

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

Deutscher Fachverlag GmbH
Frankfurt am Main

Editorial: Thomas Gramespacher

Kann denn Streaming Sünde sein?

367 Prof. Dr. Walter Frenz

Ausreichendes Kartellbußgeldsystem – keine Notwendigkeit von Haftstrafen

374 Dr. Thorsten Witt und Dr. Philipp Freudenberg

Der Entwurf der Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Spiegel zentraler deutscher Verbotstatbestände

382 Dr. Dennis Amschwitz

Hinweispflichten der Aussteller neuer Personenkraftwagen nach der Pkw-EnVKV

386 Sabine Zentek

Serielle Gestaltungskonzepte im wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Schutz vor Nachahmungen

397 Dr. Ulrich Andryk

Payback nach Playback?

403 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

Sechste Beleuchtung der Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben

411 Backaldrin Österreich The Kornspitz Company / Pfahnl Backmittel

EuGH, Urteil vom 06.03.2014 – C-409/12

414 Nils Svensson u. a. / Retriever Sverige

EuGH, Urteil vom 13.02.2014 – C-466/12

416 Kommentar von Alexander Schultz, LL.M.

418 OSA / Léčebné lázně Mariánské lázně

EuGH, Urteil vom 27.02.2014 – C-351/12

424 wetteronline.de

BGH, Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 164/12

429 Atemtest II

BGH, Urteil vom 24.09.2013 – I ZR 73/12

431 Online-Versicherungsvermittlung

BGH, Urteil vom 28.11.2013 – I ZR 7/13

455 Peter Fechter

BGH, Urteil vom 06.02.2014 – I ZR 86/12

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg*

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

INHALT

I. Einleitung – „Im Westen nichts Neues“

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2013

1. Übergangsregelungen: Der spitzfindige Trick mit der Marke

EuGH – Green Swan: „Risiko von Osteoporose und Brüchen“

2. Allgemeine gesundheitsbezogene Verweise: Etwas mehr Spielraum

- BGH – Vitalpilze: „Ausdauer, Leistungsfähigkeit und Lebensqualität“
- BVerwG – Deutsches Weintor II: „bekömmlich“
- OLG Nürnberg – Grüner Tee-Extrakt: „Wohlbefinden“

3. Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben: Etwas mehr Klarheit

- EuGH – Green Swan: „Risiko von Osteoporose und Brüchen“
- OLG Frankfurt a. M. – Combiotik: „Präbiotik + Probiotik“
- OLG Hamm – Original Spiruletten mit Gerstengras: „mit über 7.000 Vitalstoffen“
- OLG Hamm – Magnesium plus: „ein blöder Krampf“
- OLG München – Bach-Blüten-Spirituosen: „Rescue“
- OLG Koblenz – Rotbäckchen: „Lernstark“
- VG Lüneburg – Ohne Kristallzuckerzusatz: „ohne Kristallzuckerzusatz“

4. Verfahrensrecht: Zulässigkeit von Zulassungsanträgen

VG Braunschweig – Zulassungsverfahren: „allergische Sensibilisierung“

III. Fazit für die Praxis

I. Einleitung – „Im Westen nichts Neues“

- Vor bald einhundert Jahren begann der erste Weltkrieg. Viele Menschen hatten ganz andere Sorgen als wir heute. Existentielle Nöte plagten sie und sie waren froh, wenn sie überlebten und genug – oder doch wenigstens etwas – zu essen und zu trinken hatten.¹⁾ Von den fürchterlichen Schrecken des Kriegs und den traumatischen Erlebnissen seiner Teilnehmer handelt der Roman „Im Westen nichts Neues“.²⁾ Eben diesen Titel könnte wohl auch die Sechste Beleuchtung der Rechtsprechung zur Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (VNGA) tragen. Weder aus Luxemburg noch aus

Karlsruhe kamen nämlich im Jahr 2013 bahnbrechende Entscheidungen, die von besonderer praktischer Bedeutung sein könnten³⁾ – von Leipzig (nicht im Westen) ganz zu schweigen.⁴⁾ Auch von den oberlandesgerichtlichen Urteilen ragt kaum eines derart hervor, dass es als richtungsweisend bezeichnet werden könnte.

Wollte man einen Trend ausmachen, so wäre es wohl die Verstärkung der bisherigen Rechtsprechung, d. h. im wesentlichen die gerichtliche Untersagung von Werbeaussagen aufgrund weiterer Auslegung der Begriffsbestimmungen der Verordnung. Damit wird letztlich nur bestätigt, was der Gesetzgeber in paternalistischer Fürsorge für uns als Verbraucher geregelt hat: Die gesundheitsbezogene Werbung für Lebensmittel ist illegal, es sei denn eine einzelne gesundheitsbezogene Angabe wäre ausdrücklich behördlich zugelassen. Dieses generelle Verbot mit Erlaubnisvorbehalt führt in der Praxis regelmäßig zu absurden Ergebnissen. Das weiß jeder, der sich mit der Materie einmal näher beschäftigt hat. Dieser Umstand scheint aber viele Gerichte wenig zu kümmern; wahrscheinlich können die Richter den Missstand auch am wenigsten ändern.⁵⁾

Aus dem Jahr 2013 ist von je einem Spruch des Europäischen Gerichtshofs, des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts zu berichten. Hinzu kommen sechs Berufungsentscheidungen von fünf Oberlandesgerichten⁶⁾ und zwei verwaltungsgerichtliche Urteile.⁷⁾ Während die Rechtsprechung der Zivilgerichte überwiegend gesundheitsbezogene Angaben zum Gegenstand hatte, bildeten vor den Verwaltungsgerichten eine krankheitsrisikoreduktionsbezogene sowie eine kinder- und eine nährwertbezogene Angabe den Streitgegenstand. Im Großen und Ganzen waren sich die Richter einig: Fast alle Werbung, die vor Gericht stand, wurde dort verboten. Allein die Auslobungen „Zur Unterstützung einer optimalen Leistungsfähigkeit“ und „(...) erhöht die Ausdauer und Leistungsfähigkeit“ haben – wie durch ein Wunder – den Segen des Bundesgerichtshofs erhalten.⁸⁾ Das ist bemerkenswert und verdient das ganz große Scheinwerferlicht!

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2013

1. Übergangsregelungen: Der spitzfindige Trick mit der Marke

Die meisten Übergangsregelungen des Art. 28 VNGA haben inzwischen kaum mehr praktische Bedeutung – sieht man einmal von denjenigen gesundheitsbezogenen Angaben ab, welche die EFSA noch nicht bewertet hat.⁹⁾ Die große Ausnahme bildet

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 500.

** Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 18.02.2014 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zu seinem 11. CAMRA-Festival.

- Ob Lebensmittel vor einhundert Jahren überhaupt gesundheitsbezogen beworben wurden, ist dem Autor nicht bekannt – notwendig wäre es vermutlich nicht gewesen.
- Von *Erich Maria Remarque* (1898-1970), erschienen 1929.
- Vgl. auch *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 585 zu EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569 – „Green-Swan Pharmaceuticals“: „Die sich aus der Übergangsregelung (...) ergebenden praxisrelevanten Fragen harren damit weiterhin einer zukünftigen Klärung, (...) Damit bleibt im Anschluss an diese zweite Entscheidung des EuGH (...) fast alles beim Alten, nämlich Wesentliches offen und ungeklärt“.
- Vgl. *Gerhard/Bundschuh*, ZLR 2013, 611 zu BVerwG, 14.02.2013 – 3 C 23.12, ZLR 2013, 608 – „Deutsches Weintor II“: „Ein Schlussakt (...), der viele Fragen offen lässt! (...) Das Ergebnis, zu dem die Richter in Leipzig gelangt sind, fällt (...) wenig überraschend aus“.

5) *Kiontke*, ZLR 2013, 467, 472 vermutet, die Befassung mit der Verordnung sei für den Richter „ebenso lästig (...) wie der Krampf für den Jogger“.

6) Mangels „Ergiebigkeit“ nicht für eine besondere Beleuchtung geeignet erscheinen dagegen folgende Entscheidungen: OLG Nürnberg, 20.11.2013 – 3 U 78/13, MD 2014, 158 – Gewichtsreduzierende Lebensmittel; OLG Hamm, 04.07.2013 – 4 U 20/13, juris – „Unzulässige gesundheitsbezogene Angaben“, KG, 31.05.2013 – 5 U 141/12, MD 2013, 724 – „Das weckt sogar tote Herz-Zellen zu neuem Leben“, KG, 24.05.2013 – 5 U 34/12, MD 2013, 597 – „NattoPlasmin“ (= „der körpereigene Auflöser von Blutgerinnseln“) und OLG Düsseldorf, 15.01.2013 – 20 U 222/11, LRE 65, 228 = MD 2013, 323 – „Collagen-Lift-Drink (II)“.

7) Angesichts der zunehmenden Fülle der Rechtsprechung sollen erstinstanzliche Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit nicht weiter beleuchtet werden.

8) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 – Vitalpilze.

9) Vgl. dazu Egrd. 11 VO (EU) Nr. 432/2012 sowie *Hahn*, ZLR 2013, 4, 18.

