den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II ... entsprechen“ müssen. Diese Regelung gilt aufgrund der Vorgaben des Art. 28 Abs. 5 VNGA auch schon unabhängig von der Zulassung und der Aufnahme zugelassener Angaben in die Gemeinschaftsliste<sup>30</sup>).

Zu den wichtigsten Vorschriften, die insoweit zu beachten sind, gehören die allgemeinen Bedingungen für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben aus Art. 5 Abs. 1 VNGA. Diese Norm verlangt insbesondere, dass vier Bedingungen erfüllt sein müssen, bei denen es sich letztlich um die Kriterien des Wirkungsnachweises handelt: „a) Es ist anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise nachgewiesen, dass das Vorhandensein ... der ... Substanz, auf die sich die Angabe bezieht, in einem Lebensmittel ... eine positive ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung hat. b) ... die ... Substanz, für die die Angabe gemacht wird, i) ist im Endprodukt ... in einer Menge vorhanden, die nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Nachweisen geeignet ist, die behauptete ... Wirkung zu erzielen, .... c) Soweit anwendbar liegt ... die ... Substanz, auf die sich die Angabe bezieht, in einer Form vor, die für den Körper verfügbar ist. d) Die Menge des Produkts, deren Verzehr vernünftigerweise erwartet werden kann, liefert ... eine signifikante Menge, die nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Nachweisen geeignet ist, die behauptete ... Wirkung zu erzielen.“ Diese Vorschrift soll übrigens nach dem 15. Erwägungsgrund der VNGA gewährleisten, „dass die Angaben der Wahrheit entsprechen“. Sind die derart vorgeschriebenen – wissenschaftlichen<sup>31</sup>) – Nachweise für eine gesundheitsbezogene Angabe nicht zu erbringen, dann ist die betreffende Angabe aufgrund von Art. 10 Abs. 1 VNGA verboten. Den geforderten Nachweis zu führen, ist wesentliche Pflicht des Lebensmittelunternehmers nach Art. 6 Abs. 2 VNGA.

Das LG Düsseldorf scheint in dieser Regelung einen eleganten Weg zu sehen, umstrittene Werbeaussagen für Lebensmittel zu untersagen. Ob es dabei aber die Grundregeln der Beweislastverteilung sorgfältig genug beachtet hat, derzufolge grundsätzlich der Anspruchsteller beweisen muss, dass eine Angabe unzulässig ist<sup>32</sup>), kann durchaus bezweifelt werden. Jedenfalls hatte es das Gericht in jüngster Zeit gleich mit zwei Fällen zu tun, in denen Anbieter von Nahrungsergänzungsmitteln den jeweils erforderlichen Wirkungsnachweis schuldig blieben.

24) Vgl. auch *Meisterernst/Haber*, WRP 2007, 363, 374 sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 111, Art. 2 VNGA Rdnr. 36.

25) Vgl. nur *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Art. 10 VNGA Rdnr. 2 sowie Art. 4 VNGA Rdnr. 1-5 m.N.; so auch OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.4.2009, 6 U 238/08.

26) OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.9.2008, 3 U 1611/08; vgl. dazu auch *Koch*, ZLR 2009, 758, 765.

27) LG Regensburg, Urteil vom 19.12.2008, 1HK O 2203/08 (1).

28) Unter Berufung auf *Meisterernst/Haber*, WRP 2007, 363, 375.

29) So *Koch*, ZLR 2009, 758, 765.

30) Vgl. nur *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Art. 28 VNGA Rdnr. 5.

31) Vgl. dazu ausführlich *Hahn/Teufel*, ZLR 2008, 663.

32) Vgl. dazu näher *Tepitzky*, Wettbewerbsrechtlich Ansprüche, 9. Aufl. 2007, Kap. 47 Rdnr. 30 m.N. *Helm*, in Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl. 2005, § 54 Rdr. 4 u. 9 m.N. sowie *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 107 m.N.

