

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

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: Dr. Fabian Klein und Franziska Mauritz

„Green Hushing“ – Ist Schweigen bei verfehlten Klimazielen Gold?

399 Prof. Dr. Christian Alexander

Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG in den Jahren 2021 und 2022

406 Lars Meinhardt

Die Wiederholungsgefahr ist entfallen – oder doch nicht?

412 Jan Heinrich Schmitt-Mücke

Libra, das Gebot der Staatsferne der Presse und das Wettbewerbsrecht

418 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

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

423 Dr. Severin Riemenschneider, LL.M. Eur. und Julia Vinnen

EuGH: Keine Pflicht zur Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vor Entscheidung über Auslistungsantrag

425 Tráficos Manuel Ferrer u.a./Daimler

EuGH, Urteil vom 16.02.2023 – C-312/21

430 Monz Handelsgesellschaft International/Büchel

EuGH, Urteil vom 16.02.2023 – C-472/21

434 Papierfabrik Doetinchem/Sprick GmbH Bielefelder Papier- und Wellpappenwerk & Co.

EuGH, Urteil vom 02.03.2023 – C-684/21

437 Haftung für Affiliates

BGH, Urteil vom 26.01.2023 – I ZR 27/22

440 Kommentar von Dr. Hermann-Josef Omsels

442 Gruppenversicherung II

BGH, Urteil vom 15.12.2022 – I ZR 8/19

452 HEITEC III

BGH, Urteil vom 26.01.2023 – I ZR 56/19

458 Kosten des Patentanwalts VII

BGH, Beschluss vom 13.10.2022 – I ZB 59/19

461 rakuten.de

BGH, Urteil vom 10.11.2022 – I ZR 10/22

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg*

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

INHALT

I. Einleitung

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2022

1. „Nicht produktbezogen werben, wenn Angaben nur stoffbezogen zugelassen sind“ – Entscheidungen zu Art. 10 Abs. 1 VNGA

- OLG Hamburg – „Fatburner“
- OLG Celle – „Immun Cell“
- KG – „OPC“
- OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“
- OLG Celle – „Kräuterliebe“

2. „Wer nichts beifügt, verliert“ – Entscheidungen zu Art. 10 Abs. 3 VNGA

- KG – „OPC“
- OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“
- OLG Hamburg – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“

3. „Im Zweifel handelt es sich um eine Angabe“ – Entscheidung zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA

- OLG Hamburg – „Fatburner“
- OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“
- OLG Hamm – „Volle Power für Ihr Immunsystem“

4. „Ein Gesundheitsbezug ist immer erkennbar“ – Entscheidung zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA

- OLG Hamburg – „Fatburner“
- OLG Celle – „Immun Cell“
- KG – „OPC“
- OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“
- OLG Hamm – „Volle Power für Ihr Immunsystem“

5. „Die Übergangsfristen nutzen nichts“ – Entscheidung zu Art. 28 Abs. 5 VNGA

- OLG Celle – „Immun Cell“
- KG – „OPC“
- OLG Hamburg – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“
- OLG Karlsruhe – „Hagebutte GOPO“

III. Fazit für die Praxis: „Es lohnt sich nicht ...“

I. Einleitung

- Die Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006 (VNGA) hat sich im vergangenen Jahr verstetigt und verfestigt. Viele Judikate erinnern an selbstsichernde Muttern oder Achterknoten, die sich nicht mehr lösen lassen. Bereits bekannte Auslegungen der einschlägigen Vorschriften werden nachgezeichnet, wiederholt und bestätigt. Neue Spielräume für den werbenden Lebensmittelunternehmer zeigen sich nicht. Was immer auch nur entfernt nährwert- oder gesundheitsbezogen erscheint, wird im Zweifel mangels Zulassung gerichtlich untersagt. Übergangsfristen darf man inzwischen getrost vergessen – obwohl der Gesetzgeber sein Werk bis heute nicht vollendet hat. Doch mit der vorgesehenen Fertigstellung der Liste zugelassener gesundheitsbezogener Angaben, insbesondere für pflanzliche Stoffe, rechnet längst kein

Fachmann mehr. Rückblickend könnte man sich die Frage stellen, wie die Menschheit jemals ohne die VNGA und ihre Werbeverbote auskommen konnte. Doch das wollen wir hier nicht tun; schauen wir lieber auf die höchstrichterlichen Entscheidungen des Jahrgangs 2022¹⁾ – es sind überwiegend Hinweisbeschlüsse nach § 522 ZPO, in Anlehnung an das Boxen auch als „Tiefschläge“ bezeichnet.