Art. 28 Abs. 2 VNGA, dessen 15jährige Übergangsfrist erst am 19.01.2022 endet.¹⁰⁾ Diese Norm ist erkennbar dazu gedacht, Marken, also Vermögenswerte eines Lebensmittelunternehmers, nicht von einem Tag auf den anderen zu vernichten und dem Markeninhaber eine schonende Anpassung an das neue Recht zu ermöglichen.¹¹⁾ Mehr oder weniger rabulistische Juristen kamen offenbar auf die Idee, aus dem schlecht formulierten Wortlaut der Vorschrift noch etwas mehr herauszukitzeln, nämlich eine 15jährige Übergangsfrist für gesundheitsbezogene Angaben auf Produkten mit Marken. Denn in Art. 28 Abs. 2 VNGA ist ausdrücklich geregelt: „Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen, die dieser Verordnung nicht entsprechen, dürfen bis zum 19. Januar 2022 weiterhin in den Verkehr gebracht werden“. Nimmt man diese Formulierung wörtlich, dann gilt die Frist ganz allgemein für Produkte mit (sonst illegalen) Marken. Nicht ausdrücklich geregelt ist, was nach dem Sinn der Vorschrift eigentlich selbstverständlich erscheint, dass nämlich die Übergangsregelung nur für die Marke gelten soll, nicht für das Produkt oder gar andere gesundheitsbezogene Angaben auf dem Produkt.¹²⁾

EuGH – Green Swan: „Risiko von Osteoporose und Brüchen“

- 5 Diese Unstimmigkeit hat ein tschechisches Unternehmen auf ihre Belastbarkeit hin getestet – bis hin zum Europäischen Gerichtshof.¹³⁾ Der musste schließlich über den spitzfindigen Trick mit der Marke entscheiden. Das Unternehmen vertrieb in Tschechien bereits vor dem 01.01.2005 ein Nahrungsergänzungsmittel mit einer Marke, die schon im Jahr 2003 eingetragen worden war. Außerdem befand sich auf dem Produkt die Auslobung „Das Mittel enthält zudem Kalzium und Vitamin D₃, die dazu beitragen, das Risiko des Auftretens von Osteoporose und Knochenbrüchen zu senken“. Die zuständige Behörde sah darin die Verwendung einer nicht zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe, mithin einen Verstoß gegen Art. 10 VNGA. Das Unternehmen verteidigte sich vor dem Regionalgericht Brünn mit dem Argument, Art. 28 Abs. 2 VNGA finde hier Anwendung, „weil sich diese Bestimmung auf die Produkte als solche beziehe und nicht auf die Handelsmarken oder Markennamen, mit denen die Produkte bezeichnet würden“. ¹⁴⁾ Das tschechische Kammergericht legte dem EuGH in diesem Zusammenhang u. a. die Fragen vor, ob der Begriff Handelsmarken oder Markennamen i. S. v. Art. 28 Abs. 2 VNGA auch eine auf der Verpackung angebrachte kommerzielle Mitteilung einschlieÙe und ob sich die Norm auf vor dem 01.01.2005 bestehende Lebensmittel allgemein oder auf Lebensmittel mit Marken beziehe.
- 6 Hinsichtlich des Markenbegriffs räumt der EuGH in seinem Urteil ein, es sei nicht auszuschließen, „dass eine solche auf der Verpackung eines Lebensmittels angebrachte Mitteilung zugleich eine Handelsmarke oder einen Markennamen darstellt“. ¹⁵⁾ Es sei letztlich Sache des nationalen Gerichts, den Umfang des Markenschutzes im Einzelfall zu ermitteln. ¹⁶⁾ Klarer ist dagegen die

Entscheidung des EuGH zum Bezugsgegenstand des Art. 28 Abs. 2 VNGA: Die Vorschrift „bezieht sich (...) nur auf bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehende Handelsmarken oder Markennamen, die als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben im Sinne der Verordnung aufgefasst werden können“. ¹⁷⁾ Vergleicht man diesen Tenor mit der Norm, dann kommt nun das zum Ausdruck, was der Gesetzgeber offenbar gemeint, aber nicht genau so gesagt hat: Die Übergangsfrist gilt nicht für Produkte mit Marken, sondern für Marken auf Produkten. ¹⁸⁾ Das begründet das Gericht konsequent damit, dass die Verordnung nicht Lebensmittel zum Gegenstand hat, sondern nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel; das ergibt sich letztlich auch aus Art. 1 Abs. 3 VNGA.

Der spitzfindige Trick mit der Marke hat also am Ende nicht funktioniert. Es wäre auch widersinnig, dass ein Unternehmen jede beliebige, nicht zugelassene gesundheitsbezogene Angabe auf seinen Lebensmitteln weiterverwenden könnte, wenn die Packungen nur zusätzlich noch (irgend)eine alte Marke tragen. Allein diejenigen nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben kommen also in den Genuss der Übergangsregelung, die als solche bereits vor dem 01.01.2005 Markenschutz genossen haben. ¹⁹⁾ Ob das unabhängig vom gekennzeichneten Lebensmittel gelten kann, ist eine andere Frage, über die der EuGH nicht entscheiden musste. ²⁰⁾ Nimmt man den Gedanken der Übergangsmaßnahme ernst, so erscheint die Verwendung alter Marken für neue Produkte in jedem Fall riskant. Sicherheitshalber sollte deshalb bei Marken eher von der Kopplungsmöglichkeit des Art. 1 Abs. 3 VNGA Gebrauch gemacht werden. ²¹⁾ Damit lässt sich nämlich eine zeitlich unbefristete Nutzung von Marken erreichen, die nicht als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben zugelassen werden könnten.

2. Allgemeine gesundheitsbezogene Verweise: Etwas mehr Spielraum

„Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile eines Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden“ sind nach Art. 10 Abs. 3 VNGA ausdrücklich nur dann zulässig, „wenn ihnen eine in einer der Listen nach Art. 13 oder 14 enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist“. ²²⁾ Die Europäische Kommission hat dazu inzwischen Leitlinien veröffentlicht. ²³⁾ Somit lassen sich zugelassene gesundheitsbezogene Angaben jetzt sozusagen veredeln, indem man ihnen allgemeine Verweise beifügt. ²⁴⁾ Umgekehrt stellt sich im Einzelfall weiterhin regelmäßig die Frage, ob eine Angabe schon so spezifisch ist, dass sie unter die Zulassungspflicht fällt, oder ob sie noch so unspezifisch ist, dass sie in den Genuss der Regelung des Art. 10 Abs. 3 VNGA kommen kann. ²⁵⁾

10) Vgl. dazu *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 583 sowie *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims, Loseblatt, Art. 28 VNGA Rn. 7.

11) Vgl. auch Egrd. 35 VNGA, *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 583 sowie *Seehafer*, Von der Missbrauchskontrolle zum generellen Verbot, 2012, S. 127 u. *Teufer*, in: FS für Michael Welsch, Hamburg 2010, S. 1, 7.

12) Vgl. zur „produktbezogenen Verwendung“ auch *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 28 VNGA Rn. 11.

13) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569 – Green-Swan Pharmaceuticals m. Anm. *Hüttebräuker*; vgl. dazu auch *Verhostrate*, EFL 2013, 338; zu einem weiteren Aspekt des Urteils s. u. Rn. 15.

14) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569, 573 – Green-Swan Pharmaceuticals.

15) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569, 577 – Green-Swan Pharmaceuticals.

16) Die gesundheitsbezogene Angabe im konkreten Fall dürfte markenrechtlich – auch nach dem 01.01.2005 – nicht schutzfähig sein; so auch *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 584 u. *Verhostrate*, EFL 2013, 338, 341.

17) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569, 577 – Green-Swan Pharmaceuticals.

18) Vgl. bereits *Seehafer*, Von der Missbrauchskontrolle zum generellen Verbot (Fn. 11), S. 125.

19) So auch *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 585; vgl. dazu näher *Seehafer*, Von der Missbrauchskontrolle zum generellen Verbot (Fn. 11), S. 126.

20) Eine Klärung dieser Frage hätte sich *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 584 gewünscht; der EuGH brauchte dazu aber angesichts der Vorlagefragen im konkreten Fall nichts zu sagen.

21) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 28 VNGA Rn. 14.

22) Vgl. dazu *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, Loseblatt, C 111, Art. 10 VNGA Rn. 38 sowie *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 VNGA Rn. 18.

23) Durchführungsbeschluss v. 24.01.2013 (2013/63/EU), ABl. L 22/25 v. 25.01.2013.

24) Vgl. dazu ausführlich *Hahn*, StoffR 2013, 2.

25) Vgl. zu Art. 10 Abs. 3 VNGA auch OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13 – „Rotbäckchen“, n. v. (s. u. Rn. 22).

a) **BGH – Vitalpilze: „Ausdauer, Leistungsfähigkeit und Lebensqualität“**

- 9 Der Bundesgerichtshof hatte es mit einer Reihe von angeblich gesundheitsfördernden Pilzpulver-Präparaten zu tun.²⁶⁾ Diese Nahrungsergänzungsmittel sollten „Herz-Kreislauf“, „Durchblutung“, „Blutgefäße“, „Blutzuckerfunktion“, „Konzentration“, „Ausdauer“, „Leistungsfähigkeit“, „Lebensqualität“, „Verdauung“, „Libido“, „Immunsystem“ und „Haar“ „unterstützen“, „verbessern“, „erhöhen“ oder auch „steigern“, sogar zur „Vorbeugung“ gegen „Haarausfall“ und „Wassereinlagerungen“ sollten die Produkte sich eignen. Nachdem die Vorinstanzen sämtliche Werbeaussagen als nicht zugelassene gesundheitsbezogene Angaben i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA verboten hatten,²⁷⁾ hat der BGH das Urteil des Oberlandesgerichts im wesentlichen bestätigt. Dabei bekundet das Gericht erneut, dass Art. 10 Abs. 1 VNGA wettbewerbsrechtlich als Marktverhaltensregelung i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG anzusehen ist, deren Verletzung regelmäßig den Wettbewerb i. S. v. § 3 Abs. 1 UWG spürbar beeinträchtigt.²⁸⁾
- 10 In der Sache selbst wiederholt der BGH zunächst, der Begriff der „gesundheitsbezogene[n] Angabe“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA erfasse jeden – weit zu verstehenden – Zusammenhang, „der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs eines Lebensmittels impliziert“.²⁹⁾ Außerdem hält das Gericht noch einmal fest,³⁰⁾ dass unspezifische Verweise i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA ebenfalls gesundheitsbezogene Angaben sind, nur eben solche, die „nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein können“.³¹⁾ Das darf damit als gefestigte Rechtsprechung gelten und sollte künftig von allen Instanzgerichten beachtet werden.³²⁾ Überraschenderweise hält der BGH jedoch im Fall der Vitalpilze zwei der angegriffenen Aussagen für unspezifisch und damit für nicht zulassungsfähig bzw. -pflichtig, nämlich: „Zur Unterstützung einer optimalen Leistungsfähigkeit“ und „Der Raupenpilz erhöht die Ausdauer und Leistungsfähigkeit“. Begründet wird diese Beurteilung eher lapidar mit der Feststellung, dass damit „nicht (...) auf bestimmte (...) zu fördernde Funktionen des Körpers Bezug“ genommen werde.³³⁾ Diese Abgrenzung zwischen spezifischen (zulassungspflichtigen) gesundheitsbezogenen Angaben und unspezifischen (nicht zulassungspflichtigen) gesundheitsbezogenen Verweisen anhand des Kriteriums der bestimmten Körperfunktion kann nicht überzeugen. Denn dieselbe Überlegung des BGH müsste doch für die Bewerbung einer „gesteigerten Lebensqualität“ genauso gelten. Es bleibt rätselhaft, warum „Lebensqualität“ und „gesunde Libido“ konkrete Körperfunktionen sein sollen, „Ausdauer und (optimale) Leistungsfähigkeit“ dagegen nicht. Diese Grenzziehung macht eher ratlos und kann in der Praxis allenfalls mutigen Unternehmern als Orientierungsmaßstab empfohlen werden.