### a) LG Düsseldorf – Eyclight-/Repairkapseln

Eine Herstellerin vertrieb ihre Produkte im Wege des sog. „Teleshoppings“ über einen Fernsehsender<sup>33)</sup>. Eine Kundin hatte zunächst über die „Eyclight Kapseln“ der Beklagten u.a. wie folgt berichtet: „Ich hab die Spiruletten und, also Spirulina, und auch die Augenkapseln ... und einen Supererfolg damit gehabt. Ich hab meine alte Brille aufsetzen können wieder durch die Augen; hat keiner verstanden“ – außer vielleicht dem Kläger. Gewiss kommt hier – mit oder ohne Brille – ein Zusammenhang zwischen dem Lebensmittel und der Gesundheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA bzw. einer Körperfunktion i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. a) VNGA zum Ausdruck. Denn schon das Wort „Supererfolg“ impliziert die Wirkung von Spirulina für die Augen; sie sollen die Sehkraft angeblich so beeinflusst haben, dass keine neue Brille mehr erforderlich war. Ohne wissenschaftlichen Nachweis für die beanspruchte Wirkung wäre mithin ein Verbot nach Art. 10 Abs. 1 VNGA gerechtfertigt gewesen.

Das LG Düsseldorf geht sogar so weit, in den Worten der Anruferin krankheitsbezogene Aussagen zu erkennen, die „gemäß Art. 14 VNGA bzw. § 12 Abs. 1 LFGB grundsätzlich nicht eingesetzt werden dürfen“. Leider fehlt in der Entscheidung jegliche Begründung für diese Einstufung. Eine Bewertung als krankheitsbezogene Angabe, die an den Kriterien der Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 VNGA zu messen gewesen wäre, erscheint denn auch eher zweifelhaft. Denn es wird ja nicht behauptet, dass der Produktverzehr eine Sehschwäche heilt, indem er eine neue Brille entbehrlich macht; es geht lediglich um eine Erhaltung oder Verbesserung der vorhandenen Sehfunktion. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung zum klassischen Krankheitswerbungsverbot. Immerhin hat das OVG Hamburg die Aussage „Provitamin A, wichtig für Sehkraft und Augen“ zur Bewerbung von Möhrensaft schon vor etlichen Jahren mit guten Gründen vom Vorwurf der krankheitsbezogenen Werbung freigesprochen – nicht zuletzt weil jener Text „auch nicht indirekt krankheitsbezogene Gedankenverbindungen“ hervorruft<sup>34)</sup>.

Außerdem hatte der Geschäftsführer der Beklagten in der Fernsehsendung zu den „Repairkapseln für Haut, Haare, Nägel mit Goldhirse“ folgendes geäußert: „Goldhirse hat noch mal ganz viel Kieselsäure. Und Kieselsäure wiederum, das wissen natürlich ganz viele, sorgt unter anderem für festes Gewebe. Also da geht's dann wirklich um den Anti-Aging-Aspekt, der ja immer wieder besprochen wird. Und man kann wirklich viel machen. ... Man muss nur die richtigen Substanzen nehmen!“ Offensichtlich wird hier nach Ansicht des Gerichts „die Bedeutung eines Nährstoffs für die Körperfunktion“ i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. a) VNGA beschrieben; das räumte sogar die Beklagte selbst ein. Denn ihr Geschäftsführer beschreibt eine gesundheitliche Wirkung auf den Körper, indem er davon spricht, dass Kieselsäure „für festes Gewebe sorgt“. Nur konnte die Beklagte bei beiden Aussagen nicht nachweisen, dass ihre Produkte die Bedingungen des Art. 5 Abs. 1 lit. a)-d) VNGA erfüllen. Ein Verbot der betreffenden Werbung war damit unausweichlich.