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2022

1. „Nicht produktbezogen werben, wenn Angaben nur stoffbezogen zugelassen sind“ – Entscheidungen zu Art. 10 Abs. 1 VNGA

Dieses Dilemma hat die Rechtsprechung leider nie richtig in den Griff bekommen: Ein Produkt, meistens ein Nahrungsergänzungsmittel, enthält Nährstoffe, regelmäßig Vitamine und Mineralstoffe, für die verschiedene gesundheitsbezogene Angaben zugelassen sind. Diese Angaben dürfen dementsprechend verwendet werden, aber nach Ansicht der Gerichte eben nur für die enthaltenen Nährstoffe, niemals für das Produkt selbst. Nach dem Verständnis der Justiz können Produkte nichts, auch wenn ihre Zutaten alles können. Offenbar wollen die zuständigen Richter unbedingt den Verbraucher vor dem Irrtum schützen, er könne durch den Verzehr des Nahrungsergänzungsmittels etwas bewirken, ohne dabei genau zu wissen, auf welcher Zutat die Wirkung beruhen könnte. Das liest sich im Einzelfall wie folgt:

a) OLG Hamburg – „Fatburner“

Die Berufung eines Anbieters von Nahrungsergänzungsmitteln für Kraftsportler gegen ein Verbot der Angabe „Fatburner“ wies das OLG Hamburg u.a. mit folgender Begründung ohne mündliche Verhandlung zurück: „Soweit die Antragsgegnerin sich zur Rechtfertigung der Zulässigkeit der Angaben auf für einzelne Inhaltsstoffe des Produkts (Koffein, Cholin, Grüntee, Piperin) zugelassene (...) Claims beruft, (...) Denn schon das Landgericht hat richtig darauf hingewiesen, dass sich die angegriffenen Angaben (...) nicht auf den jeweiligen Stoff, wie etwa Cholin, sondern auf das Produkt ‚L. 100‘ beziehen. Für das Produkt in seiner Gesamtheit, das eine Mehrzahl von Inhaltsstoffen enthält, die sich in ihren Wirkungen auf den Körper gegenseitig beeinflussen können, fehlt es indes entweder an nach Art. 10 Abs. 1, 13 HCVO zugelassenen (...) Angaben oder, soweit es sich um nichtspezifische Angaben im Sinne von Art. 10 Abs. 3 HCVO handelt, an den nach dieser Vorschrift den nichtspezifischen Angaben beizufügenden speziellen gesundheitsbezogenen Angaben nach Art. 10 Abs. 1 HCVO“²⁾. Klarer kann man kaum festhalten, was insoweit als gefestigte Rechtsprechung gilt.

b) OLG Celle – „Immun Cell“

Vor dem OLG Celle ging es um zahlreiche Werbeaussagen für eine Reihe von Nahrungsergänzungsmitteln, die auf einem sog. „Teleshopping“-Sender angepriesen worden waren. Das Gericht

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 512.

** Manuskript ohne vorherigen Vortrag, ohne Widmung (Captain Oelrichs möge es dem Beleuchter nachsehen), ohne Hoffnung auf Besserung und ohne erkennbare Zukunft.

1) Nicht beleuchtet werden BGH, 02.06.2021 – I ZR 93/21, WRP 2022, 1253 – „7x mehr“, da es in dieser Entscheidung vorrangig um eine Irreführungsproblematik ging, sowie KG, 04.10.2022 – 5 U 1023/20, MD 2022, 1130 – „Prosta Pax“ und KG, 04.10.2022 – 5 U 1048/20, MD 2023, 35 – „Produktkatalog Winter“, da die in diesen beiden Entscheidungen verbotenen Angaben überwiegend krankheitsbezogen waren.

