

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

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

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

New Deal for Consumers

1 Prof. Dr. Inge Scherer

Verbraucherentscheidung für Werblocker – eine aggressive geschäftliche Handlung der Anbieter?

8 Oliver Löffel

Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht

15 Dr. Ulrich Franz

„Ein bisschen Spaß muss sein!“ · Ein Überblick über die Rechtsprechung zu Scherzen, Parodien, Ironie und Satire in der Werbung

27 Christian Schmitt

Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße?

33 Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer

Health Claims – stets eine Herausforderung

35 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

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

41 Verbraucherzentrale Baden-Württemberg / Germanwings

EuGH, Urteil vom 15.11.2018 – C-330/17

44 Bankia / Juan Carlos Marí Merino u. a.

EuGH, Urteil vom 19.09.2018 – C-109/17

47 Tänzer & Trasper / Altenweddinger Geflügelhof

EuGH, Urteil vom 25.10.2018 – C-462/17

49 Novartis Farma / Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) u. a.

EuGH, Urteil vom 21.11.2018 – C-29/17

55 Levola Hengelo / Smilde Foods

EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-310/17

58 Apothekenmuster

BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – I ZR 235/16

61 Applikationsarzneimittel

BGH, Urteil vom 26.04.2018 – I ZR 121/17

68 Jogginghosen

BGH, Urteil vom 31.10.2018 – I ZR 73/17

73 Tork

BGH, Urteil vom 17.10.2018 – I ZR 136/17

- 18 Nur zur Vervollständigung: manche Gerichte sehen werbende Unternehmen in der Pflicht, bezüglich nicht zugelassener gesundheitsbezogener Angaben deren Zulässigkeit darzulegen und zu beweisen¹³, dabei sind diese schlicht verboten, eben mangels Zulassung.

III. Anwendung

- 19 Der BGH ist just in seinen eigenen Fallstricken verfangen, denn die Frage nach dem Wirknachweis für unspezifische health claims stellt sich nur, wer – wie der BGH – verfehlt davon ausgeht, Art. 10 Abs. 3 HCVO fände noch gar keine Anwendung, da die Gemeinschaftsliste für health claims nicht abgeschlossen wäre.
- 20 Art. 10 Abs. 3 HCVO findet Anwendung in Bezug auf die bislang individuell (Art. 13 Abs. 5 und Art. 14 HCVO) oder in Bezug auf das Sammelverfahren (vor allem mit VO (EU) Nr. 432/2012) zugelassenen health claims¹⁴. Auch der EuGH geht von der Anwendung aus¹⁵.
- 21 Eine andere Auffassung vertritt dagegen der BGH, der davon ausgeht, mit der VO (EU) Nr. 432/2012 hätte sich die Rechtslage nicht maßgeblich geändert, demnach fände Art. 10 Abs. 3 HCVO auch bezüglich der mit der VO (EU) Nr. 432/2012 zugelassenen health claims keine Anwendung¹⁶. Der BGH verkennt, dass die „Gemeinschaftsliste“ nie abschließend sein wird, da sie stets ergänzt/geändert werden kann (s. Art. 13 Abs. 5 HCVO).
- 22 Nicht wenige Instanzgerichte verweigern dem BGH aber die Gefolgschaft¹⁷.
- 23 Bezüglich „on hold“ gesetzter claims gilt Art. 10 Abs. 3 HCVO nicht, denn hier greift Art. 28 Abs. 5 HCVO, sprich diese werden nach den Kriterien der Irreführung geprüft. Hier wiederum spielen die Anforderungen an einen Nachweis für die behauptete Wirkung eine Rolle.
- 24 Das OLG Hamm geht bezüglich sogenannter „Botanicals“ von der Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 3 HCVO aus¹⁸. Diese hätte zur Folge, dass unspezifischen health claims lediglich beantragte, aber nicht von der EFSA geprüfte, geschweige denn zugelassene „beigefügt“ werden müssten.

IV. Ort des „Beifügens“

- 25 Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass „dem Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit

beigefügte, zugelassene spezielle gesundheitsbezogene Angaben neben oder unter diesem Verweis angebracht werden“ müssen¹⁹.

Dies lässt sich aber Art. 10 Abs. 3 HCVO nicht entnehmen und ist nur Kaffeleserei wie viele andere Versuche einer Erklärung; wenn hierbei der Beklagtenvertreter im BGH-Verfahren mit einer zu seinen im Verfahren geäußerten Argumenten gegenteiligen Auffassung und ein Autor mit zwei gänzlich diametralen Auffassungen vom BGH zitiert wird, ist das zumindest eigen und gibt zu denken. Es sollte eigentlich allgemeines Rechtsverständnis sein, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Recht zu werben nur restriktiv eingeschränkt werden darf. Es sollte daher doch zulässig sein, die spezifischen von den „beigefügten“ unspezifischen health claims durch andere Angaben oder grafische Elemente zu trennen und z. B. auch auf verschiedenen Verpackungsseiten abzudrucken.

V. Fazit

Individuell (Art. 13 Abs. 5 und Art. 14 HCVO) oder in Bezug auf das Sammelverfahren (vor allem mit VO (EU) Nr. 432/2012) zugelassene health claims dürfen „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden“ gem. Art. 10 Abs. 3 HCVO „beigefügt“ werden. Dabei ist es zulässig, die spezifischen von den „beigefügten“ unspezifischen health claims zu trennen und z. B. auf verschiedenen Verpackungsseiten abzudrucken. Hinweise auf „Gehirn“ und „Gedächtnis“ sind aber spezifische health claims und ihre Verwendung ist mangels Zulassung nicht erlaubt.

13) LG Berlin, 28.11.2016 – 101 O 94/16, n. v.

14) Generalanwalt *Wathelet*, EuGH BeckRS 2013, 82168 Rn. 65 – *Monsterbacke*; öster. Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Orientierungserlass GZ BMGFJ-75 100/0018-IV/B7/2007, Nr. 3, Ernährung/Nutrition, 2007, 333.

15) EuGH, 10.04.2014 – C-609/12, WRP 2014, 819 – *Monsterbacke*; siehe Rn. 36 des Urteils: „unbeschadet einer etwaigen Anwendung von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006“.

16) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12 WRP 2013, 1179, Rn. 13 – *Vitalpilze*.

17) OLG Hamm, 20.05.2014 – 4 U 19/14 – „vitalisierend“; KG, 10.07.2015 – 5 U 131/13 und KG, 04.11.2016 – 5 U 91/15; OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, n. v.

18) OLG Hamm, 07.10.2014 – I 4 U 138/13, n. v.

19) Kommission, Durchführungsbeschluss 24.1.2013 (2013/63/EU), ABl. EU L 22, 25.

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg*

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

INHALT

I. Einleitung: War früher alles besser?

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2017

1. Bundesgerichtshof

- BGH – *Rescue II*
- BGH – *Märchensuppe*

c) BGH – *Detox*

2. OLG Bamberg – *Blutorangenextrakt*

3. OLG Celle – *Regeneration*

4. OLG Hamburg – *HMB*

5. OLG Düsseldorf – *Bachblüten*

6. KG – *ArterioClean*

7. OLG Hamburg – *Gut für die Stimme*

8. VG München – *Figur Fit*

III. Fazit für die Praxis: Die Zeiten ändern sich

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 137.

** Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 27.02.2018 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zur Volljährigkeit seines Nachwuchses.