### b) LG Düsseldorf – Pilzprodukte

Ähnlich erging es der Vertreiberin von verschiedenen Nahrungsergänzungsmitteln mit unterschiedlichen Pilzpulvern<sup>35)</sup>. Ihre Werbeaussagen waren überwiegend ganz eindeutige und unumstritten gesundheitsbezogene Angaben zur Wirkung ihrer Produkte. Im Streit stand insoweit lediglich die Formulierung „Der Chinesische Raupenpilz erhöht die Ausdauer und Leistung und verkürzt die Regenerationsphase nach sportlichen Belastungen“<sup>36)</sup>. Das LG Düsseldorf meint jedoch mit gutem Grund, diese Phänomene stünden „in unmittelbarem Zusammenhang mit verschiedenen Körperfunktionen“ und stuft die Äußerung folgerichtig ebenfalls als gesundheitsbezogene Angabe ein. Auch die Anbieterin der Pilzprodukte hatte jedoch nichts Konkretes zum wissenschaftlichen Nachweis der beanspruchten Wirkungen vorgetragen. Vor allem konnte sie weder „bestimmte Substanzen abgrenzbar ... bezeichnen“ noch „die konkrete Zusammensetzung der einzelnen Produkte“ spezifizieren. Schon deswegen musste sie an Art. 5 Abs. 1 VNGA scheitern. Interessant ist insoweit die Argumentation des Gerichts zur Beweislast. Weil das werbende Unternehmen sich hinsichtlich der angeblichen Zulässigkeit der Werbung in der Übergangszeit auf die Ausnahmeregelung des Art. 28 Abs. 5 VNGA berufen musste, oblag ihm auch die Beweislast für die Wirkung ihrer Produkte; das soll sich nach Ansicht des Gerichts letztlich aus Art. 6 Abs. 2 VNGA ergeben.

### 3. Zulassungspflicht für gesundheitsbezogene Angaben (Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 VNGA)

Bei den Oberlandesgerichten, so scheint es, spielen die direkten Werbeverbote der VNGA eine größere Rolle als die eben vorgestellten Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis. Dazu gehört zum einen das bereits erwähnte generelle Verbot nicht zugelassener gesundheitsbezogener Angaben gemäß Art. 10 Abs. 1 VNGA. Und dazu gehört zum anderen das spezielle Verbot nicht zugelassener Krankheitsrisiko-Reduktionsangaben – die gesetzessystematisch eine besondere Gruppe von gesundheitsbezogenen Angaben bilden<sup>37)</sup> – gemäß Art. 14 Abs. 1 VNGA. Ohne die erforderliche Zulassung wird es in der Praxis zunehmend schwieriger, die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben zu rechtfertigen.

### Zweiter Exkurs: Übergangsregelungen

Das gilt vor allem deshalb, weil Art. 28 Abs. 5 VNGA die entsprechende Übergangszeit für gesundheitsbezogene Angaben über Wachstum, Entwicklung und Körperfunktion i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. a) VNGA nur „bis zur Annahme der in Artikel 13 Absatz 3 genannten Liste“ laufen lässt. Diese „Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben“ soll nach Art. 13 Abs. 3 VNGA bis zum 31.1.2010 verabschiedet werden. Erste Verordnungen mit Zulassungen (und Verweigerungen von Zulassungen) gesundheitsbezogener Angaben sind inzwischen zwar schon veröffentlicht; sie betreffen aber allesamt nur Anträge nach Art. 13

35) LG Düsseldorf, MD 2010, 113.

36) Vgl. zum Wortlaut der übrigen Aussagen LG Düsseldorf, MD 2010, 113-114.

37) So jetzt ausdrücklich KG Berlin, MD 2009, 644, 651; vgl. bereits *Meisternst/Haber*, WRP 2007, 363, 370 u. *Teufel*, ZLR 2009, 561, 570.

33) LG Düsseldorf, MD 2009, 832.

34) OVG Hamburg, ZLR 1986, 453, 461.

Abs. 5 und 14 Abs. 1 VNGA<sup>38)</sup>. Die Europäische Kommission führt im Internet eine Übersicht über diese Zulassungen, die sie ausdrücklich nicht als „Gemeinschaftsliste“, sondern nur als „Gemeinschaftsregister“ i.S.v. Art. 20 VNGA bezeichnet<sup>39)</sup>.

Es ist allerdings inzwischen klar, dass die Kommission den Stichtag des Art. 13 Abs. 3 VNGA nicht gehalten hat. Die Europäische Lebensmittelsicherheitsbehörde (EFSA) hat nämlich von den 4.185 gesundheitsbezogenen Angaben, die ihr nach dieser Norm zur wissenschaftlichen Bewertung vorliegen, bis zum 1.10.2009 erst 523 abgearbeitet<sup>40)</sup>. Die Kommission hat deswegen bereits erklärt, sie werde zunächst nur „a (partial) list of permitted health claims“ verabschieden<sup>41)</sup>. Hinsichtlich der Übergangsfristen heißt es in diesem Zusammenhang von Seiten der Kommission ausdrücklich: „that the claims submitted for which assessment or discussion is still on-going can benefit from the transition regime of Article 28 (5)-(6) of the Regulation. In this way, the three categories of health claims will be treated equally in terms of the transition periods granted“. Die Kommission will die geplante Gemeinschaftsliste also – nach Bewertungsfortschritt durch die EFSA – abschnittsweise veröffentlichen. Für bewertete Angaben soll die Übergangsfrist des Art. 28 Abs. 5 VNGA entsprechend gelten. D.h. abgelehnte Angaben werden folgerichtig auch erst abschnittsweise unzulässig.