Das Urteil geht aber weiter. Der BGH meint nämlich, solange die Gemeinschaftslisten zugelassener Angaben nach Art. 13 und 14 VNGA „noch nicht erstellt sind, kann Art. 10 Abs. 3 der Verordnung allerdings noch nicht vollzogen werden“.³⁴⁾ Das schafft ungeahnte Spielräume für allgemeine gesundheitsbezogene Verweise i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA. In der Entscheidung heißt es zur Begründung: „Unzulässig sind solche Angaben nur, solange ihnen keine in den Listen nach Art. 13 und 14 der Verordnung enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist. Dieses (eingeschränkte) Verbot setzt voraus, dass diese Listen erstellt sind. Solange dies noch nicht geschehen ist, ist die Verwendung entsprechender Verweise durch die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nicht reglementiert“.³⁵⁾ Und am Ende setzt das Gericht dem Ganzen noch die Krone auf: Der BGH meint, an dieser Rechtslage habe sich durch die neue VO (EU) Nr. 432/2012 nichts geändert.³⁶⁾ In letzter Konsequenz können unspezifische Verweise zu gesundheitsfördernden Effekten von Pflanzenstoffen also bis auf Weiteres ohne beigelegte spezifische gesundheitsbezogene Angabe gemacht werden.³⁷⁾ Für die Bewerbung von Produkten mit Vitaminen und Mineralstoffen kann dieser Ansatz allerdings nur „BGH-Jüngern“ empfohlen werden; eher sollte allgemeinen Verweisen auf gesundheitliche Vorteile regelmäßig mindestens eine passende der mehr als 200 nach Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 432/2012 zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben beigelegt werden.³⁸⁾

b) **BVerwG – Deutsches Weintor II: „bekömmlich“**

Das aktuelle Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist relativ kurz.³⁹⁾ Nachdem der Europäische Gerichtshof sich zu den Vorlagefragen aus Leipzig geäußert hatte,⁴⁰⁾ konnte das BVerwG nur entscheiden, dass „die Bezeichnung eines Weins als ‚bekömmlich‘ in Verbindung mit dem Hinweis auf eine milde Säure eine gesundheitsbezogene Angabe (...) darstellt“.⁴¹⁾ Interessant für die Praxis ist an dem Spruch der Bundesverwaltungsrichter nur das letzte obiter dictum. Danach lässt es der Senat ausdrücklich „offen, ob der Hinweis auf die Bekömmlichkeit eines Weins ohne Bezug zu einer ‚sanften Säure‘ oder ohne vergleichbaren Kontext – etwa als bloßer Ausdruck von Wohlgeschmack oder eines allgemeinen Wohlbefindens – zulässig wäre“.⁴²⁾ Das darf man angesichts der Regelung des Art. 10 Abs. 3 VNGA eigentlich klar bejahen; jedenfalls muss die Bezeichnung „bekömmlich“ ohne einen Hinweis wie „sanfte Säure“ nicht zwangsläufig eine gesundheitsbezogene Angabe sein.⁴³⁾ Zu den parallel vom BGH vorgelegten Fragen bezüglich der Aussage „Der wohltuende und bekömmliche Kräuterlikör“ hat sich der EuGH nach Streichung der ent-

26) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 = LRE 66, 1 = GRUR 2013, 958 = MD 2013, 695 – Vitalpilze; so auch schon BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226, 230 – Gurktaler Kräuterlikör.

27) OLG Frankfurt a. M., 10.11.2011 – 6 U 174/10, MD 2012, 291 sowie LG Frankfurt a. M., 15.07.2010 – 2/3 O 585/09, MD 2010, 904.

28) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 = MD 2013, 695, 702 m. w. N. – Vitalpilze.

29) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 = MD 2013, 695, 698 – Vitalpilze unter ausdrücklicher Berufung auf seine eigene Rechtsprechung in BGH, 05.12.2012 – I ZR 36/11, WRP 2013, 180 = ZLR 2013, 179 – Monsterbacke und auf EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, WRP 2012, 1368 = ZLR 2012, 602 – Deutsches Weintor.

30) So bereits BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226, 229 – Gurktaler Kräuterlikör.

31) Unter Berufung auf BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226, 229 – Gurktaler Kräuterlikör u. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 VNGA Rn. 22; ebenso Hahn, StoffR 2013, 2, 5.

32) An mangelnder Beachtung dieser Auslegung leidet insbesondere OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13 – „Rotbäckchen“, bislang n. v. (s. u. Rn. 22).

33) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 = MD 2013, 695 – Vitalpilze.

34) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695, 699 – Vitalpilze unter Hinweis auf Fezer/Meyer, UWG, 2. Aufl. 2010, § 4 S4 Rn. 342 u. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 28 VNGA Rn. 24; auch Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 38 meinen, Art. 10 Abs. 3 VNGA habe „derzeit keine materielle Bedeutung“.

35) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695, 700 – Vitalpilze.

36) A. A. wohl Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 38.

37) Immer vorausgesetzt entsprechende Wirkungen sind wissenschaftlich hinreichend gesichert; vgl. auch Teufel, GRUR-Prax 2012, 476, 478.

38) Vgl. dazu Hahn, StoffR 2013, 2 sowie Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 39 u. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 VNGA Rn. 23.

39) BVerwG, 14.02.2013 – 3 C 23.12, LRE 65, 208 = ZLR 2013, 608 – Deutsches Weintor II m. Anm. Gerhard/Bundschuh.

40) EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, WRP 2012, 1368 = ZLR 2012, 603 – Deutsches Weintor m. Anm. Gorny/Meier, auf Vorlage von BVerwG, 23.09.2010 – 3 C 39.09, ZLR 2011, 103 – bekömmlich II.

41) BVerwG, 14.02.2013 – 3 C 23.12, ZLR 2013, 608, 609 – Deutsches Weintor II.

42) BVerwG, 14.02.2013 – 3 C 23.12, ZLR 2013, 608, 610 – Deutsches Weintor II; speziell dazu Gerhard/Bundschuh, ZLR 2013, 608, 615.

43) Ebenso schon Leible/Schäfer, LMuR 2012, 250, 251 und Riemer, EuZW 2012, 830, 831.

sprechenden Rechtssache nicht mehr geäußert.⁴⁴⁾ Dann muss es dabei bleiben, dass „bekömmlich“ an und für sich doch nur ein Hinweis auf das allgemeine, nicht gesundheitsbezogene Wohlbefinden ist.⁴⁵⁾ Und selbst wenn man „bekömmlich“ als Verweis i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA ansehen wollte, ließe sich dieses Wort doch prinzipiell mit fast jeder zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe koppeln.⁴⁶⁾ Auch ein isolierter Hinweis auf einen reduzierten Säuregehalt eines Lebensmittels ist nicht verboten – sogar bei einem alkoholischen Getränk.⁴⁷⁾

c) OLG Nürnberg – Grüner Tee-Extrakt: „Wohlbefinden“

- 13 Neben vielen anderen, wissenschaftlich nicht hinreichend gesicherten Werbeaussagen für ein Nahrungsergänzungsmittel mit Grünem Tee-Extrakt, das als Schlankheitspräparat beworben wurde, verbot das OLG Nürnberg unter Berufung auf Art. 10 Abs. 1 VNGA jüngst auch die Auslobungen „trägt zum Wohlbefinden bei“ und „kann sich positiv auf das Wohlbefinden auswirken“.⁴⁸⁾ Diese Rechtsprechung ist aber keineswegs zu verallgemeinern. Das Gericht betont insoweit nämlich ausdrücklich den Gesamtzusammenhang der Werbung:⁴⁹⁾ *„Allgemeine Aussage zum Wohlbefinden haben hingegen zwar keinen Gesundheitsbezug (...). Aufgrund des Kontextes der Werbeaussagen, die das Wohlbefinden nicht isoliert, sondern in Zusammenhang mit anderen, dem Produkt zugeschriebenen gesundheitsfördernden Angaben bewerben, handelt es sich hier aber nicht um eine Aussage zum allgemeinen Wohlbefinden, sondern um das gerade durch die beworbenen gesundheitsbezogenen Wirkungen vermittelte Wohlbefinden. Auch insoweit wird demnach ein Zusammenhang zwischen dem Nahrungsergänzungsmittel und der Gesundheit suggeriert“*.⁵⁰⁾ Mit anderen Worten: Mit allgemeinem Wohlbefinden darf selbstverständlich auch weiterhin geworben werden, solange dadurch im konkreten Einzelfall nicht der – unzulässige! – Eindruck einer gesundheitsfördernden Wirkung unterstrichen wird. Wird dagegen eine zugelassene gesundheitsbezogene Angabe beigefügt, dann ist ein Hinweis auf positive Auswirkungen auf das allgemeine Wohlbefinden nach Art. 10 Abs. 3 VNGA regelmäßig erlaubt.⁵¹⁾

3. Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben: Etwas mehr Klarheit

- 14 Selbstverständlich bereiten auch die komplexen Begriffsbestimmungen der nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 4, 5 u. 6 VNGA in der Praxis weiterhin Schwierigkeiten. Nachdem sowohl der Europäische als auch der Bundesgerichtshof geurteilt haben, der Begriff der gesundheitsbezogenen Angabe sei weit auszulegen,⁵²⁾ obwohl bei Werbeverboten doch eigentlich eine enge Auslegung angebracht wäre,⁵³⁾ scheint es kaum noch Formulierungen zu geben, die nicht

von den genannten Vorschriften erfasst werden. Doch im Einzelfall lassen sich gelegentlich noch solche Worte finden. Für die Praxis besonders interessant ist auch, was zum Begriff der Krankheitsrisikoreduktionsangabe entschieden wurde, einer besonderen Form der gesundheitsbezogenen Angabe.⁵⁴⁾

a) EuGH – Green Swan: „Risiko von Osteoporose und Brüchen“

In dem bereits erwähnten Urteil des Europäischen Gerichtshofs mussten sich die Luxemburger Richter auch mit der korrekten Einstufung der streitigen Aussage befassen: „Das Mittel enthält zudem Kalzium und Vitamin D₃, die dazu beitragen, das Risiko des Auftretens von Osteoporose und Knochenbrüchen zu senken“.⁵⁵⁾ Das tschechische Kammergericht hatte sich in seinen Vorlagefragen nämlich danach erkundigt, ob diese Werbung eine krankheitsrisikoreduktionsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 VNGA sei, obwohl nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht werde, dass das Mittel das entsprechende Risiko „deutlich“ senke. Diese Frage hat der EuGH bejaht, und zwar mit folgender Begründung: *„Aus der Formulierung ‚suggeriert oder (...) mittelbar zum Ausdruck gebracht‘ ergibt sich, dass es für die Qualifizierung als ‚Angabe über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos‘ im Sinne dieser Vorschrift nicht erforderlich ist, dass mit der entsprechenden Angabe ausdrücklich behauptet wird, dass der Verzehr eines Lebensmittels einen Risikofaktor für die Entwicklung einer Krankheit beim Menschen deutlich senke. Es reicht aus, dass die Angabe bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher den Eindruck hervorrufen kann, dass die Senkung eines Risikofaktors deutlich ist. Insoweit ist festzustellen, dass die Verwendung einer kategorischen Formulierung, nach der der Verzehr des betreffenden Lebensmittels einen entsprechenden Risikofaktor senkt (...) geeignet ist, bei einem solchen Verbraucher den Eindruck einer deutlichen Senkung des Risikos hervorzurufen. Daher muss (...) eine gesundheitsbezogene Angabe wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht unbedingt das Wort ‚deutlich‘ oder einen gleichbedeutenden Ausdruck enthalten, um als ‚Angabe über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos‘ angesehen zu werden“*.⁵⁶⁾ Das ist hinsichtlich der Deutlichkeit der Reduzierung eines Krankheitsrisikos überzeugend. Aus der weiten Auslegung des EuGH kann zugleich geschlossen werden, dass im Einzelfall auch die Nennung eines separaten Risikofaktors nicht erforderlich ist, sofern nur beim Verbraucher der Eindruck entsteht, dass ein Lebensmittel ein Risiko auf die eine oder andere Art verringern kann oder soll.⁵⁷⁾ Denn das Gericht unterscheidet insoweit nicht zwischen Risiko und Risikofaktor. Auch in dieser Hinsicht ist bei der Werbung in der Praxis also Vorsicht geboten.

b) OLG Frankfurt a. M. – Combiotik: „Präbiotik + Probiotik“

Vor dem OLG Frankfurt a. M. wurde um eine Säuglingsnahrung mit probiotischen Milchsäurekulturen gestritten, die unter der Marke „Combiotik“ in den Verkehr gebracht wurde und auf deren Verpackung sich die Worte „Präbiotik + Probiotik“ sowie „natürliche Milchsäurekulturen“ fanden.⁵⁸⁾ Nach Ansicht des Gerichts ist weder die Bezeichnung „Combiotik“ „für sich gesehen

44) EuGH, Gerichtsinformation vom 06.12.2012 – C-51/11, Celex Nr. 62011CB0051, ABL C 38 v. 09.02.2013, auf Vorlage von BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226 – Gurktaler Kräuterlikör.

45) Vgl. nur BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226 – Gurktaler Kräuterlikör u. OLG Düsseldorf, 23.03.2010 – 20 U 183/09, WRP 2010, 1062 = ZLR 2010, 366 – Wohlbefinden für den Magen m. überzeugender Anm. *Schwinge* sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 46a.

46) Vgl. dazu *Hahn*, StoffR 2013, 2, vgl. auch *Hartwig/Memmler*, StoffR 2012, 183, 188 sowie *Riemer*, EuZW 2012, 830, 831.

47) Vgl. *Leible/Schäfer*, LMuR 2012, 250, 252.

48) OLG Nürnberg, 26.11.2013 – 3 U 78/13, juris – Wohlbefinden.

49) Zur Bedeutung einer „kontextbezogenen Betrachtung“ vgl. auch KG, 24.05.2013 – 5 U 34/12, MD 2013, 597, 602 – „NattoPlasmin“, OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 625 – „Original Spiruletten mit Gerstengras“ (s. u.) sowie OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13 – „Rotbäckchen“, bisher unveröffentlicht (s. u.).

50) OLG Nürnberg, 26.11.2013 – 3 U 78/13, Rn. 46, juris – Wohlbefinden.

51) Vgl. auch *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 VNGA Rn. 22h.

52) Im Anschluss an EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, WRP 2012, 1368 = ZLR 2012, 602 = GRUR 2012, 1161 – Deutsches Weinort ausdrücklich BGH, 05.12.2012 – I ZR 36/11, WRP 2013, 180 = ZLR 2013, 179 – Monsterbacke.

53) Ebenso *Meisterernst*, WRP 2010, 481, 487.

54) Vgl. nur *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 2 VNGA Rn. 29 u. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 54.

55) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569 – Green-Swan Pharmaceuticals m. Anm. *Hüttebräuker*; vgl. dazu auch *Verhostrate*, EFL 2013, 338; zu einem weiteren Aspekt des Urteils s. o. Rn. 5.

56) EuGH, 18.07.2013 – C-299/12, WRP 2013, 1311 = ZLR 2013, 569, 575-576 – Green-Swan Pharmaceuticals.

57) Vgl. dazu *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 580-581 u. *Liebmann*, EFL 2013, 344, 345-346.

58) OLG Frankfurt a. M., 04.07.2013 – 6 U 137/12, WRP 2013, 1382 = LRE 66, 198 – Combiotik; vgl. auch die frühere Entscheidung OLG Frankfurt a. M., 09.08.2012 – 6 U 67/11, ZLR 2012, 717 – Probiotik + Präbiotik II.

noch in Verbindung mit den Bezeichnungen ‚Praebiotik‘ und ‚Probiotik‘ eine gesundheitsbezogene Angabe.“⁵⁹⁾ Zur Begründung führt das Gericht relativ knapp aus, „Combiotik“ sei „ein von der Beklagten geschaffenes Kunstwort (...), das beim angesprochenen Verkehr keine konkreten Vorstellungen über spezifische oder unspezifische gesundheitliche Wirkungen (...) erweckt“; die entsprechenden Erwartungen des Verkehrs gingen „nur so weit, dass in dem Erzeugnis präbiotische und probiotische Inhaltsstoffe kombiniert verwendet werden. Ein darüber hinausgehender synergistischer Effekt lässt sich dagegen aus der gemeinsamen Verwendung dieser Bezeichnungen (...) nicht ableiten.“⁶⁰⁾ Dieses Verständnis hört sich überzeugend an; dafür spricht vor allem, dass kein Zusammenhang zwischen Lebensmittel und Gesundheit erkennbar ist, den Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA jedoch notwendigerweise verlangt. Zutreffend ist auch, dass Kunstworte der Interpretation bedürfen. Versteht ein Gericht solche Begriffe „richtig“, dann ist es im Einzelfall gut möglich, den gesetzlichen Werbeverboten zu entkommen.

- 17 Zu begrüßen ist das Urteil des OLG Frankfurt a. M. insoweit, als es die Verwendung des Begriffs „natürliche Milchsäurekulturen“ im konkreten Fall nicht als nährwertbezogene Angabe einstuft. Bezeichnungen von Zutaten in Zutatenverzeichnissen können als obligatorische Kennzeichnung aufgrund der Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA keine „Angaben“ sein.⁶¹⁾ Wird nun ein Gehalt an „anderen Substanzen“ mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 VNGA, zu denen Milchsäurebakterien gehören,⁶²⁾ als besondere Eigenschaft eines Lebensmittels ausgelobt, dann kann durchaus die Begriffsbestimmung aus Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA greifen.⁶³⁾ Das Gericht meint jedoch im konkreten Fall: „Soweit auf den Seitentexten und auf der Frontseite des Produkts die Bezeichnungen ‚Probiotik‘ oder ‚natürliche Milchsäurekulturen‘ verwendet werden, versteht dies der Verkehr als Synonym der Zutat ‚probiotische Milchsäurekultur‘ und nicht als nährwertbezogene Angabe.“⁶⁴⁾ Es kann mangels näherer Anhaltspunkte nur vermutet werden, dass im Gesamtzusammenhang⁶⁵⁾ auf der Packung durch die Worte „natürliche Milchsäurekulturen“ keine „besondere positive Nährwerteigenschaft“ zum Ausdruck gebracht wurde, wie es Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA normiert. Dann läge hier eine – durchaus nicht seltene – ausdrückliche Erwähnung einer Zutat ohne Nährwertbezug vor. Solche rein zutatenbezogenen Angaben sind in der Tat zulässig.⁶⁶⁾ Es wäre schön gewesen, wenn das OLG Frankfurt a. M. diesen Umstand deutlicher herausgearbeitet hätte. Nur so aber kann man sein Urteil richtig verstehen. Und in diesem Sinne schafft es auch etwas mehr Klarheit hinsichtlich der einschlägigen Begriffsbestimmungen.