I. Einleitung: War früher alles besser?

- 1 Früher war natürlich nicht alles besser, es war nur anders. Selbstverständlich ist jedoch die Frage erlaubt, wie rechtliche Probleme eigentlich früher gelöst wurden, wie man z. B. mit Nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben umging, bevor sie einer Zulassungspflicht sowie einem zugehörigen generellen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterworfen wurden. Es ist ja nicht so, dass früher um die Zulässigkeit solcher Werbeaussagen nicht gestritten wurde. Sie waren nur grundsätzlich erlaubt und unterlagen lediglich einem Missbrauchsprinzip in Form lebensmittelrechtlicher Irreführungsverbote, zunächst nach § 17 LMBG und später nach § 11 LFGB. Während der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen damals zumeist auf dem Verständnis der Aussagen und ihrer wissenschaftlichen Absicherung lag, geht es jetzt vor allem um die Frage, ob eine Werbung überhaupt nährwert- oder gesundheitsbezogen ist – ist das der Fall, dann ist sie ohne Zulassung verboten. Daneben stehen verschiedene formale Feinheiten im Streit. Mit beiden Systemen kann man leben, sowohl als werbender Unternehmer als auch als Parteivertreter. Doch wer sich eine ganze Dekade mit der Rechtsprechung zur Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (VNGA) befasst, wird trotzdem den Eindruck nicht los, viele Urteile gehörten in die Kategorie der „Probleme, die ich früher noch nicht hatte“¹⁾. Die für die Praxis wahrscheinlich aufschlussreichsten dieser Probleme aus dem letzten Jahr sollen hier beleuchtet werden²⁾.

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2017

1. Bundesgerichtshof

- 2 Der Bundesgerichtshof hatte im vergangenen Jahr Gelegenheit, zu drei ganz verschiedenen Aspekten der nährwert- und gesundheitsbezogenen Lebensmittelwerbung Stellung zu nehmen. Es ging zunächst um die Übergangsregelung für eine Marke, die für ein Produkt verwendet wurde, das in der Zwischenzeit seinen rechtlichen Status gewechselt hatte (Rescue II, s. u. a). Dann war über eine Angabe zu entscheiden, die entweder nährwertbezogen oder geschmacksbezogen sein könnte (Märchensuppe, s. u. b). Schließlich hat sich das oberste deutsche Zivilgericht noch an der Einstufung eines Fremdworts als gesundheitsbezogen versucht (Detox, s. u. c). Ebenso unterschiedlich wie die Rechtsfragen dieser drei Fälle ist die Überzeugungskraft der drei Urteile im Detail.

a) BGH – Rescue II

- 3 In Sachen „Rescue II“ ging es erneut um Bachblüten-Präparate mit 27 % Alkohol. Mit diesen atypischen Lebensmitteln hatte der BGH sich schon vorher befassen müssen³⁾. Damals hatte er dem EuGH per Vorlagebeschluss die Frage gestellt, ob solche Erzeugnisse, von denen nur wenige Sprühstöße oder mit Wasser verdünnte Tropfen aufzunehmen sind, als „Getränke“ gelten können. Dazu hatte sich der EuGH zwar nicht geäußert⁴⁾. Der BGH

hatte dem EuGH aber auch die Frage vorgelegt, ob die Übergangsregel des Art. 28 Abs. 2 VNGA für Produkte mit Marken gelte, die vor dem 01.01.2005 nicht als Lebens-, sondern als Arzneimittel vertrieben wurden. Diese Frage hat EuGH inzwischen grundsätzlich bejaht, und zwar für „Produkte mit den gleichen materiellen Eigenschaften“⁵⁾. So kann es nicht überraschen, dass der BGH nach Rückkehr des Verfahrens in seinem „Rescue II“-Urteil ebenso entschied: „Änderungen der Aufmachung des Produkts und der Darreichungsform unter Beibehaltung seiner materiellen Eigenschaften (sind) irrelevant, (...) wenn ein von der Beklagten nunmehr als Lebensmittel vermarktetes Produkt mit den gleichen materiellen Eigenschaften und unter derselben Handelsmarke oder demselben Markennamen vor dem 01.01.2005 als Arzneimittel vertrieben worden ist“⁶⁾.

Dieses Urteil erscheint richtig. Denn die Übergangsregel des Art. 28 Abs. 2 VNGA dient dazu, Marken als Vermögenswerte vor einer sofortigen Entwertung zu schützen. Auf den rechtlichen Status des Produkts, das unter einer derart geschützten Marke in den Verkehr gebracht wird, kann es dann nicht ankommen. Für die Praxis wird die Entscheidung trotzdem kaum noch Bedeutung erlangen⁷⁾. Zum einen läuft der rund 15-jährige Übergangszeitraum im Januar 2022 ab, also schon bald. Zum anderen gibt es nur wenige Arzneimittel, die ihren Produktstatus zum Lebensmittel ändern und dann sozusagen rückwirkend von der Übergangsregel profitieren können. Die Kombination eines solchen Produkts mit einer Marke aus der Zeit vor 2005 ist dementsprechend sehr selten.

b) BGH – Märchensuppe

Das „Märchensuppe“-Urteil des BGH ist für die Praxis schon eher relevant⁸⁾. Eine Herstellerin von Trockensuppen mit mehr als 0,12 g Natrium pro 100 ml Suppe hatte auf ihren Verpackungen ausgelobt „Mild gesalzen – voller Geschmack“. An der Entscheidung der Vorinstanz, die darin eine nährwertbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA erkannt hatte⁹⁾, war von Seiten des BGH nichts auszusetzen. Danach kann man die Auslobung entweder als die im Anhang der VNGA aufgeführte nährwertbezogene Angabe „natriumarm/kochsalzarm“ begreifen, die als Bedingung einen Gehalt von nicht mehr als 0,12 g Natrium pro 100 g/ml verlangt¹⁰⁾. Oder man versteht die Auslobung als vergleichende nährwertbezogene Angabe i. S. v. Art. 9 Abs. 1 S. 1 VNGA mit der Bedeutung „weniger gesalzen“, für deren zulässige Verwendung jedoch nach jener Vorschrift der Unterschied im Salzgehalt hätte angegeben werden müssen¹¹⁾. Eine solche vergleichende Angabe liegt nach dem Verständnis des BGH nämlich bereits dann vor, „wenn sie auf einen erhöhten oder verminderten Nährstoffgehalt hinweist, ohne Vergleichsprodukte zu benennen“¹²⁾. Vor allem aber ist die aufgrund von Art. 9 Abs. 1 S. 2 VNGA vorgeschriebene Angabe des Unterschieds in der Menge des Nährstoffs nach dem Urteil des BGH so anzubringen, „dass der Durchschnittsverbraucher sie unschwer zur Kenntnis nehmen kann. Dies erfordert, wenn die Information nicht in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit der nährstoffbezogenen (sic!) Angabe erfolgt, mindestens einen im räumlichen Zusammenhang mit

1) Lied von *Bodo Wartke* aus dem Album „Klaviersdelikte“ (Noten und Text: <https://bodo.wartke.reimkultur-shop.de/bodo-wartke-klaviersdelikte-notenbuch-heft-6105641.html>; Musik: <https://bodowartke.reimkultur-shop.de/bodo-wartke-klaviersdelikte-set-2-cd-set-6105991.html>).

2) Aus verschiedenen Gründen weniger geeignet zur Beleuchtung sind folgende obergerichtliche Entscheidungen aus dem Jahr 2017: BGH, 30.01.2017 – I ZR 257/15, WRP 2017, 546 = LRE 74 Nr. 3, 48 – Mineralwasser; OLG Bamberg, 20.10.2017 u. 25.09.2017 – 3 U 117/17, WRP 2018, 585 u. 586 – W.-Collagen; KG, 18.07.2017 – 5 U 132/15, MD 2017, 828 – Schadstoffe; OLG Celle, 29.06.2017 – 13 U 52/17, MD 2017, 839 – Pro Leber Kapseln; OLG Bamberg, 29.05.017 – 3 U 170/16, MD 2017, 837 – Fortigel; OLG Frankfurt a. M., 03.04.2017 – 6 W 9/17, MD 2017, 620 – Good Feeling Power; KG, 17.03.2017 – 5 U 80/16, MD 2017, 592 – Aomori Kapseln; OLG Düsseldorf, 09.02.2017 – I 20 U 10/16, MD 2017, 427 – Hyaluronsäure-Kapseln.