Noch nicht bewertete Angaben können dagegen auch über den 31.1.2010 hinaus weiterhin von der Übergangsfrist des Art. 28 Abs. 5 bzw. 6 VNGA profitieren. Sie sollen nach dem Konzept der Kommission erst dann unzulässig werden, wenn auch sie bewertet und abgelehnt worden sind. Dieser Regelungsansatz erscheint angesichts der eingetretenen – und von der werbenden Lebensmittelwirtschaft nicht zu vertretenden – Verzögerungen sinnvoll und sachgerecht<sup>42)</sup>. Eine solche Ausdehnung der Übergangsfristen entspricht letztlich auch der Vorstellung des Gesetzgebers, denn der 35. Erwägungsgrund der VNGA lautet: „Es sind angemessene Übergangsmaßnahmen erforderlich, damit sich die Lebensmittelunternehmer an die Bestimmungen dieser Verordnung anpassen können“. Jedes andere Verständnis der Gemeinschaftsliste würde übrigens dazu führen, dass bisher – aufgrund der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 5 VNGA – rechtmäßig verwendete gesundheitsbezogene Angaben vorübergehend unzulässig würden, ohne dass die betroffenen Unternehmen auf die Dauer der Unzulässigkeit Einfluss hätten oder deren Ende absehen könnten<sup>43)</sup>. Dass ein solcher

Zustand unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten inakzeptabel wäre, liegt auf der Hand, zumal da er letztlich vor allem von der Kommission und der EFSA zu verantworten ist. Folglich wird die Zulässigkeit einzelner gesundheitsbezogener Angaben bis auf weiteres sehr sorgfältig zu prüfen sein.

Wer allerdings auf Nummer sicher gehen will, sollte künftig zur Bewerbung seiner Lebensmittel trotzdem nur noch per Verordnung zugelassene gesundheitsbezogene Angaben verwenden. Alternativ kommen allenfalls noch gesundheitsbezogene Angaben in Betracht, die von der Europäischen Lebensmittelsicherheitsbehörde (EFSA) bereits positiv bewertet worden sind. Denn bei solchen Angaben wird sich kaum noch der Vorwurf begründen lassen, sie seien wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert und genügten deswegen nicht den Anforderungen der VNGA.

#### a) OLG Düsseldorf – Diätetische Lebensmittel

Vor dem OLG Düsseldorf wurde über die Verwendung zahlreicher krankheitsbezogener Angaben für ergänzende bilanzierte Diäten gestritten<sup>44)</sup>. Diese Produkte zeichnen sich bekanntlich dadurch aus, dass sie gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 DiätV gekennzeichnet werden müssen mit dem „Hinweis ‚zur diätetischen Behandlung von ...‘ ergänzt durch die Krankheit, Störung oder Beschwerden, für die das Lebensmittel bestimmt ist“. Mit anderen Worten: Eine krankheitsbezogene Angabe gehört zur Pflichtkennzeichnung. Eben jene obligatorische diätetische Indikation darf deshalb nach jüngster Rechtsprechung des BGH auch in der Produktwerbung für eine ergänzende bilanzierte Diät verwendet werden<sup>45)</sup>. Die Werbeaussagen im Düsseldorfer Fall gingen jedoch weit über die Indikationen der einzelnen bilanzierten Diäten hinaus; sie beschrieben Diabetes, Makuladegeneration, Osteoporose, Herzinsuffizienz und Hypertonie sowie eine Reihe zugehöriger Symptome. Die Werbung gipfelte jeweils in der Behauptung: „Die alte chinesische Weisheit ‚Was immer der Vater einer Krankheit gewesen ist – die Mutter war eine schlecht Ernährung‘ trifft heute mehr denn je zu. Viele Ärzte und Ernährungswissenschaftler gehen davon aus, dass ein großer Teil der chronischen Erkrankungen durch eine adäquate Ernährung vermieden werden könnte.“