59) OLG Frankfurt a. M., 04.07.2013 – 6 U 137/12, WRP 2013, 1382 – Combiotik.

60) OLG Frankfurt a. M., 04.07.2013 – 6 U 137/12, WRP 2013, 1382, 1383 – Combiotik.

61) Vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 25a sowie Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 2 VNGA Rn. 13 u. Meisterernst, WRP 2010, 481, 485.

62) Vgl. nur Schwinge, ZLR 2009, 116 m.w.N. sowie LG Hamburg, 26.03.2010 – 408 O 154/09, MD 2010, 643 – „mit probiotischen Kulturen“.

63) Vgl. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 2 VNGA Rn. 17.

64) OLG Frankfurt am Main, 04.07.2013 – 6 U 137/12, WRP 2013, 1382, 1383 – Combiotik.

65) Zum „Kontext der Werbeaussagen“ vgl. auch OLG Nürnberg, 26.11.2013 – 3 U 78/13, juris – Wohlbefinden (s. o.), OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 625 – „Original Spiruletten mit Gerstengras“ (s. u.) sowie OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13 – Rotbäckchen, bisher n. v. (s. u.); zur Bedeutung einer „kontextbezogenen Betrachtung“ vgl. außerdem KG, 24.05.2013 – 5 U 34/12, MD 2013, 597, 602 – NattoPlasmin.

66) Vgl. auch Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 36 sowie Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 2 VNGA Rn. 15b.

c) OLG Hamm – Original Spiruletten mit Gerstengras: „mit über 7.000 Vitalstoffen“

Für vielleicht das Missverständnis des Jahres zur Reichweite des Verbots nährwertbezogener Angaben hat das OLG Hamm mit einem Urteil gesorgt,⁶⁷⁾ dessen Streitgegenstand sich nach seinem Wortlaut „auf eine bestimmte Werbung im Internet für das Produkt ‚Original Spiruletten mit Gerstengras‘ bezieht“⁶⁸⁾ – nicht mehr und nicht weniger. Für dieses Nahrungsergänzungsmittel mit 400 mg Spirulina Mikroalgenpulver hatte die Beklagte u. a. folgende Aussagen verwendet: „mit über (...) 7.000 Vitalstoffen“, „Gerstengras (...) weit über 3.000 Vitalstoffe finden sich in dieser Pflanze“ und „Die Mikroalge Spirulina platensis besitzt über 4.000 natürliche Vitalstoffe“. Es überrascht nicht, dass das Gericht diese Werbung als nährwertbezogene Angaben einstuft. Denn in der Tat handelt es sich bei dem Begriff „Vitalstoffe“ „um einen Oberbegriff für alle vom menschlichen Körper benötigten bzw. der Gesundheit des Organismus förderlichen Substanzen“,⁶⁹⁾ wozu folglich sowohl „Nährstoffe“ als auch „andere Substanzen“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 VNGA zählen können.

Es verbietet sich bei näherer Betrachtung nur eine Verallgemeinerung des gerichtlichen Verbots auf jegliche Bewerbung von „Vitalstoffen“ wie sie von interessierten Kreisen propagiert wird.⁷⁰⁾ Denn Art. 8 Abs. 1 i. V. m. dem Anhang der VNGA erlaubt ausdrücklich die Verwendung der Angabe „enthält“ für signifikante Mengen an Nährstoffen oder anderen Substanzen,⁷¹⁾ und zwar unter Einschluss „jeglicher Angabe, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat.“⁷²⁾ Das OLG Hamm urteilt zwar „Die nährwertbezogene Werbung mit dem Begriff der Vitalstoffe ist unzulässig. Dieser ist im Anhang (...) nicht aufgeführt. Der Begriff der Vitalstoffe ist unspezifisch und für den wissenschaftlichen Gebrauch ungeeignet, weil er eine große Anzahl verschiedener Substanzen mit unterschiedlichen Wirkmechanismen zusammenfasst.“⁷³⁾ Für die Rechtfertigung des Verbots im konkreten Fall heißt es in den Urteilsgründen aber unmittelbar im Anschluss daran ausdrücklich: „Der Begriff eröffnet die Möglichkeit der Irreführung des Verbrauchers.“⁷⁴⁾ Speziell unter diesem Blickwinkel leuchtet die Entscheidung ein. Selbstverständlich ist die Behauptung, ein 400 mg Spirulina Preßling enthalte über 4.000 Vitalstoffe, zur Täuschung des Verbrauchers geeignet, da kaum einer der Stoffe in einer ernährungsphysiologisch signifikanten Menge vorhanden sein wird. Deswegen war die Bewerbung der streitgegenständlichen Präparate wohl illegal. Wo aber in der Lebensmittelwerbung unmissverständlich deutlich wird, und sei es aus dem Gesamtzusammenhang, was mit dem Begriff „Vitalstoffe“ gemeint ist, z. B. „mit den Vitalstoffen Vitamin C und Zink“, da gibt es keine solchen Irreführungsgefahren. Dann kann eine derartige Auslobung – immer vorausgesetzt sie ist sachlich richtig und bezieht sich auf signifikante Mengen von Nährstoffen oder anderen Substanzen –

67) OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619 – Original Spiruletten mit Gerstengras.

68) OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 622 – Original Spiruletten mit Gerstengras; auf S. 623 ist erneut die Rede von den „streitgegenständlichen ‚Original Spiruletten mit Gerstengras‘“.

69) OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 623 – Original Spiruletten mit Gerstengras.

70) Vgl. etwa <http://www.verbraucherschutzverein.org/information/20-sonstiges/568-olg-hamm-urteilt-werbung-mit-dem-begriff-vitalstoffe-ist-irrefuehrend.html>.

71) Vgl. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 8 VNGA Rn. 66.

72) Vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 8 VNGA Rn. 7 u. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 8 VNGA Rn. 17.

73) OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 624 – Original Spiruletten mit Gerstengras.

74) OLG Hamm, 30.04.2013 – 4 U 149/12, MD 2013, 619, 624 – Original Spiruletten mit Gerstengras.

auch nicht allein unter Berufung auf das Urteil des OLG Hamm verboten werden. Das sollte hoffentlich für jeden Praktiker, vor allem aber für die zuständigen Gerichte klar sein.

d) OLG Hamm – Magnesium plus: „ein blöder Krampf“

- 20 Ebenfalls vom OLG Hamm zu beurteilen war eine Fernsehwerbung für ein Magnesiumpräparat, in der sich ein Sportler auf einer Treppenstufe krümmte und an die Wade fasste.⁷⁵⁾ Auf sein Gejammer „Neulich hat mich nach dem Joggen so ein blöder Krampf erwischt“ hörte er als Antwort „Zum Glück gibt's da was von A.“. In diesem Werbespot als solchem sieht das Gericht eine gesundheitsbezogene Angabe. Denn es „*wird ein Zusammenhang zwischen dem beworbenen Mittel ‚Magnesium plus‘ und der Gesundheit, nämlich einer von Krämpfen verschonten Muskelfunktion hergestellt. Durch die Allgemeinheit der Aussage, die zum Ausdruck bringt, es gebe etwas gegen Wadenkrämpfe, wird suggeriert, dass das beworbene Lebensmittel das Risiko des Auftretens von Wadenkrämpfen nach sportlicher Betätigung verringert oder gar beseitigt.*“⁷⁶⁾ Das ist eine relativ weitreichende Interpretation der Werbung, die sich im konkreten Fall aber – jedenfalls für die Werbung insgesamt – doch vertreten lässt.⁷⁷⁾ Die Aussagen gehen nach Ansicht des Gerichts auch über die für Magnesium aufgrund der VO (EU) Nr. 432/2012 zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben hinaus: „*Eine Substanz, die wie Magnesium zum Elektrolytgleichgewicht und zu einer normalen Muskelfunktion und zu einer normalen Funktion des Nervensystems beiträgt, muss auch nicht zwangsläufig das Risiko von Muskelkrämpfen, insbesondere solchen, die nach sportlicher Betätigung auftreten, verringern.*“⁷⁸⁾ Da dieser Umstand zwischen den Parteien offenbar außer Streit stand und die Beklagte auch nicht nachweisen konnte, dass Magnesium jedem Wadenkrampf entgegenwirkt, war die Werbung nicht zu retten. Hier wäre es vermutlich sinnvoller gewesen, die gesetzlich zugelassenen Angaben für Magnesium zu verwenden und mit einem passenden, nicht irreführenden allgemeinen Verweis gemäß Art. 10 Abs. 3 VNGA zu koppeln.⁷⁹⁾

e) OLG München – Bach-Blüten-Spirituosen: „Rescue“

- 21 Einigermaßen erhellend hinsichtlich des Begriffs der gesundheitsbezogenen Angabe ist das Urteil des OLG München zu „Original-Bach-Blüten“-Spirituosen, die mit einem Alkoholgehalt von 27 % vol. als „Rescue Tropfen“ und „Rescue Night Spray“ in den Verkehr gebracht wurden.⁸⁰⁾ Zur Begründung der Einstufung dieser beiden Bezeichnungen als gesundheitsbezogene Angaben heißt es in der Entscheidung: „*Die Bedeutung des Begriff ‚RESCUE‘ ist den angesprochenen, der englischen Sprache heutzutage kundigen Verkehrskreisen bekannt. Die Bezeichnung löst bei den angesprochenen Verbrauchern die Vorstellung aus, dass man die Tropfen bzw. den Spray zur Rettung aus einer schlechten gesundheitlichen Situation einsetzt, dass die beiden Produkte mithin eine die gesundheitliche Situation verbessernde Wirkung haben. Es besteht daher ein Zusammenhang zwischen der gesundheitsbezogenen Angabe ‚RESCUE TROPFEN‘ bzw. ‚RESCUE NIGHT SPRAY‘ und einer Verbesserung des Gesundheitszustands.*“⁸¹⁾ Ob das wirklich