3) BGH, 12.03.2015 – I ZR 29/13, WRP 2015, 721 = ZLR 2015, 484 = GRUR 2015, 611 = LRE 69, 271 – RESCUE-Produkte.

4) EuGH, 23.11.2016 – C-177/15, WRP 2017, 292, 294 = ZLR 2017, 338, 347, Rn. 49 – Nelsons.

5) EuGH, 23.11.2016 – C-177/15, WRP 2017, 292, 294 = ZLR 2017, 338, 347, Rn. 48 – Nelsons.

6) BGH, 21.09.2017 – I ZR 29/13, WRP 2018, 193, 195, Rn. 18 – Rescue II.

7) So auch *Kiontke*, ZLR 2017, 347, 349.

8) BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471 = ZLR 2018, 62 = MD 2017, 1151 – Märchensuppe.

9) OLG Karlsruhe, 17.03.2016 – 4 U 218/15, LMuR 2016, 179 = LRE 72, 270 – mild gesalzen.

10) BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471, 1473 = ZLR 2018, 62, 66 = MD 2017, 1151, 1152, Rn. 14–16 – Märchensuppe.

11) BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471, 1473 = ZLR 2018, 62, 66–67 = MD 2017, 1151, 1152, Rn. 17 u. 21 – Märchensuppe.

12) BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471, 1474 = ZLR 2018, 62, 68 = MD 2017, 1151, 1155, Rn. 25 – Märchensuppe.

der Angabe angebrachten Hinweis darauf, wo die Zusatzinformation aufgefunden werden kann. (...) Der Verbraucher wird angesichts einer auf der Verpackungsvorderseite hervorgehobenen, in unmittelbarem Zusammenhang nicht weiter erläuterten Angabe zum reduzierten Nährstoffgehalt im Unklaren über das Maß der Nährstoffreduktion gelassen. Ohne einen in Verbindung mit der Angabe gegebenen Hinweis darauf, an welcher Stelle der Verpackung diesbezügliche Zusatzinformationen zu finden sind, ist nicht sichergestellt, dass der Verbraucher die Informationen auffindet¹³).

- 6 Die Auslegung des BGH kann leider nicht überzeugen. Weder findet sich ein Anhaltspunkt dafür im Wortlaut der Norm. Im Gegenteil: Art. 9 Abs. 2 1 S. 2 VNGA trifft erkennbar keine Regelung, wo der Unterschied in der Nährstoffmenge anzugeben ist¹⁴). Dann muss es dem Kennzeichnungspflichtigen freistehen, wo er diese Informationen anbringt. Noch kann man einen solchen unmittelbaren Zusammenhang in die Vorschrift hineininterpretieren, jedenfalls nicht vor dem Hintergrund zahlreicher anderer lebensmittelrechtlicher Vorschriften, die eine Verbindung bzw. eine unmittelbare Nähe von Pflichtangaben gesetzlich vorschreiben, z. B. folgende Normen der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV): Art. 10 Abs. 1 i. V. m. Anhang III Nr. 2.1 („mit Süßungsmittel(n)“), 3.1 („enthält Süßholz“), 3.2 („enthält Süßholz – ...“), Art. 17 Abs. 2 (beschreibende Informationen zur Bezeichnung), Art. 17 Abs. 5 i. V. m. Anhang VI Nr. 4 lit. a) (sog. „Imitate“), Art. 22 Abs. 2 i. V. m. Anhang VIII Nr. 3 lit. b) (quantitative Angabe von Zutaten), Art. 24 Abs. 2 i. V. m. Anhang X Nr. 1 lit. b) (Mindesthaltbarkeitsdatum), Art. 30 Abs. 1 S. 2 (Angabe zum Salzgehalt), Art. 32 Abs. 5 (Erklärung zur Referenzmenge), Art. 33 Abs. 4 (Portion/Verzehreinheit), Art. 34 Abs. 5 (vernachlässigbare Nährwerte). Mit anderen Worten: Es gibt diverse Fälle, in denen der Gesetzgeber zur Information in unmittelbarem Zusammenhang verpflichtet, und solche, in denen er das nicht tut. Art. 9 Abs. 1 S. 2 VNGA gehört zu letzteren. Schließlich wird man interessierten Verbrauchern nicht gerecht, wenn man ihnen nicht zutraut, Pflichtangaben auf einer Suppentüte zu finden, die doch gerade einmal zwei Seiten hat. Mit dem Leitbild des verständigen Verbrauchers, der Pflichtangaben liest¹⁵), ist das Urteil des BGH jedenfalls nicht in Einklang zu bringen. Wer sich in der Praxis dennoch daran orientieren will, muss auf seinen Packungen ggf. vermehrt mit Sternchenhinweisen oder Fußnoten arbeiten.

c) BGH – Detox

- 7 Mit der Bezeichnung „Detox“ dürfte es nach der gleichnamigen BGH-Entscheidung jedenfalls für Kräutertees vorbei sein¹⁶). Denn der BGH meint in seinem Hinweisbeschluss nach § 522 ZPO nicht nur, diese Bezeichnung sei gesundheitsbezogen i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA, er sieht sie auch als spezielle gesundheitsbezogene Angabe an und nicht als allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, stellt der BGH zwei Hypothesen auf. Zunächst ersetzt er den streitgegenständlichen Begriff „Detox“ durch die Worte „(zur) Entgiftung“, was an und für sich schon problematisch ist: Er beurteilt also gar nicht „Detox“, sondern „(zur) Entgiftung“. Dann führt er aus, diese Worte – also „(zur) Entgiftung“, nicht „Detox“(!) – enthielten „eine Aussage über

spezielle physiologische Wirkungen, die als solche messbar und damit hinreichend spezifisch und wissenschaftlich nachweisbar“ seien¹⁷). Weil „Detox“ aber für Kräutertee nicht zugelassen ist, war die Bezeichnung zu untersagen.

Sucht man nach einer stichhaltigen Begründung für diese Einschätzung, dann bekommt man eine Fehlzanzeige! Stattdessen türmen sich Fragen auf wie diese: Was genau soll hier messbar sein? Wie könnte „(zur) Entgiftung“ wissenschaftlich nachgewiesen werden? Was wird entgiftet und in welchem Umfang; um welche Gifte geht es? Und was hat das mit „Detox“ zu tun? Kann etwa „Detox“ nachgewiesen werden? Die zur Beantwortung dieser Frage berufenen Wissenschaftler der Europäischen Lebensmittelsicherheitsbehörde haben die einzig richtige Antwort zu „detoxifying“, „detoxificant“ und „detoxification“ bereits gegeben: „the claimed effect is general and non-specific and does not refer to any specific health claim“¹⁸) (die behauptete Wirkung [„Detox“] ist allgemein und unspezifisch und bezieht sich nicht auf eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe). Auch am Maßstab, den der BGH selbst zur Abgrenzung allgemeiner gesundheitsbezogener Verweise von speziellen gesundheitsbezogenen Angaben aufgestellt hat, muss seine Beurteilung im konkreten Fall scheitern; danach sind Verweise solche Aussagen, die „aufgrund ihrer allgemeinen und unspezifischen Formulierung (...) nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein könnten“¹⁹). Und jeder Praktiker weiß: „Detox“ kann nie und nimmer Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein. So bleibt am Ende ein schlechter Nachgeschmack und die Erkenntnis: Auch mit den besten Wissenschaftlern der EU im Rücken und der Rechtsprechung des BGH gepolstert, kann man in Karlsruhe einen Tiefschlag erleben. Für den Kräutertee im konkreten Fall mag das gerechtfertigt sein, bei anderen Lebensmitteln, z. B. Nahrungsergänzungsmitteln, die Vitamine und Mineralstoffe enthalten, welche sich gesundheitsbezogen bewerben lassen, wäre es das nicht.