Da alle Aussagen nach Ansicht des OLG Düsseldorf ausreichende Produktbezüge aufwiesen, wurden sie wegen Verstoßes gegen das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB verboten. Vor dem Hintergrund der erwähnten Rechtsprechung des BGH wurden allein die Pflichtangaben nicht untersagt. Auf Art. 10 u. 14 VNGA gehen die Richter in diesem Zusammenhang nur deshalb ein, weil die Beklagte sich u.a. mit dem Argument verteidigt hatte, die neuen europäischen Vorschriften seien gegenüber dem deutschen Werbeverbot vorrangig. Das Gericht bestätigt hingegen, dass sich an der Rechtslage insoweit durch die VNGA nichts geändert hat. Dass es noch keine Gemeinschaftsliste gebe, helfe der Beklagten nicht. Denn: „Es handelt es sich um eine Positivliste, zulässig sind nur solche Angaben, die in die Liste aufgenommen sind.“

38) VO (EG) Nr. 983/2009 vom 21.10.2010, ABl. EG L 277/3; VO (EG) Nr. 984/2009 vom 21.10.2010, ABl. EG L 277/13; VO (EG) Nr. 1024/2009 vom 29.10.2010, ABl. EG L 283/22; VO (EG) Nr. 1025/2009 vom 29.10.2010, ABl. EG L 283/30; VO (EG) Nr. 1167/2009 vom 30.11.2010, ABl. EG L 314/29; VO (EG) Nr. 1168/2009 vom 30.11.2010, ABl. EG L 314/32; sowie Beschluss der Kommission vom 17.12.2009, ABl. EG L 336/5.

39) „This Community Register of nutrition and health claims made on foods (the Register) has been established as foreseen in Article 20 of Regulation (EC) No 1924/2006 and is updated regularly“; [http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/community\\_register/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/community_register/index_en.htm)

40) Press release „EFSA delivers its first series of opinions on ‘general function’ health claims“; <http://www.efsa.europa.eu/en/press/news/nda091001.htm>.

41) Note for the attention of the Advisory Group on the Food Chain, Animal and Plant Health der Europäischen Kommission (DG SANCO) vom 16.10.2009.

42) Es bleibt allerdings unklar, wie Art. 28 Abs. 6 VNGA, der eine individuelle Antragstellung voraussetzt, auf Angaben erstreckt werden soll, für die – rückwirkend – kein solcher Antrag gestellt werden kann. Hier ist der europäische Gesetzgeber gefordert, schnellstmöglich die VNGA entsprechend zu ändern.

43) Vgl. dazu auch *Meisterernst*, WRP 2010, 481 (in diesem Heft).

44) OLG Düsseldorf, MD 2009, 1042.

45) BGH, ZLR 2009, 76, 86 – Priorin, m. Anm. v. *Jagow*.

Solange noch keine Liste existiere, könne die Zulässigkeit einer Werbeaussage auch nicht auf die VNGA gestützt werden.

#### b) KG Berlin – Krankheitswerbung I und II

Im Streit vor dem KG Berlin standen in einem ersten Fall Werbeaussagen für Nahrungsergänzungsmittel, insbesondere „E-Augenkapseln“<sup>46)</sup>. Sie waren in einer Werbesendung von einer Zuschauerin telephonisch u.a. mit der Formulierung angepriesen worden „ich trage seit einiger Zeit keine Brille mehr für weit“. Diese Aussage wertet das Gericht mit sorgfältiger Begründung als verboten, weil sie so zu verstehen sei, „dass mit der Einnahme des streitgegenständlichen Produkts eine Kurzsichtigkeit geheilt werden kann“. In einem zweiten Fall ging es ebenfalls um Anrufe von Zuschauerin bei einem Fernsehsender, in dessen Programm u.a. „Schwarzkümmelöl-Produkte“ sowie „Royal Spiruletten mit Akelu-Samen“ beworben wurden<sup>47)</sup>. Eine Zuschauerin hatte geäußert: „Ich bin ein bisschen mit den Bronchien; da hab ich Probleme, war beim Lungenfacharzt. Und der sagte: ... Warum nehmen Sie kein Schwarzkümmelöl?“. eine andere Zuschauerin berichtete von ihrer Regeneration nach einer Hüftgelenksoperation in einer Klinik.