die Mehrzahl der Verbraucher so versteht, darf man mit Fug und Recht bezweifeln.⁸²⁾ Und der letzte Satz der Begründung mutet ein wenig zirkelschlussartig an. Klarheit bringt der Spruch des OLG München aber in gewisser Hinsicht doch: Bei der Prüfung von englischsprachigen Werbeaussagen muss künftig berücksichtigt werden, dass die Gerichte solche Begriffe ohne weiteres für allgemeinverständlich halten könnten. Das gilt jedenfalls – ganz unabhängig von der Sprache der Werbung – dann, wenn die betreffenden Aussagen der Förderung des Absatzes von Lebensmitteln dienen, und nicht lediglich der Unterrichtung der Öffentlichkeit oder weltanschaulichen oder wissenschaftlichen Zwecken, wie etwa Informationen über die „Bach-Blüten-Therapie“ als alternatives Konzept zur Förderung seelischer Gesundheit.⁸³⁾

f) OLG Koblenz – Rotbäckchen: „Lernstark“

Aufgrund der konkreten Ausgestaltung des streitigen Etiketts ist das jüngste Urteil des OLG Koblenz zu den Begriffsbestimmungen der VNGA ebenfalls eher als Einzelfallentscheidung anzusehen und kaum zu verallgemeinern.⁸⁴⁾ Es ging um einen Mehrfruchtsaft namens „Rotbäckchen“. Auf der Vorderseite der Flaschen war „ein blondes Mädchen mit roten Wangen und einem blauen Kopftuch abgebildet“; darunter befanden sich die Angaben „Lernstark“ und „Mit Eisen und Vitamin B-Komplex zur Unterstützung der Konzentrationsfähigkeit“. Diese Werbung verstieß nach Meinung eines staatlich finanzierten Verbraucherverbands mangels entsprechender Zulassung gegen Art. 14 VNGA. Die Herstellerin war demgegenüber der Meinung, „Lernstark“ sei ein allgemeiner gesundheitsbezogener Verweis i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA, der mit der beigefügten speziellen gesundheitsbezogenen Angabe zulässig sei.⁸⁵⁾ Das Gericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat die Werbung „wie nachfolgend abgebildet“,⁸⁶⁾ d. h. die Angaben ausdrücklich „in Verbindung mit der Abbildung des Kindes auf dem Etikett“⁸⁷⁾ verboten.



Wichtig für das Verständnis der Entscheidung ist in diesem Zusammenhang die Rückseite der Flaschen; dort hieß es „Rotbäckchen steht seit 1952 für gesunde Kindersäfte. Rotbäckchen Lernstark schmeckt nicht nur gut, sondern leistet auch durch den Eisenzusatz einen wichtigen Beitrag zur altersgerechten geistigen Entwicklung und Konzentration von Kindern. Acht ausgewählte B-Vitamine sorgen dafür, dass zahlreiche Stoffwechselvorgänge des kindlichen Organismus bestmöglich unterstützt werden“. Dass die verbotenen Angaben gesundheitsbezogen sind, wurde auch von der Beklagten nicht bestritten. Auf

75) OLG Hamm, 14.03.2012 – 4 U 5/13, MD 2013, 511 – Magnesium plus = ZLR 2013, 459 m. Anm. Kiontke.

76) OLG Hamm, 14.03.2012 – 4 U 5/13, MD 2013, 511, 515 – Magnesium plus.

77) So auch Kiontke, ZLR 2013, 467.

78) OLG Hamm, 14.03.2012 – 4 U 5/13, MD 2013, 511, 516 – Magnesium plus.

79) Vgl. die Beispiele bei Hahn, StoffR 2013, 2, 16.

80) OLG München, 31.01.2013 – 6 U 4189/11, juris – Rescue; vgl. speziell zur Bewertung von Bachblüten-Produkten auch LG Bielefeld, 27.08.2013 – 15 O 59/13, MD 2013, 1057 – Original Bach Blütenessenzen.

81) OLG München, 31.01.2013 – 6 U 4189/11, Rn. 228, juris – Rescue.

82) Vgl. nur Leffers, Denglich in der Werbung: Komm rein und finde wieder raus; <http://www.spiegel.de/unispiegel/wunderbar/denglich-in-der-werbung-komm-rein-und-finde-wieder-raus-a-310548.html>.

83) Vgl. dazu OLG Köln, 29.05.2013 – 6 U 220/12, MD 2013, 744, 754, 755 = WRP 2013, 1261 (Ls.) – „Bach-Blüten“.

84) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13 – „Rotbäckchen“, bisher n. v.

85) Vgl. dazu auch BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 = MD 2013, 695 – Vitalpilze (s. o.).

86) Die Abbildung stammt aus dem Urteil der Vorinstanz, LG Koblenz, 01.03.2013 – 16 O 172/12, LRE 65, 262.

87) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 4 – Rotbäckchen, bisher n. v.

grund des Kontextes auf der Rückseite konnte das OLG Koblenz im konkreten Fall dann durchaus zu dem Schluss kommen, dass die Werbung – gesetzlich nicht näher definierte – „Angaben über die Gesundheit von Kindern“ enthalte.⁸⁸⁾ Zur Auslegung des Art. 14 Abs. 1 VNGA heißt es dazu in den Urteilsgründen zunächst, aus der Formulierung der Norm „kann im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm nicht hergeleitet werden, dass sich die Angaben sowohl auf die Entwicklung als auch die Gesundheit beziehen müssen. Einzubeziehen sind auf jeden Fall sämtliche Angaben, die sich unabhängig von der Entwicklung auf die Gesundheit von Kindern beziehen“.⁸⁹⁾ Bei dieser Interpretation ist diese Werbung in der Tat „nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Hinweises auf der Rückseite der Flaschen aus der Sicht des Verbrauchers auf die Gesundheit von Kindern gemünzt“, selbst wenn „das Wort ‚Kinder‘ in der Angabe nicht verwendet (...) die Gesundheit von Kindern aber indirekt angesprochen wird“.⁹⁰⁾ Weiter urteilt das Gericht: „Entscheidend ist hier die vom Verbraucher als Einheit gesehene und verstandene Darstellung des Bildes mit den unmittelbar darunter befindlichen kindbezogenen Aussagen“.⁹¹⁾ Aus dieser Begründung wird ganz deutlich, dass die Angaben ohne den Text auf der Rückseite der Flaschen oder ohne die Abbildung durchaus anders zu bewerten wären.

- 24 Am Ende ist das OLG Koblenz aber leider noch über das Ziel hinausgeschossen, indem es die Annahme eines allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweises i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA verneint hat, insbesondere im Hinblick auf das Wort „Lernstark“. Die Begründung dafür ist etwas karg geraten und lässt jegliche Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung vermischen: „Die (...) Angaben enthalten aber keine Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile. (...) Allgemein ist eine Angabe nur, wenn sie sich nicht auf etwas Konkretes bezieht. Die Angabe ‚Lernstark‘ bezieht sich aber auf einen konkreten Vorteil für die Gesundheit. Die Wirkung des Lebensmittels für die Gesundheit wird konkret durch die Benennung der körperlichen Funktion angegeben. Die Angabe ‚Lernstark‘ verweist spezifisch und konkret auf die Stärkung und Förderung des Lernprozesses, d. h. auf eine geistige Tätigkeit bzw. Funktion des menschlichen Körpers“.⁹²⁾ Betrachtet man diese Überlegungen im Lichte der aktuellen Urteile des Bundesgerichtshofs,⁹³⁾ dann können sie letztlich nicht überzeugen. Das gilt schon deshalb, weil eine geistige Tätigkeit gewiss keine Körperfunktion ist.⁹⁴⁾ Vor allem aber ist die Angabe „Lernstark“ derart pauschal und unspezifisch, dass sie in dieser Form nicht zulassungsfähig wäre und nicht zuletzt deswegen geradezu einen Prototyp eines allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweises darstellt.⁹⁵⁾ Und weil ihr im konkreten Fall passende zugelassene gesundheitsbezogene Angaben beigelegt waren,⁹⁶⁾ hätte sie nach Art. 10 Abs. 3 VNGA auch als zulässig erkannt werden müssen. Schade, dass man in Koblenz nicht auf die ein-

schlägigen Judikatur des BGH eingegangen ist – dann hätte das „Rotbäckchen“-Urteil wohl anders ausfallen müssen. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH Gelegenheit bekommt, dieses Ergebnis im Revisionsverfahren zu korrigieren. Im Hinblick auf den Begriff der allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweise sollten aus dem Urteil des OLG Koblenz jedenfalls keine weitergehenden Rückschlüsse für die Praxis gezogen werden.

g) VG Lüneburg – Ohne Kristallzuckerzusatz: „ohne Kristallzuckerzusatz“

Vor dem VG Lüneburg klagte eine Herstellerin von Erfrischungsgetränken erfolglos gegen eine behördliche Untersagung.⁹⁷⁾ Sie hatte auf dem Etikett ihres Produkts „C. Himbeer-Cassis“ u. a. geschrieben „ohne Kristallzuckerzusatz* (sondern mit feiner, aus der Traube gewonnener Süße)“ und das Sternchen mit dem Hinweis aufgelöst: „*Fruchtsaft enthält von Natur aus Zucker“. Das war ihr von der Lebensmittelüberwachung mit der Begründung verboten worden, bei der Verwendung der nährwertbezogenen Angabe „ohne Zuckerzusatz“ dürfe dem Produkt nach den speziellen Bedingungen aus dem Anhang der VNGA kein „wegen seiner süßenden Wirkung verwendetes Lebensmittel“ zugesetzt werden, im konkreten Fall sei in dem Getränk jedoch Traubensüße enthalten. Die Klägerin drang weder mit dem Argument durch, die beanstandete Werbung sei eine rein objektive Beschaffenheitsangabe.⁹⁸⁾ „Denn nach dem Anhang der Verordnung (...) ist sowohl die Aussage ‚ohne Zuckerzusatz‘ (...) als auch jegliche Angabe, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat, als nährwertbezogen anzusehen. Um eine solche gleichbedeutende Angabe handelt es sich hier“.⁹⁹⁾ Noch konnte die Klägerin am Ende der Sternchenhinweis entlasten. „Denn gerade im Zusammenhang mit der Angabe ‚ohne Kristallzucker‘ ist die Erläuterung dahingehend zu verstehen, dass lediglich Fruchtsaft als Zuckerquelle zugesetzt ist“.¹⁰⁰⁾ Das konnte das Gericht mit gutem Grund auch noch als irreführend i. S. v. § 11 Abs. 1 LFGB einstufen. Man sollte – vor allem im Hinblick auf den erkennbaren Trend in der Rechtsprechung¹⁰¹⁾ – annehmen, dass die Auslobung „ohne Kristallzucker“ damit ausgedient haben dürfte,¹⁰²⁾ jedenfalls soweit sie dazu verwendet wird, den Einsatz von Fruchtsüßen zu maskieren.