2. OLG Bamberg – Blutorangenextrakt

Mit seinem „Blutorangenextrakt“-Hinweisbeschluss hat das OLG Bamberg zum Verständnis einer Norm beigetragen²⁰), zu der es bisher wenig Rechtsprechung gab²¹), nämlich Art. 12 lit. b) VNGA. Danach sind gesundheitsbezogene „Angaben über Dauer und Ausmaß der Gewichtsabnahme“ verboten, die nach Art. 13 Abs. 1 lit. c) VNGA von Gesetzes wegen als gesundheitsbezogen gelten, obwohl die Schlankeheit an und für sich unabhängig von der Gesundheit eines Menschen ist²²). Im konkreten Fall ging es um die Bewerbung eines Blutorangenextrakt-haltigen Nahrungsergänzungsmittels namens „J. Contour 3 Aktiv Kapseln“ mit den Aussagen „12 Wochen 3,8 Kilo weniger“, „Taillenumfang 7 cm weniger“, „Hüftumfang 6 cm weniger“ und „das sind bis zu zwei Kleidergrößen“. Obwohl das Gericht klar erkennt, dass solche Anpreisungen zu Dauer und Ausmaß einer Gewichtsabnahme nach Art. 12 lit. b) VNGA unzulässig sind²³), begründet es seine Entscheidung zusätzlich wie folgt: Die Werbung impliziere qua

17) BGH, 29.03.2017 – I ZR 71/16, MD 2017, 578, 580, Rn. 15 – Detox.

18) Scientific Opinion on the substantiation of health claims related to various food (s)/food constituent(s) claiming biotransformation of xenobiotic substances vom 9.7.2010, EFSA Journal 2010;8(10):1733, S. 6 u. 9.

19) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179, 1181 = ZLR 2013, 695, 699, Rn. 13 – Vitalpilze; vgl. auch Meisterernst, WRP 2018, 397, 399 Rn. 21.

20) OLG Bamberg, 03.11.2017 – 3 U 118/17, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-138109?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> MD 2018, 44 – Blutorangenextrakt.

21) Vgl. OLG Celle, 01.10.2009, MD 2009, 1130 – 20 Pfund in 6 Wochen und vor allem das umstritten Urteil OLG Frankfurt a. M., 16.04.2009 – 6 U 238/08, n. v. – Bauch weg; vgl. dazu Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 111, Art. 12 VNGA Rn. 8.

22) Vgl. Zipfel/Rathke (Fn. 21), C 111, Art. 2 VNGA Rn. 47.

23) OLG Bamberg, 03.11.2017 – 3 U 118/17, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-138109?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 12 = MD 2018, 44, 45 – Blutorangenextrakt (im Beschluss wird die Norm allerdings fälschlich mit lit a) wiedergegeben).

13) BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471, 1475 = ZLR 2018, 62, 70 = MD 2017, 1151, 1156-1157, Rn. 34 – Märchensuppe.

14) Vgl. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims, Art. 9 VNGA Rn. 37 u. Seehafer, VNGA Kommentar, 1. Aufl. 2015, Art. 9 VNGA Rn. 4; ebenso auch Liebmann, ZLR 2018, 71, 74.

15) Vgl. nur EuGH, 04.04.2000 – C-456/98, LRE 38 Nr. 22, 130, 135 = ZLR 2000, 317, 322 – d'arbo naturrein sowie LRE 35 Nr. 48, 257, 259 = ZLR 1999, 39, 42 – Stopfleberzubereitung.

16) BGH, 29.03.2017 – I ZR 71/16, MD 2017, 578 – Detox.

Gewichtsreduzierung einen „Wirkungszusammenhang zwischen der Einnahme des Produkts und dem Fettstoffwechsel“²⁴⁾, was einen mittelbaren Gesundheitsbezug i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA zum Ausdruck bringe, für den es jedoch keine allgemein anerkannten wissenschaftlichen Nachweise gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a) VNGA gab. Im Übrigen seien die Aussagen weder für das Produkt noch für den darin enthaltenen Blutorangenextrakt zugelassen²⁵⁾.

- 10 An dieser Entscheidung lässt sich im Ergebnis kaum etwas aussetzen. Die doppelt und dreifach genährte Begründung wäre nicht nötig gewesen und der Bezug zum Fettstoffwechsel erscheint relativ weit hergeholt. Allein das Verbot des Art. 12 lit. b) VNGA hätte ausgereicht, die erkennbar schlankheitsbezogene Werbung zu untersagen. Schade ist, dass das OLG Bamberg nicht ausdrücklich zu der spannenden Frage Stellung genommen hat, ob das Wort „und“ in der Vorschrift ernst zu nehmen ist, d. h. ob allein Angaben über Dauer **und** Ausmaß der Gewichtsabnahme unzulässig sind²⁶⁾, oder – entgegen dem Wortlaut – auch solche, die nur die Dauer bzw. nur den Umfang der Abnahme betreffen²⁷⁾. Betrachtet man die streitigen Aussagen näher, die teilweise nur den Taillen- und den Hüftumfang ansprechen, ohne die Dauer der Abnahme zu erwähnen, dann muss man die Bamberger Entscheidung wohl so verstehen, dass einzelne Schlankheitsbezüge für einen Gesetzesverstoß ausreichen. Damit wird die Luft für zulässige Schlankheitswerbung im Ergebnis dünner.

3. OLG Celle – Regeneration

- 11 Das OLG Celle hat mit seinem „Regenerations“-Hinweisbeschluss einen Pflock zu einer Vorschrift eingeschlagen²⁸⁾, zu der bislang noch gar keine Entscheidung bekannt war, nämlich Art. 12 lit. a) VNGA. Diese in der Praxis wenig bekannte Norm verbietet „Angaben, die den Eindruck erwecken, durch den Verzicht auf das Lebensmittel könnte die Gesundheit beeinträchtigt werden“. Das Lebensmittel „A. Vitalkost“ für kalorienarme Ernährung zur Gewichtsverringerung war unter der Überschrift „Mit A. nach Rio de Janeiro“ mit 12 Aussagen angepriesen worden, darunter auch „A., um die Muskeln mit dringend benötigtem Eiweiß zu versorgen und die Regeneration zu optimieren. Normale Mahlzeiten reichen hierbei kaum aus“. Diese Werbung hielt das Gericht für unzulässig gemäß Art. 12 lit. a) VNGA, „weil die Beklagte hiermit den Eindruck erweckt, dass der Verzicht auf das Lebensmittel A die Gesundheit beeinträchtigen könne. (...) Die angesprochenen Verkehrskreise verstehen die Aussage ‚normale Mahlzeiten reichen hierbei kaum aus‘ in diesem Zusammenhang dahingehend, dass die Einnahme von A. anstelle bzw. zusätzlich zu solchen [normalen] Mahlzeiten erforderlich ist und bei einem Verzicht hierauf gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen“²⁹⁾. In diesem Punkt ist die Entscheidung zweifellos korrekt. Genau solche Werbeaussagen sollen durch Art. 12 lit. a) VNGA verboten werden. Es handelt sich bei der Norm letztlich um eine spezielle Ausprägung des Irreführungsverbots³⁰⁾ und die implizite Behauptung, ein einzelnes Lebensmittel sei unverzichtbar, ist schlicht falsch.

24) OLG Bamberg, 03.11.2017 – 3 U 118/17, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-138109?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 9 = MD 2018, 44 – Blutorangenextrakt.

25) OLG Bamberg, 03.11.2017 – 3 U 118/17, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-138109?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 22 = MD 2018, 44 – Blutorangenextrakt.

26) So OLG Frankfurt a. M., 16.04.2009 – 6 U 238/08, n. v. – Bauch weg, zustimmend Seehafer (Fn. 14), Art. 12 VNGA Rn. 3.