2) OLG Hamburg, 22.12.2021 – 3 U 50/21, openJur 2022, 7642, Rn. 51 – „Fatburner“.

verwarf die Berufung des Klägers ohne mündliche Verhandlung und führte zur Begründung u. a. aus: „Zum anderen dürfen gesundheitsbezogene Angaben nur zu dem konkret infrage stehenden Lebensmittel, Nährstoff oder der Substanz gemacht werden, für die sie nach dem Gemeinschaftsrecht zugelassen sind, nicht aber unmittelbar für ein Lebensmittel als solches, das die fragliche Substanz enthält, ohne den Zusammenhang gerade zwischen der konkreten Substanz und ihrer Wirkung herauszustellen. Solche Angaben dürfen nicht produktbezogen, sondern nur substanzbezogen erfolgen. Eine gesundheitsbezogene Angabe, die nicht erkennen lässt, auf welchen der in der Liste der zugelassenen Angaben aufgeführten Nährstoffen, Substanzen, Lebensmitteln oder Lebensmittelkategorien die behauptete Wirkung des Produkts beruht, ist mit den zugelassenen Angaben nicht inhaltsgleich und daher unzulässig“³⁾. Das entspricht, ob richtig oder falsch, inzwischen der gefestigten Rechtsprechung.

c) KG – „OPC“

- 5 Ebenso entschied das Berliner KG – ohne mündliche Verhandlung – über die Bewerbung zweier Lebensmittel mit OPC (oligomere Proanthocyanidine) und Pinienrindenextrakt (*Pinus maritima* Cortex): „Denn die Zulässigkeit der Verwendung einer gesundheitsbezogenen Angabe im Sinne von Art. 10 Abs. 1 HCVO setzt voraus, dass die gesundheitsbezogene Angabe nur zu dem jeweiligen Nährstoff, der Substanz oder dem Lebensmittel gemacht werden, für die sie nach der Gemeinschaftsliste zugelassen sind, nicht jedoch zu dem Lebensmittelprodukt, das diese Elemente enthält, ohne den der zugelassenen Aussage zugrunde liegenden Zusammenhang mit der Substanz etc. herauszustellen. . . . Wenn bei einem Produkt mit mehreren Inhaltsstoffen zu einem einzelnen pflanzlichen Inhaltsstoff eine bestimmte Angabe zulässig ist, darf diese Angabe nicht pauschal – ohne Nennung des Inhaltsstoffs, auf den diese Wirkung zurückgehen soll – auf das Gesamtprodukt übertragen werden. . . . Dies gilt auch für Angaben nach Art. 10 Abs. 3 HCVO. Auch insoweit wäre es nicht ausreichend, wenn nur ein Bezug zu dem verschiedenen Inhaltsstoffe beinhaltenden Produkt und der Bedeutung für die Gesundheit hergestellt wird“⁴⁾. Diese Regeln hatte die Beklagte im konkreten Fall nicht beachtet, und konnte es mangels Zulassung irgendwelcher Angaben für einzelne Zutaten ihrer Produkte auch nicht; folglich musste ihre Berufung gegen die erstinstanzliche Untersagung ihrer Werbung scheitern.

d) OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“

- 6 Ein wenig am Rande, jedoch nicht weniger klar, erwähnt auch das OLG Hamburg diese Grundsätze in einem Hinweisbeschluss zur Zurückweisung einer Berufung ohne mündliche Verhandlung, „weil nicht erkennbar wird, dass die behauptete Wirkung der Gelenkapseln, zum Erhalt der Beweglichkeit der Gelenke beizutragen, auf allen oder auch nur auf einzelnen der benannten Inhaltsstoffen beruht“⁵⁾.