Das KG Berlin betont in diesem Zusammenhang ebenfalls – in beiden Fällen mit identischem Wortlaut –, dass es auch nach Inkrafttreten der VNGA „bei der Grundregel des weitgehenden Verbots der krankheitsbezogenen Werbung ... bleiben soll“. Die Aufnahme einer Angabe in die Liste der zugelassenen Angaben wird von den Richtern dementsprechend als „konstitutiv“ beurteilt, „d.h. vor Veröffentlichung gemäß Art. 20 Abs. 3 dieser Verordnung darf von der betreffenden gesundheitsbezogenen Angabe kein Gebrauch gemacht werden“. Schließlich erwähnt das Gericht zutreffend, dass es keine Übergangsvorschriften für Krankheitsrisiko-Reduktionsangaben i.S.v. Art. 14 VNGA gibt, weil „diese bislang als krankheitsbezogene Werbung unzulässig waren“<sup>48)</sup>.

#### 4. Angaben über eine Gewichtsabnahme (Art. 12 lit. b) VNGA)

„Angaben über Dauer und Ausmaß der Gewichtsabnahme“ sind aufgrund von Art. 12 lit. b) VNGA ausdrücklich unzulässig. Aus dem 25. Erwägungsgrund der VNGA ergibt sich, dass dieses Verbot seinen Grund in einer entsprechenden Parallelvorschrift für Lebensmittel für kalorienarme Ernährung zur Gewichtsverminderung hat – was für jene gilt, soll für andere Lebensmittel erst recht gelten. Jedoch hat man den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 96/8/EG nicht in Art. 12 lit. b) VNGA übernommen, weshalb sich die Verbote im Detail unterscheiden<sup>49)</sup>.

#### a) OLG Frankfurt am Main – Bauch weg

Erfreulich souverän geht das OLG Frankfurt am Main mit dem neuen Schlankeitsverbot um<sup>50)</sup>. Dem Gericht lag ein Nahrungsergänzungsmittel zur Entscheidung vor, das wie folgt

beworben wurde: „etliche Zentimeter und Kilos verloren“ bzw. „unglaublich tolle Ergebnisse erzielt“ und der Bauchansatz sei „deutlich geschrumpft“ bzw. „so gut wie weg“. Darin konnten die Richter jedoch keinen Verstoß gegen Art. 12 lit. b) VNGA erkennen, weil mit diesen Formulierungen lediglich beansprucht werde, dass das Produkt „einen gewissen unterstützenden Beitrag zur Gewichtsreduzierung leisten“ könne – „weitergehende besondere Erwartungen hinsichtlich der Wirksamkeit des Mittels“ würden dadurch nicht hervorgerufen. Die gesetzliche Werbebeschränkung müsse jedenfalls restriktiv dahingelegt werden, „dass nur solche ... Angaben untersagt sind, in denen auf ein mengenmäßig bestimmtes Maß der Gewichtsabnahme in einem bestimmten Zeitraum hingewiesen wird“. In der Tat kann man den Wortlaut der Norm im Hinblick auf die Verknüpfung von „Dauer und Ausmaß“ genauso verstehen. Nur notorische Aussagen wie z.B. „20 Pfund in 6 Wochen“ sind dann erfasst, nicht jedoch eher diffuse und unpräzise Formulierungen, in denen weder eine bestimmte Dauer noch ein konkreter Gewichtsverlust erkennbar sind. Die klaren Worte des OLG Frankfurt sind deshalb sehr zu begrüßen<sup>51)</sup>, auch wenn das Gericht über die wissenschaftlichen Nachweise für die betroffene Werbung nicht entschieden hat.