27) Dafür Meisterernst/Haber (Fn. 14), Art. 12 VNGA Rn. 7, Zipfel/Rathke (Fn. 21), C 111, Art. 12 VNGA Rn. 8 u. Holle/Hüttebräuker, HCVO, 1. Aufl. 2018, Art. 12 VNGA Rn. 7.

28) OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, MD 2017, 1189 – Regeneration; bestätigt durch OLG Celle, 01.11.2017 – 13 U 78/17, MD 2018, 47 – Regeneration.

29) OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, MD 2017, 1189, 1193 – Regeneration.

30) So auch Seehafer (Fn. 14), Art. 12 VNGA Rn. 3; a. A. Meisterernst/Haber (Fn. 14), Art. 12 VNGA Rn. 2, die darin ein spezialgesetzliches Angstverbot sehen.

Von besonderer praktischer Bedeutung sind daneben auch die Ausführungen des OLG Celle zu der weiteren Werbeaussage „Es optimiert die Regeneration“. Das Gericht stuft diese Worte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH³¹⁾ völlig richtig als allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA ein: „weil diese Aussage zwar auf das durch die Einnahme des Mittels zu unterstützende bzw. zu steigernde gesundheitliche Wohlbefinden Bezug nimmt, nicht aber auf bestimmte dadurch zu fördernde Funktionen des Körpers“³²⁾. Die Vorschrift verlangt, dass solchen Hinweisen eine zugelassene „spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist“. Wie genau „beigefügt“ werden kann oder soll, ergibt sich aus dem Gesetz selbst nicht³³⁾. Die auf Art. 10 Abs. 4 VNGA beruhenden Leitlinien aus dem Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24.01.2013 (2013/63/EU)³⁴⁾ führen dazu unter Nr. 3 aus, die gesundheitsbezogene Angabe müsse „neben oder unter“ dem Verweis angebracht werden, was jedoch in der Praxis gar nicht immer möglich ist, z. B. bei der Hörfunkwerbung³⁵⁾. Im konkreten Fall führt das OLG Celle dazu aus: „Nach seiner sprachlichen Bedeutung besagt das Wort ‚beifügen‘, dass die gesundheitsbezogene Angabe mit dem Verweis räumlich zu verbinden ist, also unmittelbar neben bzw. unter oder zumindest in der Nähe des Verweises erscheinen muss. Deshalb dürfen sich zwischen dem Verweis und der Angabe keine anderen Angaben oder graphischen Elemente befinden, die eine Zuordnung der beiden Elemente behindern“³⁶⁾. In diesem Punkt erscheint die Entscheidung doch kritikwürdig, weil die verlangten Anforderungen deutlich über den Gesetzeswortlaut, aber auch die Leitlinien hinausgehen. Ein verständiger Verbraucher, der Pflichtangaben liest³⁷⁾, kann eine beigefügte gesundheitsbezogene Angabe außerdem auch dann wahrnehmen, wenn sich zwischen ihr und einem allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis noch andere Angaben und Elemente befinden. Eine spezielle Zuordnung von Angabe und Verweis ist durch Art. 10 Abs. 3 VNGA ausdrücklich nicht vorgeschrieben und auch keine unmittelbare Verbindung bzw. Nähe wie bei anderen verpflichtenden Informationen im Lebensmittelrecht (s. o. II. 1. b).

4. OLG Hamburg – HMB

Das „HMB“-Urteil des OLG Hamburg ist vor allem unter einem Gesichtspunkt interessant³⁸⁾. Ein Nahrungsergänzungsmittel „B.“ für Kraftsportler mit Beta-Hydroxy-beta-methylbutyrat (HMB) war mit insgesamt 22 Aussagen beworben worden, darunter z. B. „für mehr Muskelwachstum“ und „fördert nachweislich den Muskelaufbau“, aber auch „B. ist echt revolutionär!“ David Hoffmann“. Insgesamt 21 Werbeaussagen stuft das Gericht als gesundheitsbezogen i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ein und verbot sie gemäß Art. 10 Abs. 1 VNGA mangels Zulassung solcher Angaben für HMB, einen Metaboliten der essentiellen Aminosäure Leucin³⁹⁾. Die Beklagte konnte sich insbesondere nicht auf zugelassene Angaben zu Proteinen stützen, weil das Gericht insoweit differenzierte: „Aminosäuren sind zwar Bausteine von Proteinen. Die für Proteine zugelassenen Claims können aber nicht für deren einzelne Bestandteile oder gar (...) für Stoff-

31) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179, 1181 = ZLR 2013, 695, 699, Rn. 13 – Vitalpilze.

32) OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, MD 2017, 1189, 1190 – Regeneration.

33) Vgl. auch Holle/Hüttebräuker (Fn. 27), Art. 10 VNGA Rn. 66.

34) Vgl. dazu Meisterernst/Haber (Fn. 14), Art. 12 VNGA Rn. 32–36.

35) Vgl. nur Seehafer (Fn. 14), Art. 10 VNGA Rn. 10.

36) OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, MD 2017, 1189, 1191 – Regeneration unter Berufung auf Zipfel/Rathke (Fn. 21), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 41; kritisch dazu jedoch Meisterernst/Haber (Fn. 14), Art. 10 VNGA Rn. 24g.

37) Vgl. nur EuGH, 04.04.2000 – C-456/98, LRE 38 Nr. 22, 130, 135 = ZLR 2000, 317, 322 – „d’arbo naturel“ sowie LRE 35 Nr. 48, 257, 259 = ZLR 1999, 39, 42 – Stopfleberzubereitung.

38) OLG Hamburg, 03.08.2017 – 3 U 130/16, MD 2017, 930 – HMB.

39) OLG Hamburg, 03.08.2017 – 3 U 130/16, MD 2017, 930, 941 – HMB.

wechselprodukte dieser Bausteine/Aminosäuren Gültigkeit beanspruchen“⁴⁰⁾. Daran lässt sich angesichts der Formstrenge des Werbeverbots wohl nichts aussetzen.

- 14 Der interessante Gesichtspunkt der Entscheidung des OLG Hamburg liegt jedoch auf der 22. Werbeaussage; sie wurde vom Vorwurf der Unzulässigkeit freigesprochen, und zwar mit folgender Begründung: „Bei der (...) Angabe ‚B. ist echt revolutionär! David Hoffmann‘ handelt es sich allerdings nicht um eine gesundheitsbezogene Angabe. Zwar verweist der Antragsteller auf den werblichen Zusammenhang. Der ist aber separat angegriffen. Eine zur Irreführung geeignete Verkehrsvorstellung ist nicht vorgetragen. Insoweit hat die Berufung der Antragsgegnerin Erfolg“⁴¹⁾. Das mag aus sich heraus schwer verständlich sein. Wer jedoch Bilder des Bodybuilders aus Kirchheimbolanden kennt, der in den letzten 18 Jahren zahlreiche Wettbewerbe bis hin zur Amateur-Olympiade gewonnen hat, dem können bei dieser Interpretation der Werbung doch Zweifel kommen. Trotzdem sollte man das Urteil auch in diesem Punkt positiv bewerten: Es gibt noch Aussagen, die gerichtlich nicht verboten werden; insoweit kann die Entscheidung aus Hamburg den werbenden Unternehmen ein Beispiel und Hoffnung geben.