4. Verfahrensrecht: Zulässigkeit von Zulassungsanträgen

Soweit bekannt zum ersten Mal hatte sich ein deutsches Gericht im letzten Jahr mit dem Zulassungsverfahren für Krankheitsrisikoreduktionsangaben bzw. Kinderangaben i. S. v. Art. 14 VNGA zu befassen. Solche Werbeaussagen müssen aufgrund dieser Norm „nach dem Verfahren der Artikel 15, 16, 17 und 19 der (...) Verordnung zur Aufnahme in eine Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben und aller erforderlicher Bedingungen für die Verwendung dieser Angaben zugelassen worden“ sein.¹⁰³⁾ Dazu ist entsprechend Art. 15 Abs. 1 VNGA „ein Antrag auf Zulassung (...) zu stellen“, und zwar gemäß Art. 15 Abs. 2 S. 1 VNGA bei der zuständigen nationalen Behörde, in Deutschland also beim Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit. Während die nationalen Behörden dabei nach Art. 15 Abs. 2 lit. a)

88) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 5 – Rotbäckchen, bisher n. v.; zum Begriff der kinderbezogenen Angabe vgl. auch *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 14 VNGA Rn. 14b sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 14 VNGA Rn. 15.

89) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 5 – Rotbäckchen, bisher n. v., unter Berufung auf *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 14 VNGA Rn. 15; so auch schon *Seehafer*, Von der Missbrauchskontrolle zum generellen Verbot (Fn. 10), S. 77.

90) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 5-6 – Rotbäckchen, bisher n. v.

91) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 6 – Rotbäckchen, bisher n. v.

92) OLG Koblenz, 11.12.2013 – 9 U 405/13, S. 6-7 – Rotbäckchen, bisher n. v.

93) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695, 699 = MD 2013, 695, 698 – Vitalpilze unter ausdrücklicher Berufung auf seine eigene Rechtsprechung in BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, WRP 2011, 344 = ZLR 2011, 226, 229 – Gurktaler Kräuterkör u. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 Rn. 22; ebenso *Hahn*, StoffR 2013, 2, 5.

94) Vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 13 VNGA Rn. 22-24 sowie *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 13 VNGA Rn. 6-8.

95) Vgl. nur *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 10 Rn. 22, *Hahn*, StoffR 2013, 2, 5 u. *Meyer/Strein*, LFGB/BasisVO, 2. Aufl. 2012, S. 373.

96) Vgl. dazu *Hahn*, StoffR 2013, 2, 6.

97) VG Lüneburg, 28.02.2013 – 6 A 62/11, LRE 65, 97 – Ohne Kristallzuckerzusatz.

98) Vgl. dazu *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 8 VNGA Rn. 101 sowie *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 36.

99) VG Lüneburg, 28.02.2013 – 6 A 62/11, LRE 65, 97, 102 – Ohne Kristallzuckerzusatz; so auch schon OLG Zweibrücken, 06.06.2012 – 4 U 30/12, MD 2012, 767 – Ohne Kristallzucker.

100) VG Lüneburg, 28.02.2013 – 6 A 62/11, LRE 65, 97, 104 – Ohne Kristallzuckerzusatz.

101) Vgl. schon OLG Zweibrücken, 06.06.2012 – 4 U 30/12, MD 2012, 767 – Ohne Kristallzucker.

102) Vgl. dazu schon *Bergmann*, ZLR 2006, 227; a. A. noch *Meyer/Vergho*, ZLR 2007, 537.

103) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 14 VNGA Rn. 3.

VNGA ursprünglich nicht mehr als eine Weiterleitungsfunktion besaßen,¹⁰⁴⁾ sind sie inzwischen nach Art. 7a Abs. 1 VO (EG) Nr. 353/2008 zur Überprüfung der Gültigkeit von Zulassungsanträgen verpflichtet, „bevor sie diese der Behörde [d. h. der EFSA] zur Verfügung stellen“.¹⁰⁵⁾ Einzelheiten zum Prüfauftrag der nationalen Behörde sind in Art. 7a Abs. 2 u. 3 VO (EG) Nr. 353/2008 geregelt.¹⁰⁶⁾

VG Braunschweig – Zulassungsverfahren: „allergische Sensibilisierung“

- 27 Dem Fall, den das VG Braunschweig in diesem Zusammenhang zu entscheiden hatte,¹⁰⁷⁾ liegt ein eher atypischer Sachverhalt zugrunde. Ein Lebensmittelunternehmen hatte zwei Zulassungsanträge zur kinder- bzw. krankheitsrisikoreduktionsbezogenen Bewerbung spezieller Bifidobakterien und Laktobazillen gestellt, u. a. mit einer Aussage zur Reduktion des Risikos der „allergischen Sensibilisierung“. Zum Zeitpunkt der Antragstellung existierte eine Lizenzvereinbarung mit der Herstellerin dieser Stoffe, die jedoch knapp zwei Jahre nach Antragstellung beendet wurde, so dass das Unternehmen die Stoffe nicht mehr nutzen konnte. Nachdem die Herstellerin die Antragstellerin erfolglos um Rücknahme der Anträge ersucht hatte, wandte sie sich schließlich sowohl an die EFSA als auch an das BVL und bat darum, die Anträge nicht weiter zu verfolgen, für ungültig zu erklären oder zurückzuziehen. Während die EFSA meinte, sie sei nicht berechtigt, Zulassungsanträge zurückzuweisen, die ihr von einer nationalen Behörde übermittelt wurden, teilte das BVL der EFSA – fast vier Jahre nach Antragstellung – mit, die Anträge seien „entsprechend der Vorgaben von Art. 7b [VO (EG) Nr. 353/2008] wirksam zurückgenommen worden“.¹⁰⁸⁾ Die Klägerin plädierte vor Gericht unter Berufung auf den Wortlaut der Norm, die nationale Behörde dürfe nach Art 7a VO (EG) Nr. 353/2008 nur feststellen, ob Zulassungsanträge die Daten gemäß Art. 15 Abs. 3 VNGA enthalten; außerdem könnten nicht nur Lebensmittelunternehmer sondern jedermann Zulassungsanträge für Angaben nach Art. 14 VNGA stellen.¹⁰⁹⁾ Das Hauptgegenargument des BVL lautete, ein Antrag sei ungültig, wenn der Antragsteller kein schützenswertes Interesse an der Durchführung des Zulassungsverfahrens mehr hätte; dazu müsse er das spätere Inverkehrbringen des Lebensmittel auch tatsächlich beabsichtigen, was die Antragstellerin im konkreten Fall aber mangels Lizenz nicht mehr könne.
- 28 Deswegen klagte die Antragstellerin auf Rücknahme der Antragsrücknahme oder Sicherstellung der Weiterführung der Zulassungsanträge. Das VG Braunschweig folgte jedoch den Überlegungen des BVL und wies die Klage ab. Es ist der Überzeugung, das Zulassungsverfahren „einschließlich der wissenschaftlichen Bewertung durch die EFSA [solle] nur beanspruchen können (...), wer das Inverkehrbringen eines Lebensmittels unter Verwendung der gesundheitsbezogenen Angabe hinreichend konkret beabsichtigt; Zulassungsanträge, denen dieser konkrete Bezug zu einem beabsichtigten Inverkehrbringen des Lebensmittels fehlt, fallen nicht in den Anwendungsbereich der [VNGA] und sind ungültig. (...) Nach diesem Maßstab sind die Zulassungsanträge (...) der Klägerin ungültig geworden. Es ist nicht ersichtlich, dass sie selbst

oder ihrer Sphäre zurechenbare Dritte hinreichend konkret beabsichtigen, Lebensmittel unter Verwendung der gesundheitsbezogenen Angaben, auf die sich die Anträge beziehen, in den Verkehr zu bringen“.¹¹⁰⁾ Zum Umfang der Prüfungskompetenz der nationalen Behörde heißt es in den Entscheidungsgründen weiter, Art. 7a VO (EG) Nr. 353/2008 begründe „die Verpflichtung, aber auch die Kompetenz der Mitgliedstaaten, die Gültigkeit von Zulassungsanträgen zu überprüfen, bevor sie diese der EFSA zur Verfügung stellt. Da die Vorschrift keine Einschränkungen enthält, beschränkt sich der Prüfungsumfang der Beklagten auch nicht auf die in Art. 7a Abs. 2 und Abs. 3 [VO (EG) Nr. 353/2008] angeführten Vorgaben, sondern hat umfassend die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit von Zulassungsanträgen zum Gegenstand“.¹¹¹⁾