e) OLG Celle – „Kräuterliebe“

- 7 Ebenfalls in einem Hinweisbeschluss zur Zurückweisung einer Berufung entschied das OLG Celle in Sachen „Kräuterliebe“: „gesundheitsbezogene Angaben dürfen nach Art. 10 HCVO nur zu dem jeweiligen Nährstoff, der Substanz oder dem Lebensmittel gemacht werden, für die sie nach der Gemeinschaftsliste zugelassen sind, nicht jedoch zu dem Produkt, das dieses Element enthält, ohne den in der zugelassenen Aussage liegenden Zusammenhang mit der Substanz etc. herauszustellen. . . . Entsprechendes gilt bei der Anwendung der Übergangsvorschriften des Art. 28 V HCVO. Wenn bei einem Produkt mit mehreren Inhaltsstoffen nach den Übergangs-

vorschriften eine bestimmte Angabe zu einem einzelnen pflanzlichen Inhaltsstoff zulässig ist, darf diese Angabe nicht pauschal – ohne Nennung des Inhaltsstoffs, auf den diese Wirkung zurückgehen soll – auf das Gesamtprodukt oder auf die Gesamtheit seiner Inhaltsstoffe übertragen werden. . . .“⁶⁾. Interessant an diesem Spruch, der sich sonst nicht von seinem unmittelbaren Vorgänger unterscheidet (s. o. II. 2. OLG Celle – „Immun Cell“), ist die Ausweitung des Prinzips auch auf Angaben, die sich noch in der Übergangsfrist befinden, welche jedoch in der Praxis so gut wie nicht mehr greifen (s. u. II. 5.).

2. „Wer nichts beifügt, verliert“ – Entscheidungen zu Art. 10 Abs. 3 VNGA

Dass das „Beifügen“ eine eigene Kunstform werden würde, konnte niemand ahnen, als die VNGA in Kraft trat. Inzwischen hat sich das entsprechende Tatbestandsmerkmal des Art. 10 Abs. 3 (und Art. 1 Abs. 3) VNGA zur Stolperfalle entwickelt, die zu vermeiden einige Geschicklichkeit erfordert. Immer wieder liest man in der Rechtsprechung, dass es gar nicht darauf ankomme, ob eine umstrittene Werbeaussage speziell oder allgemein ist – für eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe fehle die Zulassung, einem allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis sei die erforderliche spezielle Angabe nicht beigefügt.

a) KG – „OPC“

Genauso entschied das Berliner KG in Sachen „OPC“: „Vorliegend handelt es sich bei denjenigen Angaben um nichtspezifische gesundheitsbezogene Angaben, in welchen in allgemeiner Art die positive Wirkung auf den gesamten Organismus betont wird, während es sich bei denjenigen Angaben, welche auf bestimmte dadurch zu fördernde Funktionen des Körpers Bezug nehmen, um spezielle gesundheitsbezogene Angaben handelt. . . . Eine genaue Zuordnung aller Angaben ist vorliegend aber nicht nötig, denn unabhängig davon, ob es sich bei den streitgegenständlichen Aussagen um spezielle gesundheitsbezogene Angaben oder um nichtspezifische gesundheitsbezogene Angaben handelt, ist erforderlich, dass die verwendete gesundheitsbezogene Angabe entweder selbst in die Liste gemäß Art. 13, 14 HCVO aufgenommen worden ist oder dass ihr eine in einer der Liste nach Art. 13, 14 HCVO enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist. Weder das eine noch das andere liegt hier vor“⁷⁾. Dem ist nichts hinzuzufügen.

b) OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“

Im Streit um die „belasteten Gelenke“ vor dem OLG Hamburg hatte die Beklagte versucht, sich mit Aussagen auf der Rückseite der Produktverpackung zu verteidigen, jedoch ohne Erfolg, denn, „anders als die Beklagte meint, reicht es für die Zulässigkeit einer gesundheitsbezogenen Angabe zudem gerade nicht aus, wenn sich erläuternde Aussagen auf der Verpackung des beworbenen Produkts befinden. . . . Vorliegend fehlt es bereits an einer Erläuterung an sich. Hierfür ist nicht ausreichend, wenn sich erläuternde Angaben nur irgendwo auf der Verpackung des beworbenen Produkts – und nicht einmal in der Werbung selbst – befinden. Der Verkehr kann bei einer solchen Vorgehensweise keinerlei gedankliche Verbindung zwischen der gesundheitsbezogenen Angabe und den erläuternden Angaben herstellen“⁸⁾. Es fehlte einfach an der gesetzlich vorgeschriebenen beigefügten Angabe.