5. OLG Düsseldorf – Bachblüten

- 15 Vor dem OLG Düsseldorf wurde in Sachen „Bachblüten“ vorrangig um die Frage gestritten, ob die Bezeichnungen „Ruhe und Gelassenheit“, „Friedliche Nacht“, „Kraft und Stärke“ und „Klarheit und Ausdauer“ für Pastillen gesundheitsbezogen i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA sind⁴²⁾. Das Gericht bejaht diese Frage und führt in seiner Entscheidung zunächst, eher schablonenartig, die einschlägigen Vorschriften sowie dazu ergangene Rechtsprechung an⁴³⁾. Anschließend begründet es seine Einstufung aller vier Produktbezeichnungen als spezielle gesundheitsbezogene Angaben wie folgt: „Ruhe und Gelassenheit: Entgegen der Ansicht des Landgerichts geht es hier nicht um eine allgemeine, das Wohlbefinden betreffende Werbung, sondern die konkrete Behauptung, durch den Verzehr der jeweils beworbenen Mittel erreiche man einen ruhigen und gelassenen Zustand. Angesichts des Umstands, dass derartige Wirkungen auch mit bestimmten Arzneimitteln erreicht werden können, wird die Angabe als spezifische gesundheitsbezogene angesehen. ‚Friedliche Nacht‘: Erst recht muss das für die Bezeichnung ‚Friedliche Nacht‘ gelten, mit der konkret behauptet wird, der Verzehr der damit beworbenen Mittel trage zu einem ruhigen und erholsamen Schlaf bei. ‚Kraft und Stärke‘: Auch die Werbung mit ‚Kraft und Stärke‘ suggeriert eine spezifische Wirkung. Bei einem Lebensmittel ohne nennenswerten Nährwert (Kaugummis/Pastillen) wird der Verkehr diese Angabe auf den seelischen Zustand beziehen. Auch insoweit liegt aber eine spezifische Wirkungsbehauptung bezogen auf den seelischen Zustand vor, die tatsächlich Bachblüten-Präparaten unstreitig nicht zu kommt. ‚Klarheit und Ausdauer‘: Nichts anderes gilt für das Versprechen, durch den Verzehr der Produkte ‚Klarheit und Ausdauer‘ zu erlangen und damit eine spezifische seelische Folge als Folge des Verzehrs dazustellen. Auch insoweit wird nicht ein Lifestyle-Produkt auf esoterischer Basis beworben, sondern den Bachblüten wird eine spezifische Wirkung zugeschrieben. Dem Verbot kann auch nicht entgegeng gehalten werden, der Durchschnittsverbraucher wisse, dass es sich bei Bachblüten-Produkten um ein rein esoterisches, nicht evidenzbasiertes Produkt handelt. Dies unterstellt, dass sich der Durchschnittsverbraucher mit den Besonderheiten der Bachblüten-Produkte auskennt. Dies kann aber nicht unterstellt

werden, zumal dem Verkehr eine Vielzahl von Nahrungsergänzungsmitteln auf pflanzlicher Basis bekannt sein dürften, die sehr wohl eine wissenschaftlich abgesicherte Wirkung haben“⁴⁴⁾.

Inhaltlich überzeugen kann diese Begründung aus mehreren Gründen nicht. Der Vergleich mit Arzneimittelwirkungen widerspricht den Vorgaben des Gesetzgebers. So lässt sich beispielsweise ein Vitamin C-Mangel nicht nur durch Arzneimittel beseitigen, sondern auch durch den Verzehr von Apfelsinen, und Kaffee kann ebenso den Kreislauf anregen wie ein Antihypotonikum. Die beiden Lebensmittel haben somit dieselben Wirkungen wie Arzneimittel, bleiben aber dennoch Lebensmittel. Vor allem aber unterscheiden sich spezielle gesundheitsbezogene Angaben i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA von allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweisen i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA nach der Rechtsprechung des BGH durch ihre Zulassungsfähigkeit⁴⁵⁾. Wenn beispielsweise „Es optimiert die Regeneration“ in diesem Sinne unspezifisch ist⁴⁶⁾, dann muss das auch für die vier hier streitigen Produktbezeichnungen gelten. Sie können bestimmt nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein. Schließlich lässt sich „Friedliche Nacht“ vielleicht entfernt mit einem „ruhigen und erholsamen Schlaf“ assoziieren, eine entsprechende Wirkung suggeriert der Produktname aber nicht ohne Weiteres. Auch „Kraft und Stärke“ sind wohl eher als physische Eigenschaften bekannt und weniger als seelische Zustände, jedenfalls implizieren die Begriffe an und für sich keine „spezifische Wirkungsbehauptung“, bei der man etwa einen dosisabhängigen Effekt nachweisen könnte. Man darf bei der Frage des richtigen Verständnisses dieser Bezeichnungen nämlich nicht vergessen, dass solche Aussagen nach ihrem Gesamtzusammenhang zu beurteilen sind⁴⁷⁾ und die Pastillen klar als Bachblüten zu erkennen waren. Es ist deswegen auch viel wahrscheinlicher, dass verständige Durchschnittsverbraucher die esoterischen Präparate richtig verstehen, ganz unabhängig davon, ob es wirklich eine Vielzahl von pflanzlichen Nahrungsergänzungsmitteln mit wissenschaftlich nachgewiesener Wirkung gibt. Das Urteil lässt sich kritisieren. Es hat den Anschein, als habe man die Bezeichnungen unbedingt verbieten wollen, ohne dafür jedoch stichhaltige Argumente finden zu können. Dass es gleichwohl zu solchen Entscheidungen kommen kann, muss der werbenden Praxis als Warnung dienen.

6. KG – ArterioClean

17 Dass der Name „ArterioClean“ für ein Nahrungsergänzungsmittel eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ist, konnte das Berliner KG mit einleuchtender Begründung entscheiden⁴⁸⁾. Denn der Verkehr misst dem Produkt „aufgrund seiner Bezeichnung eine die Arterien reinigende Funktion zu. (...) Der Verbraucher erwartet von einem Produkt ‚ArterioClean‘ mithin eine Reinigung der Arterien im Sinne zumindest einer Verhinderung der Arterien- oder Gefäßverkalkung“⁴⁹⁾. Gegen diese Interpretation der Produktbezeichnung lässt sich kaum etwas einwenden, zumal das beklagte Lebensmittelunternehmen sein Produkt im Fernsehen letztlich auch genau so präsentiert hatte. Nur wenn die Bezeichnung als allgemeiner gesundheitsbezogener Verweis i. S. v. Art. 10 Abs. 3 VNGA eingestuft worden wäre, hätte sie Überlebenschancen gehabt. Diesen Punkt hat das Gericht aber nicht weiter thematisiert.

40) OLG Hamburg, 03.08.2017 – 3 U 130/16, MD 2017, 930, 943 – HMB.

41) OLG Hamburg, 03.08.2017 – 3 U 130/16, MD 2017, 930, 946 – HMB.

42) OLG Düsseldorf, 20.07.2017 – I-20 U 120/16, MD 2017, 924 – Bachblüten.

43) OLG Düsseldorf, 20.07.2017 – I-20 U 120/16, MD 2017, 924, 927 – Bachblüten.

44) OLG Düsseldorf, 20.07.2017 – I-20 U 120/16, MD 2017, 924, 929 – Bachblüten.

45) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179, 1181 = ZLR 2013, 695, 699, Rn. 13 – Vitalpilze; vgl. auch *Meisterernst*, WRP 2018, 397, 399 Rn. 21.

46) OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, MD 2017, 1189, 1190 – Regeneration.

47) Vgl. nur EuGH, 04.06.2015, C-195/14, WRP 2015, 847 = ZLR 2015, 470 – Himbeer-Vanille-Abenteuer; BGH, 03.04.2003 – I ZR 203/00, WRP 2003, 883 = ZLR 2003, 487 – L-Glutamin; vgl. auch *Holle/Hüttebräuer* (Fn. 27), Art. 10 VNGA Rn. 54 m. N.

48) KG, 06.01.2017 – 5 U 137/15, MD 2017, 284 – ArterioClean.

49) KG, 06.01.2017 – 5 U 137/15, MD 2017, 284, 285 – ArterioClean.