Diese Urteilsbegründung geht leider ersichtlich am Wortlaut der Vorschrift vorbei. Zum einen heißt es in Art. 7a Abs. 1 VO (EG) Nr. 353/2008 ausdrücklich, die Mitgliedstaaten müssten Anträge prüfen „bevor sie diese der Behörde [d. h. der EFSA] zur Verfügung stellen“. Eine kontinuierliche Prüfungskompetenz nach Weiterleitung der Anträge entsprechend der Verpflichtung nach Art. 15 Abs. 2 lit. a) VNGA ist gerade nicht normiert. Mit „bevor“ ist nämlich gewiss nicht auch „nach“ gemeint. Zum anderen konkretisieren Art. 7a Abs. 2 u. 3 VO (EG) Nr. 353/2008 den Umfang der Prüfungspflicht;¹¹²⁾ dort heißt es zunächst „Für die Zwecke des Absatzes 1 überprüft die zuständige nationale Behörde, ob die gemäß Artikel 15 oder Artikel 18 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 eingereichten Anträge die Daten gemäß Artikel 15 Absatz 3 der genannten Verordnung enthalten“ und weiter „Die zuständige nationale Behörde überprüft zudem, ob“ es sich um eine Krankheitsrisikoreduktions- bzw. eine Kinderangabe oder um eine gesundheitsbezogene Angabe gemäß Art. 13 Abs. 5 VNGA handelt. Wenn aber der Gesetzgeber die Prüfungskompetenz speziell „für die Zwecke des Absatzes 1“ derart genau spezifiziert, dann verbietet es sich auch aus systematischen Gründen, sie über den Wortlaut der Norm auszudehnen. Und schließlich regelt Art. 7b VO (EG) Nr. 353/2008 speziell die Rücknahme von Anträgen, und zwar nur auf ausdrückliches Gesuch des jeweiligen Antragstellers.¹¹³⁾ Ist für die Rücknahme jedoch ein gesetzlicher Rahmen normiert, dann kann es außerhalb dieses Rahmens keine zulässigen Rücknahmen geben, schon gar nicht auf Initiative Dritter. Das entspricht übrigens auch dem Sinn und Zweck der Zulassungsregelungen insgesamt. Denn die VNGA ist generell angabebestimmend und nicht antragstellerbezogen ausgestaltet.¹¹⁴⁾ Grundsätzlich dürfen zugelassene Angaben nämlich gemäß Art. 17 Abs. 5 VNGA „von jedem Lebensmittelunternehmer (...) verwendet werden“.¹¹⁵⁾ Dann kann es auch keinen Unterschied machen, wer im Einzelfall die Zulassung einer Angabe beantragt hat. Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber die Antragsbefugnis nach Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 VNGA – anders als in Art. 18 Abs. 1 VNGA – ausdrücklich nicht an die Eigenschaft des Antragstellers als „Lebensmittelunternehmer“ geknüpft hat¹¹⁶⁾ und auch das Werbeverbot des Art. 10 Abs. 1 VNGA nicht auf „Lebensmittelunternehmer“ beschränkt ist.¹¹⁷⁾

104) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 7 u. *Hempel*, ZLR 2008, 262, 267.

105) Eingefügt durch VO (EG) Nr. 1169/2009 v. 30.11.2009, ABl. L 314/34 v. 01.12.2009.

106) Vgl. dazu *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 7a.

107) VG Braunschweig, 27.02.2013 – 5 A 38/12, juris – allergische Sensibilisierung.

108) VG Braunschweig, 27.02.2013 – 5 A 38/12, Rn. 17, juris – allergische Sensibilisierung.

109) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 21 sowie *Liebmann*, EFFL 2012, 273, 277.

110) VG Braunschweig, 27.02.2013 – 5 A 38/12, Rn. 50-51, juris – allergische Sensibilisierung.

111) VG Braunschweig, 27.02.2013 – 5 A 38/12, Rn. 54, juris – allergische Sensibilisierung.

112) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 7a.

113) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 42c.

114) Vgl. etwa *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Fn. 22), C 111, Art. 1 VNGA Rn. 3a u. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 1 VNGA Rn. 3; das übersieht VG Braunschweig, 27.02.2013 – 5 A 38/12, Rn. 46-47, juris – allergische Sensibilisierung.

115) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 17 VNGA Rn. 15.

116) Vgl. *Meisterernst/Haber*, Health & Nutrition Claims (Fn. 10), Art. 15 VNGA Rn. 21 sowie *Liebmann*, EFFL 2012, 273, 277.

117) Vgl. auch *Liebmann*, EFFL 2013, 344, 345.

III. Fazit für die Praxis

- 30 Die Konsequenz dieser aktuellen Urteile kann für die Praxis eigentlich nur lauten: Wer das Risiko scheut, sollte sich in seiner Lebensmittelwerbung auf zugelassene Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben beschränken, und das am besten nur im jeweils zugelassenen Wortlaut. Wer den kleinen Kitzel nicht fürchtet, darf sich künftig auf den Bundesgerichtshof berufen und auf alle seine Produkte zusätzlich zu mindestens einer zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe schreiben: „zur Unterstützung einer optimalen Leistungsfähigkeit“ oder „erhöht die Ausdauer und Leistungsfähigkeit“ – immer vorausgesetzt, dass das nicht irreführend ist. Dabei ist stets ganz besonders auf den Gesamtzusammenhang zu achten, in dem die Werbung gemacht wird; eine illegale Formulierung oder eine Abbildung kann im Einzelfall auch an und für sich unverdächtige Begriffe mit Verboten „infizieren“. Wer den großen Kitzel verspüren will, mag entweder „gleichbedeutende“ Angaben verwenden¹¹⁸⁾ oder es mit einer vom Bundesgerichtshof noch nicht absegneten Koppelversuchen.¹¹⁹⁾ Alles andere ist und bleibt Harakiri und wird

vor Gericht regelmäßig mit einer Untersagung enden. Warum einige Hersteller darauf so erpicht zu sein scheinen, darüber soll hier nicht spekuliert werden. Im Sinne eines lautereren Wettbewerbs ist ein solches Verhalten aber gewiss nicht und deswegen verdienen die Beklagten im Regelfall auch kein Mitgefühl, wenn ihre Werbung verboten wird. Im Gegenteil: Alle redlichen Wettbewerber haben Anspruch auf Unterstützung bei der Verfolgung offensichtlich illegaler Praktiken! In solchen Fällen gebührt den Gerichten sogar Dank, wenn es ihnen gelingt, den Rechtsfrieden wiederherzustellen.

Anm. der Redaktion:

Vgl. hierzu auch die vorherigen Rechtsprechungsübersichten von Hagenmeyer, WRP 2009, 554; WRP 2010, 492; WRP 2011, 317; WRP 2012, 414, WRP 2013, 445.

118) Vgl. dazu Hahn, ZLR 2013, 4, 12.

119) Vgl. dazu Hahn, StoffR 2013, 2.

RECHTSPRECHUNG

Markenrecht

Backaldrin Österreich The Kornspitz Company / Pfahnl Backmittel

RL 2008/95/EG Art. 12 Abs. 2 Buchst. a

EuGH, Urteil vom 06.03.2014 – C-409/12

1. Art. 12 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass in einem Fall wie dem im Ausgangsverfahren streitigen eine Marke für eine Ware, für die sie eingetragen ist, für verfallen erklärt werden kann, wenn die Marke infolge des Verhaltens oder der Untätigkeit ihres Inhabers aus der Sicht allein der Endverbraucher dieser Ware zur gebräuchlichen Bezeichnung dieser Ware geworden ist.

2. Art. 12 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2008/95 ist dahin auszulegen, dass es als „Untätigkeit“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden kann, dass es der Inhaber einer Marke unterlässt, die Verkäufer dazu zu bewegen, die Marke für den Vertrieb einer Ware, für die die Marke eingetragen ist, mehr zu benutzen.

3. Art. 12 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2008/95 ist dahin auszulegen, dass die Erklärung des Verfalls einer Marke nicht die Klärung der Frage voraussetzt, ob es für eine Ware, für die die Marke im geschäftlichen Verkehr zur gebräuchlichen Bezeichnung geworden ist, andere Bezeichnungen gibt.

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 12 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2008/95/EG des Europä-

schen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 299, S. 25).

Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH (im Folgenden: Backaldrin) und der Pfahnl Backmittel GmbH (im Folgenden: Pfahnl) – beides Gesellschaften österreichischen Rechts – wegen der für Backaldrin eingetragenen Wortmarke KORNSPITZ. **2**

Rechtlicher Rahmen

(...)

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Backaldrin ist Inhaberin der eingetragenen österreichischen Wortmarke KORNSPITZ für Waren der Klasse 30 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung. Zu diesen Waren zählen u. a.: **8**

„Mehle und Getreidepräparate; Backwaren; Backmittel; feine Backwaren, auch zum Aufbacken vorbereitet; Teiglinge (...) für die Herstellung von feinen Backwaren“.

Backaldrin stellt unter dieser Marke eine Backmischung her, die sie in erster Linie an Bäcker ausliefert. Diese verarbeiten die Backmischung zu einem länglichen, an beiden Enden spitz zulaufenden Brötchen. Backaldrin hat den Bäckern und den von diesen belieferten Lebensmittelhändlern gestattet, dieses Brötchen unter Verwendung der genannten Marke zu verkaufen. **9**

Die Mitbewerber von Backaldrin, darunter Pfahnl, und die überwiegende Zahl der Bäcker wissen, dass das Wortzeichen KORNSPITZ als Marke eingetragen ist. Nach dem Vorbringen von Pfahnl, dem Backaldrin entgegentritt, wird das Zeichen hingegen von den Endverbrauchern als gebräuchliche Bezeichnung einer Backware, nämlich eines länglichen, an beiden Enden spitz zulaufenden Brötchens, aufgefasst. Das sei u. a. darauf zurückzu- **10**