#### b) OLG Celle – 20 Pfund in 6 Wochen

Wenig Aussichten auf Erfolg hatte dementsprechend eine Beklagte vor dem OLG Celle<sup>52)</sup>. Sie hatte unter der Überschrift „Bikini-Notfall-Plan – So schmilzt das Fett“ über ihr diätetisches Lebensmittel berichtet: „Ein Teilnehmer hat sogar in nur sechs Wochen zwanzig Pfund abgenommen. Innerhalb eines Jahres hat er sein Gewicht nicht nur gehalten, sondern weitere vierzehn Pfund verloren“. Denn hier ist – ausdrücklich und unmissverständlich – gleich mehrfach präzise von einer bestimmten Dauer und auch von einem genau quantifizierten Ausmaß der Gewichtsabnahme die Rede. Die Richter führen in diesem Zusammenhang aus, dass dem Verbraucher mit der streitigen Aussage suggeriert werde, „das von der Beklagten vertriebene Produkt sei in der Lage, auch bei ihm entsprechende Erfolge zu erzielen“. Schließlich betont das Gericht, dass Art. 12 lit. b) VNGA auch dann eingreift, wenn sich eine entsprechende gesundheitsbezogene Angabe auf allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise stützen lässt. Das neue Schlankeitsverbot gilt mithin – ebenso wie das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung aus § 12 Abs. 1 LFGB<sup>53)</sup> – unabhängig vom Wahrheitsgehalt der betreffenden Aussage. Voraussetzung für ein Verbot ist allerdings immer, dass sich die Werbung gezielt auf ein Lebensmittel bezieht und nicht etwa auf ein umfassendes Schlankeitsprogramm, zu dem selbstverständlich auch Lebensmittel gehören können<sup>54)</sup>.

### C. Fazit für die Praxis

Die Beleuchtung der aktuellen Rechtsprechung des Jahres 2009 zur VNGA ergibt keine grundlegend neuen Erkenntnisse. Zu

46) KG Berlin, MD 2009, 644.

47) KG Berlin, MD 2010, 154.

48) So bereits *Meistererst/Haber*, WRP 2007, 363, 387.

49) Das bemerkt zutreffend das OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.4.2009, 6 U 238/08, S. 7; vgl. dazu auch *Hegele/Beyerlein*, ZLR 2007, 557, 562.

50) OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 16.4.2009, 6 U 238/08.

51) Zustimmung auch *Meistererst*, WRP 2010, 481 (in diesem Heft).

52) OLG Celle, MD 2009, 1130.

53) Vgl. nur *Captain Oelrichs* in MüKo Lauterkeitsrecht, § 12 LFGB Rdnr. 6 sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 102, § 12 LFGB Rdnr. 8.

54) So schon das Schreiben des BMJFG vom 20.7.1977; ebenso *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 118, § 6 NKV Rdnr. 19 m.N.

## Scheidtmann – Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer ...

beobachten ist vor allem, dass die Verordnung überwiegend streng ausgelegt wird – die Luft für die Lebensmittelwerbung wird auch vor Gericht spürbar dünner. In der Praxis im Einzelfall oft höchst problematisch bleibt vor allem die Frage, ob eine Werbung als gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA einzustufen ist. Dem BVerwG bleibt es überlassen, möglichst bald klarzustellen, dass diese Qualifizierung unabhängig vom Alkoholgehalt des beworbenen Lebensmittels sein muss (s. o. B. 1. b). Mit fortschreitender Zulassung gesundheitsbezogener Angaben wird die Frage der wissenschaftlichen Nachweise vermutlich an Bedeutung verlieren; am Ende kommt es nämlich nur noch auf die Existenz einer Zulassung an. Ob ergänzende bilanzierte Diäten mit ihren krankheitsbezogenen Pflichtangaben inzwischen für viele Lebensmittelunternehmen einen Ausweg aus der Klemme darstellen, weil für die diätetische Indikation keine Zulassungspflicht besteht<sup>55)</sup>, erscheint angesichts der Reformpläne der Kommission eher zweifelhaft<sup>56)</sup>. Wünschenswert wäre es in jedem Fall, wenn sich alle betroffenen Gerichte jeweils sorgfältig mit Wortlaut sowie Sinn und Zweck der einschlägigen Werbeverbote auseinandersetzen.

55) Vgl. dazu ausführlich Hegele, ZLR 2009, 31; vgl. auch v. Jagow, ZLR 2009, 86, 89-91 sowie OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.11.2009, I – 20 U 194/08, zur Veröffentlichung vorgesehen in ZLR 2/2010.