18 Von praktischem Interesse ist das Berliner Urteil denn auch eher wegen einer anderen Facette. Das Produkt enthielt nämlich signifikante Mengen an Vitamin C, Vitamin B1, Vitamin K und Eisen. Für diese Nährstoffe sind nach der VO (EU) Nr. 432/2012 zahlreiche gesundheitsbezogene Angaben zugelassen, u. a. zu Wirkungen auf Blut, Kreislauf und Gefäße. Diese Zulassungen rechtfertigen jedoch nach Ansicht des Gerichts nicht die Verwendung der streitigen Produktbezeichnung, insbesondere nicht über Erwägungsgrund Nr. 9 der Verordnung. Danach sollen auch „aus Verbrauchersicht gleichbedeutende“ Wortlaute gesundheitsbezogener Angaben von der Zulassung erfasst sein⁵⁰. Vor diesem Hintergrund urteilt das KG unter Hinweis auf den strengen Prüfungsmaßstab aus der Rechtsprechung des BGH⁵¹: „Die Beklagte erläutert jedoch nicht, wie diese zulässigen Aussagen die gewählte Produktbezeichnung stützen sollen. Es kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass die Produktbezeichnung aus der maßgeblichen Verbrauchersicht etwa gleichbedeutend wäre mit dem Inhalt dieser zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben (...). ... Die zulässigen Aussagen über Vitamin C, Vitamin B1, Vitamin K sowie Eisen bleiben hinsichtlich der Art der Wirkung und des Wirkungsgrades deutlich hinter dem Gehalt der beanstandeten Produktbezeichnung zurück, ohne dass zu erkennen ist, welche berechtigten Interessen der Beklagten diese Übertreibungen und Verfälschungen rechtfertigen sollen“⁵²). Natürlich bezogen sich die zugelassenen Angaben auch nur auf die einzelnen Nährstoffe und nicht auf das Produkt selbst⁵³. Deswegen ließ sich die Produktbezeichnung nicht über die beigefügten Angaben retten. Beim Umformulieren zugelassener gesundheitsbezogener Angaben ist also auch in Zukunft erhebliche Vorsicht angebracht. Entweder man bleibt ganz eng am zugelassenen Wortlaut oder man verwendet unumstrittene allgemeine gesundheitsbezogene Verweise und fügt ihnen passende spezielle gesundheitsbezogene Angaben in der gesetzlich vorgesehenen Formulierung bei.

7. OLG Hamburg – Gut für die Stimme

19 Die „Gut für die Stimme“-Entscheidung gilt bei einigen Fachleuten als „Urteil des Jahres“⁵⁴. Die Beklagte hatte Hustenbonbons beworben mit der Aussage „Gut für die Stimme. Gut für die Stimmung“. Die Bonbons enthielten u. a. Menthol, Eukalyptus und Salbei; die Werbung bezog sich aber allein auf die Bonbons und nicht auf einzelne Zutaten. Nur der erste Teil der Aussage stand im Streit. Das Gericht stufte „Gut für die Stimme“ im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 VNGA und die dort genannten „Körperfunktionen“⁵⁵ als spezielle gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ein⁵⁶. Zur Begründung heißt es in dem Urteil: „Zu den ‚Körperfunktionen‘ gehören alle Funktionen menschlicher Organe, also auch des Stimmapparats, d. h. von Kehlkopf, Stimmbändern und Stimmlippen. Mit der Bezugnahme auf die Stimme wird durch die Angabe ‚Gut für die Stimme‘ deutlich gemacht, dass sich die beworbenen Hustenbonbons positiv auf die Stimme, d. h. auf die Körperfunktion der Stimmbildung bzw. den Stimmapparat auswirken. Dass Angaben mit der Formulierung ‚gut für‘, welche in Bezug auf Körperfunktionen verwendet werden, als gesundheitsbezogen verstanden werden, zeigt u. a. die Pressemit-

teilung der EU-Kommission vom 16.05.2006 zu der als gesundheitsbezogen angesehenen Angabe ‚calcium is good für your bones‘⁵⁷). Aufgrund dieses Bezugs auf eine Körperfunktion gelangte das OLG Hamburg auch zu dem Ergebnis, dass die Werbung eine spezifische gesundheitsbezogene Angabe ist und kein allgemeiner gesundheitsbezogener Verweis⁵⁸). Diese Einstufung begründet das Gericht wie folgt: „Die Angabe ‚Gut für die Stimme‘ ist bereits bei isolierter Betrachtung im vorgenannten Sinne spezifisch gesundheitsbezogen. Sie suggeriert dem angesprochenen Verkehr, dass das Produkt X-Hustenbonbons an sich der Stimme bzw. dem Stimmapparat förderlich ist, und zwar ohne dass auf die konkreten Inhaltsstoffe der jeweiligen Produktvariante abgestellt wird. (...) In der streitgegenständlichen Angabe ‚Gut für die Stimme‘ steckt aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs die Behauptung, dass der Konsum der beworbenen Hustenbonbons positive Auswirkungen auf die Körperfunktion der Stimmbildung, d. h. auf Kehlkopf, Stimmbänder und Stimmlippen habe. Diese Behauptung ist der wissenschaftlichen Absicherung zugänglich, so dass es sich um eine spezifische gesundheitsbezogene Angabe gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. Abs. 5 VNGA handelt“⁵⁹). Mangels Zulassung als gesundheitsbezogene Angabe war die Werbung entsprechend zu verbieten.

8. VG München – Figur Fit

Das „Figur Fit“-Urteil des VG München fällt ein wenig aus der Reihe der hier beleuchteten Entscheidungen⁶⁰), erscheint dabei aber als echter Lichtblick. Ein Unternehmen vermarktete unter der Bezeichnung „Figur Fit“ einen Mate- und einen Kräutertee. Die zuständige Überwachungsbehörde erließ einen Auflagenbescheid, mit dem sie das Unternehmen verpflichtete, die Kennzeichnung der Produkte zu ändern, weil sie die Produktbezeichnung für eine nicht zugelassene gesundheitsbezogene Angabe hielt; gleichzeitig untersagte sie die Auslobung „Figur Fit“⁶¹). Dagegen erhob das Unternehmen Anfechtungsklage – und gewann. Das VG München hielt die Anordnung nach sorgfältiger Prüfung für unverhältnismäßig⁶²). Dafür gab das Gericht folgende, überaus differenzierte Begründung: „Eine gesundheitsbezogene Angabe nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA liegt nicht lediglich in der isolierten Bezeichnung ‚Figur Fit‘. Jedoch ist aufgrund der konkreten Gesamtaufmachung der streitgegenständlichen Produkte sowohl in der ursprünglich beanstandeten Version, als auch in den Änderungsvorschlägen der Klägerin eine gesundheitsbezogene Angabe anzunehmen. (...) Entgegen der Ansicht des Beklagtenvertreters ist jedoch der abstrakte Begriff ‚Figur Fit‘ auf einem Teeprodukt nicht in jedem Zusammenhang geeignet, um einen Bezug zu Gewichtskontrolle bzw. -verlust herzustellen. Zwar verweist der Begriff ‚Figur‘ auf die Körperform, jedoch könnte eine fitte Figur nicht ohne Weiteres mit einem Gewichtsverlust gleichgesetzt werden. Durch eine andere Gesamtaufmachung der Teepackungen könnte das Begriffspaar ‚Figur Fit‘ durchaus zulässig sein. Eine fitte Figur könnte beispielhaft auch mit einer muskulösen Figur (Muskelaufbau) verbunden werden, womit der vom Beklagtenvertreter automatisch angenommene abstrakte Bezug des Begriffspaares ‚Figur Fit‘ zum

50) Vgl. dazu Hahn, ZLR 2013, 4, Zipfel/Rathke (Fn. 21), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 43-46 sowie Meisterernst/Haber (Fn. 14), Art. 10 VNGA Rn. 4a-4b u. Holle/Hüttebräuker (Fn. 27), HCVO, 1. Aufl. 2018, Art. 3 VNGA Rn. 17.