c) OLG Hamburg – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“

Auch eine Anbieterin von Nahrungsergänzungsmitteln mit Safran- und Melonensaft-Extrakt scheiterte bei der Werbung mit allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweisen wie „Stimmungs-

3) OLG Celle, 03.02.2022 – 13 U 75/21, MD 2022, 461, 469 – „Immun Cell“.

4) KG, 18.02.2022 – 5 U 1007/20, MD 2022, 516, 524, Rn. 103 – „OPC“.

5) OLG Hamburg, 02.03.2022 – 3 U 137/20, MD 2022, 1139, 1143 – „Belastete Gelenke“.

6) OLG Celle, 13.06.2022 – 13 U 19/22, MD 2022, 784, 786 – „Kräuterliebe“.

7) KG, 18.02.2022 – 5 U 1007/20, MD 2022, 516, 522, Rn. 82 – „OPC“.

8) OLG Hamburg, 02.03.2022 – 3 U 137/20, MD 2022, 1139, 1143 – „Belastete Gelenke“.

aufhellung“, „Verbesserung des emotionalen Gleichgewichts“ bzw. „optimistischer und glücklicher bzw. entspannter und dynamischer fühlen“ und „Verbesserung der Lebensqualität“ an denselben gesetzlichen Vorgaben: „Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass den angegriffenen unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben im Streitfall keine spezielle gesundheitsbezogene Angabe nach Art. 10 Abs. 1 HCV beigefügt ist, wie dies Art. 10 Abs. 3 HCV für die Verwendung nichtspezifischer Angaben fordert. Das rechtfertigt das ausgesprochene Verbot. ... Nach Auffassung des Senats ist Art. 10 Abs. 3 HCV bei Botanicals mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Bestimmung auch dann genügt ist, wenn eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt wird, die nach Angabe der Kommission ‚on hold‘ gehalten wird und nach weiterverwendet werden darf. ... Die Beklagte hat ihren nichtspezifischen Angaben ... aber keine der ‚on hold‘ gesetzten Angaben beigefügt. Schon deshalb darf sie diese Angaben nicht verwenden“⁹⁾. Es ist kaum vorstellbar, dass der BGH an dieser Beurteilung im Revisionsverfahren etwas ändern wird¹⁰⁾.

3. „Im Zweifel handelt es sich um eine Angabe“ – Entscheidung zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA

- 12 Bisweilen führen Lebensmittelunternehmer zu ihrer Verteidigung ins Feld, ihre Werbung sei keine „Angabe“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA. Entweder wird argumentiert, es würden keine „besonderen Eigenschaften“ hervorgehoben, nur solche, die alle anderen Lebensmittel auch hätten, weshalb definitionsgemäß keine „Angabe“ vorliegen könne. Oder es wird vorgetragen, bei umstrittenen Begriffen handle es sich um Elemente der Pflichtkennzeichnung, die vom Begriff der „Angabe“ ausgenommen sind. Vor Gericht hatte damit jedoch schon lange niemand mehr Erfolg:

a) OLG Hamburg – „Fatburner“

- 13 In Sachen „Fatburner“ verneinte das OLG Hamburg das Verteidigungsargument eines bloßen Hinweises auf Eigenschaften aller Lebensmittel der betreffenden Gattung wie folgt: „Soweit die Beklagte unter Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung geltend macht, bei der Bezeichnung ‚FAT BURNER‘ bzw. ‚Fatburner‘ handle es sich um eine solchermaßen allgemeine Information, kann ihr nicht gefolgt werden. Nach dem Verkehrsverständnis der angesprochenen Verbraucherinnen und Verbraucher, zu denen auch die Mitglieder des Senats zählen, ist der Begriff keine bloße Beschaffenheitsangabe für eine bestimmte Kategorie von Nahrungsergänzungsmitteln, sondern suggeriert, dass die Einnahme des so bezeichneten Produktes eine bestimmte, nämlich fettverbrennende Eigenschaft hat, und stellt damit eine Angabe im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO dar“¹¹⁾. Interessant an dieser – inhaltlich völlig richtigen – Begründung ist allenfalls, dass die Richter des 3. Zivilsenats sich als angesprochene Verbraucher von Fettverbrenner-Werbung verstehen. „Fatburner“ ist natürlich auch kein Name einer Kategorie von Nährstoffen i. S. d. Pflichtangabe nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NemV, wie das OLG Hamburg zutreffend erkannte: „Bei der Bezeichnung ‚Fatburner‘ handelt es sich nicht um einen solchermaßen feststehenden, allgemein gültigen Namen für eine Kategorie von Nährstoffen oder sonstigen Stoffen. Sie kann auch bereits deshalb keine Angabe zur Charakterisierung der in dem Produkt enthaltenen Nährstoffe oder sonstigen Stoffe sein, weil keines der in dem Produkt enthaltenen Nährstoffe oder sonstigen Stoffe und schon gar nicht das Produkt insgesamt nachweislich fettverbrennende Eigenschaften aufweist“¹²⁾.

9) OLG Hamburg, 02.06.2022 – 3 U 110/21, juris, Rn. 32, 38 u. 42 – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“.

10) BGH, I ZR 109/22.

11) OLG Hamburg, 22.12.2021 – 3 U 50/21, openJur 2022, 7642, Rn. 38 – „Fatburner“.

12) OLG Hamburg, 22.12.2021 – 3 U 50/21, openJur 2022, 7642, Rn. 45 – „Fatburner“.

b) OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“

Für die Aussage „Bei belasteten Gelenken und zum Erhalt der Beweglichkeit“ verwarf das OLG Hamburg dasselbe Argument mit folgender Begründung: „die in Rede stehende Angabe fällt ersichtlich nicht unter diese Vorgaben. Es handelt sich bei ihr nicht um eine Charakterisierung von Nährstoffen oder sonstigen Stoffen, sondern um eine Aussage über das Gesamtprodukt“¹³⁾. Das leuchtet ohne Weiteres ein.

c) OLG Hamm – „Volle Power für Ihr Immunsystem“

Ohne Zweifel überzeugend urteilte das OLG Hamm in Sachen „Volle Power für Ihr Immunsystem“, indem es nicht nur diese Überschrift, sondern auch die zugehörige Abbildung auf einer Internetseite als gesundheitsbezogen einstufte:



Zur Begründung heißt es in dem Urteil u.a.: „Auch zur Überzeugung des Senats handelt es sich bei der beanstandeten Darstellung um eine nicht obligatorische Aussage bzw. Darstellung, die insbesondere durch das grafische Element einer diversen Krankheitsregern entgegengestreckten Hand symbolhaft zum Ausdruck bringt, dass die unmittelbar darunter abgebildeten Produkte der Beklagten besondere Eigenschaften besitzen, nämlich eine die körpereigene Immunabwehr zumindest stärkende Wirkung (Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO)“¹⁴⁾. Bei unbefangener Betrachtung von Überschrift und Abbildung kann eigentlich keine andere Interpretation überzeugen. Die Werbung wird deshalb beim BGH im Revisionsverfahren voraussichtlich nicht anders beurteilt werden¹⁵⁾. Hätte es sich lediglich um „Menüpunkte auf einer Navigationsleiste“, z. B. „Themenüberschriften“ oder „Wegweiser“ gehandelt, dann hätte das OLG Hamm möglicherweise kein Verbot ausgesprochen¹⁶⁾.