56) Vgl. das entsprechende Working paper on potential options der Europäischen Kommission (DG SANCO): „Revision of Directive 2009/39/EC on foodstuffs intended for a particular nutritional uses (the ‘Framework Directive’)“ vom 2.9.2009.

ten. Fruchtlikörbestandteile sind gewiss keine gesundheitsbezogenen Angaben; das sollte jedem Richter klar sein (s. o. B. 1. a). Und Werbeverbote müssen restriktiv ausgelegt werden<sup>57)</sup> – den Richtern des OLG Frankfurt am Main gebührt Respekt für diese Erkenntnis (s. o. B. 4. a).

Die speziellen Werbeverbote der VNGA sind jedenfalls nun auch von den Gerichten als gesetzliche Vorschriften i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG anerkannt, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln<sup>58)</sup>, so dass Verstöße dagegen regelmäßig Unterlassungsansprüche nach § 8 i.V.m. § 3 UWG auslösen. Schon deswegen muss man Werbeaussagen auf ihre Vereinbarkeit mit der VNGA gründlich prüfen und dabei die Rechtsprechung vor Augen haben. Werbende Lebensmittelhersteller haben sich inzwischen schon weitgehend darauf eingestellt, nicht nur was ihre eigene Werbung angeht, auch hinsichtlich der Werbung von Konkurrenten. Solange der Gesetzgeber seine legislatorischen Fehler nicht erkennt und entsprechend handelt, müssen wir alle weiter mit dem Monster VNGA leben.

57) Vgl. dazu auch Meisterernst, WRP 2010, 481 (in diesem Heft).

58) LG München, MD 2009, 512, 515; LG Düsseldorf MD 2009, 832, 834 u. 835; OLG Celle, MD 2009, 1130, 1134; LG Düsseldorf MD 2010, 113, 114; LG Nürnberg, ZLR 2008, 727, 728; vgl. auch v. Jagow in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 UWG Rdnr. 104; Köhler ZLR 2008, 135, 139-143 sowie in Hefermehl, UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 UWG Rdnr. 11.137a.

Dr. André Scheidtmann

Düsseldorf\*

## Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer Tochtergesellschaft gegen Europäisches Kartellrecht?

### INHALT

- I. Einführung
- II. Praxis der Kommission und der Unionsgerichte zur Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft im EU-Kartellverfahren
- III. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft
  1. „Unternehmen“ als Haftungsadressat
  2. Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip
  3. Haftung aufgrund einer Zurechnung fremden Verhaltens
  4. Haftung wegen eines eigenen Verstoßes
    - a) Eigener Verstoß der Muttergesellschaft gegen Art. 101 AEUV?
    - b) Wirkungen einer Kommissionsentscheidung gegen die Muttergesellschaft
    - c) Zivilrechtliche Haftung aufgrund einer Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30, 130 OWiG)
      - aa) Zweck des § 30 OWiG
      - bb) Schutzgesetzcharakter des § 130 OWiG
- IV. Zusammenfassung

*Im Rahmen des EU-Kartellrechts werden Muttergesellschaften regelmäßig für Kartellrechtsverstöße von ihren Tochtergesellschaften verantwortlich gemacht, wenn zwischen ihnen eine „wirtschaftliche Einheit“ besteht. Auf die eigene Rechtspersönlichkeit kommt es in diesem Rahmen nicht an. Vor diesem Hintergrund geht dieser Beitrag der Frage nach, ob Muttergesellschaften auch zivilrechtlich auf Schadensersatz für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochtergesellschaften in Anspruch genommen werden können, wenn eine „wirtschaftliche Einheit“ vorliegt. Den Ausgangspunkt zur Klärung dieser Frage bildet das im deutschen Zivilrecht für juristische Personen geltende Trennungsprinzip, nach dem Verbindlichkeiten einer Gesellschaft nicht auch solche ihrer Gesellschafter sind. Der Beitrag untersucht, ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, weil der Muttergesellschaft das*

\* Dr. André Scheidtmann ist Rechtsanwalt im Fachbereich Competition/Antitrust im Düsseldorfer Büro der internationalen Sozietät Linklaters LLP. Er dankt allen Mitarbeitern des Fachbereichs für ihre Unterstützung, insbesondere Herrn Dr. Carsten Grave und Christoph Barth.