51) BGH, 10.12.2015 – I ZR 222/13, WRP 2016, 471 = ZLR 2016, 365 – Lernstark.

52) KG, 06.01.2017 – 5 U 137/15, MD 2017, 284, 288 – ArterioClean.

53) KG, 06.01.2017 – 5 U 137/15, MD 2017, 284, 288-289 – ArterioClean.

54) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489 = ZLR 2018, 365 – Gut für die Stimme; der Autor war an dem Verfahren nicht unbeteiligt, weshalb das Urteil hier nur vorgestellt, aber nicht kommentiert werden soll; vgl. dazu Meisterernst, WRP 2018, 397 u. Holle, ZLR 2018, 379.

55) Vgl. dazu Seehafer (Fn. 14), Art. 13 VNGA Rn. 4 sowie Zipfel/Rathke (Fn. 21), C 111, Art. 13 VNGA Rn. 22-23 u. Holle/Hüttebräuker (Fn. 27), Art. 13 VNGA Rn. 20.

56) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489, 491-492 Rn. 40 u. 43 = ZLR 2018, 365, 371 – Gut für die Stimme.

57) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489, 492 Rn. 47 = ZLR 2018, 365, 372 – Gut für die Stimme.

58) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489, 492 Rn. 54 u. 57-58 = ZLR 2018, 365, 373-374 – Gut für die Stimme; kritisch dazu Meisterernst, WRP 2018, 397, 401 Rn. 37; differenzierend Holle, ZLR 2018, 379, 380.

59) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489, 493 Rn. 57-57 = ZLR 2018, 365, 374 – Gut für die Stimme.

60) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> – Figur Fit.

61) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 9 – Figur Fit.

62) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 19, 35 u. 37 – Figur Fit.

Gewichtsverlust verwischt wäre⁶³). Mit anderen Worten: Die Angabe „Figur Fit“ kann je nach dem Gesamtzusammenhang in dem einen oder anderen Sinne gesundheitsbezogen sein; vielleicht gibt es sogar Umstände, in denen kein Gesundheitsbezug erkennbar wird. Obwohl das Gericht im konkreten Fall einen gesundheitsbezogenen Eindruck feststellte⁶⁴), erkannte es doch in dem ausgesprochenen abstrakten Verbot einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. „Der Klägerin muss es möglich bleiben, soweit es ihrer Marketing-Strategie entspricht, dieses Begriffspaar im Rahmen der Gesetze weiter verwenden zu können. (...) Soweit die Klägerin durch eine Abänderung der Gesamtaufmachung der Produkte die Suggestion eindeutig ausschließt, dass ein bestimmter Wirkstoff im Kräutertee zu einer Gewichtsabnahme verhilft, muss ihr das Recht verbleiben, das Begriffspaar ‚Figur Fit‘ verwenden zu dürfen“⁶⁵).

- 21 Bravo, möchte man da rufen. Zumal das VG München der Überwachungsbehörde für den Fortgang der Auseinandersetzung aufgab: „Im Bescheid ist dann ausführlich darauf einzugehen, welche Elemente bzw. Kombinationen solcher in der Gesamtaufmachung einen Verstoß gegen die Kennzeichnungspflichten der VNGA begründen“⁶⁶). Diese Art von Präzision wünschte man sich bisweilen auch bei zivilgerichtlichen Entscheidungen in Wettbewerbsstreitigkeiten. Nicht jede lebensmittelrechtliche Werbung ist unzulässig. Es kommt regelmäßig auf die Umstände des konkreten Falles an und vor allem auf die Gesamtaufmachung, in der eine Werbung dem verständigen Verbraucher entgegentritt. Dieser Verbraucher ist nicht nur informiert und kennt gewisse Zusammenhänge, er liest auch Pflichtangaben und sonstige Hinweise, er kann Informationen richtig einordnen und er nimmt nicht jede übertriebene Anpreisung für bare Münze. So wie eine Behörde verhältnismäßige Maßnahmen im Einzelfall treffen muss, sollten auch Zivilgerichte mit Augenmaß entscheiden und die Interessen der werbenden Unternehmen in angemessenem Umfang berücksichtigen. Das würde vermutlich zur normalen Entspannung beitragen.

III. Fazit für die Praxis: Die Zeiten ändern sich

- 22 Das alte Sprichwort von den sich ändernden Zeiten und unserer Änderung mit ihnen, das auf Ovid zurückgeht, gilt gewiss auch

für die Rechtsprechung zu nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben. Ob die zunehmende Strenge der meisten Entscheidungen als Fortschritt angesehen werden kann, darf mit Fug bezweifelt werden. Vor allem im Hinblick auf allgemeine gesundheitsbezogene Verweise schießen einige Gerichte in letzter Zeit weit über das Ziel hinaus, und das gemessen an ihren eigenen Kriterien. Etwas mehr Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs von Werbeaussagen wäre ebenfalls angebracht. Andererseits müssen sich selbstverständlich alle Lebensmittelunternehmen an die geltenden Werbevorschriften halten. Und deren Auslegung ist und bleibt Aufgabe der Gerichte. Deswegen ist es durchaus sinnvoll, die jeweils aktuellen Entscheidungen zu nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben zu kennen, zu verfolgen und sich daran bei der Produktwerbung zu orientieren. Zwar sang Lale Andersen einst „Es geht alles vorüber, es geht alles vorbei“⁶⁷). Doch Rechtsstreitigkeiten über Lebensmittelwerbung werden wohl weder vorübergehen noch vorbei, so dass allen an dieser Materie beteiligten Personen die Arbeit so bald nicht ausgehen wird.

Anm. der Redaktion:

Vgl. hierzu auch die vorherigen Rechtsprechungsübersichten von Hagenmeyer, WRP 2009, 554 ff.; WRP 2010, 492 ff.; WRP 2011, 317 ff.; WRP 2012, 414 ff., WRP 2013, 445 ff.; WRP 2014, 403 ff., WRP 2015, 308 ff., WRP 2016, 1335 ff., WRP 2017, 375 ff.

- 63) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 24 u. 27 – Figur Fit.
 64) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 28 – Figur Fit.
 65) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 37 – Figur Fit.
 66) VG München, 01.03.2017 – M 18 K 16.68, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112533?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> Rn. 39 – Figur Fit.
 67) Durchhalteschlager von 1942, Musik Fred Raymond, Text Kurt Feltz, Originalinterpretin Lale Andersen (bürgerlich Liese-Lotte Helene Berta Bunnenberg).

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht

Verbraucherzentrale Baden-Württemberg/ Germanwings

UWG § 3a; VO (EG) Nr. 1008/2008 Art. 2 Nr. 18, Art. 22 Abs. 1, Art. 23 Abs. 1

EuGH, Urteil vom 15.11.2018 – C-330/17
 ECLI:EU:C:2018:916

Art. 23 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft in Verbindung mit Art. 2 Nr. 18 dieser Verordnung ist dahin auszulegen, dass Luftfahrtunternehmen, die die Flugpreise für innergemeinschaftliche Flugdienste nicht in Euro ausdrü-

cken, verpflichtet sind, für deren Angabe eine mit dem angebotenen Dienst objektiv in Verbindung stehende Landeswährung zu wählen. Dies ist insbesondere bei einer Währung der Fall, die in dem Mitgliedstaat des Abflug- oder Ankunftsorts des betreffenden Flugs als gesetzliches Zahlungsmittel gilt.

Somit können in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, in der ein Luftfahrtunternehmen, das in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem der Euro gesetzliches Zahlungsmittel ist, im Internet einen Flugdienst mit Abflugort in einem anderen Mitgliedstaat anbietet, in dem eine andere Währung als der Euro gesetzliches Zahlungsmittel ist, die nicht in Euro ausgedrückten Flugpreise in der Währung ausgewiesen werden, die in diesem anderen Mitgliedstaat als gesetzliches Zahlungsmittel gilt.