4. „Ein Gesundheitsbezug ist immer erkennbar“ – Entscheidung zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA

Auch die Begriffsbestimmungen der verschiedenen „Angaben“ aus Art. 2 Abs. 2 Nr. 1, 4, 5 und 6 sind bekanntlich sehr weit. Sie schließen ausdrücklich alles an Worten und auch Bildern ein, mit denen „erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird“, dass bestimmte Eigenschaften eines Lebensmittels vorhanden sind. Deswegen ist es im Zweifel so gut wie unmöglich, mit einzelnen Aussagen dem Anwendungsbeereich der Werbeverbote zu entkommen.

a) OLG Hamburg – „Fatburner“

Bezüglich des Begriffs „Fatburner“ entschied das OLG Hamburg: „Sämtliche Angaben betreffen die Gewichtsabnahme durch die Einnahme des Produkts ‚L. 100‘. Der Verkehr erwartet von einer Gewichtsabnahme regelmäßig einen positiven Einfluss auf die Gesundheit. ... Auch die von der Antragsgegnerin ins Feld geführten erläuternden Hinweise lassen die Verkehrsvorstellung unberührt, dass das beworbene Produkt die Gewichtsabnahme jedenfalls auch unterstützt“¹⁷⁾. Natürlich ist eine Gewichtsabnahme nicht in je-

13) OLG Hamburg, 02.03.2022 – 3 U 137/20, MD 2022, 1139, 1144 – „Belastete Gelenke“.

14) OLG Hamm, 11.08.2022 – 4 U 81/21, WRP 2022, 1401 Rn. 24 – „Volle Power für Ihr Immunsystem“.

15) BGH, I ZR 162/22.

16) OLG Hamm, 11.08.2022 – 4 U 81/21, WRP 2022, 1401 Rn. 26, 27 – „Volle Power für Ihr Immunsystem“.

17) OLG Hamburg, 22.12.2021 – 3 U 50/21, openJur 2022, 7642, Rn. 49 – „Fatburner“.

dem Fall gesund. In der hier beworbenen Art und Weise, nämlich der Anpreisung einer Fettverbrennung, wird aber wohl doch ein Vorteil für die Gesundheit des Verbrauchers zum Ausdruck gebracht. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst in Art. 13 Abs. 1 Buchst. c) VNGA „schlank machende oder gewichtskontrollierende Eigenschaften“ eines Lebensmittels in die Liste der gesundheitsbezogenen Angaben einordnet, ist die Beurteilung im konkreten Fall gewiss richtig.

b) OLG Celle – „Immun Cell“

- 19 Im „Immun Cell“-Beschluss des OLG Celle heißt es in vergleichbarem Zusammenhang unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH: *„Gemessen an diesen Maßstäben weisen die ... Werbeaussagen der Beklagten bei dem gebotenen weiten Verständnis den notwendigen Gesundheitsbezug auf. Die Angaben stellen jeweils für sich betrachtet sowie in ihrem Gesamtzusammenhang einen Bezug zwischen der Einnahme der Produkte und der Gesundheit des Anwenders her. Betroffen sind konkret insbesondere der Schutz und die Stärkung des Immunsystems (V. Immun‘), der Zellschutz (V. Cell‘), die Gewichtsabnahme (V. Shape Turbo Diät‘), die Gesundheit der Gelenke (C. CBD Gelenk Aktiv‘), die Regulierung des Hungergefühls (C. CBD Appetitzügler‘), die Darmgesundheit (C. CBD Darm Komplex‘) sowie die Raucherentwöhnung (C. CB Anti Nikotin‘)“*¹⁸⁾. Auch an dieser Beurteilung gibt es wohl nichts zu rütteln, das hätte man schon bei der Gestaltung der Werbesendung problemlos erkennen können.

c) KG – „OPC“

- 20 In Sachen „OPC“ führte das Berliner KG zur Begründung seiner Einstufung der angegriffenen Werbeaussagen Folgendes aus: *„In der Aussage zu I. 1. des landgerichtlichen Tenors wird suggeriert, dass das Produkt, Masquelier's® eine Quelle mit natürlichen Ergänzungsmitteln sei, die optimale Voraussetzungen für die Blutzirkulation schaffen würde. Es wird damit ein unmittelbarer Bezug zwischen dem Produkt und einer positiven Beeinflussung der Gesundheit hergestellt. Durch die Angabe in I. 2. des landgerichtlichen Tenors wird der Bezug zwischen dem beworbenen Produkt und einer optimalen Durchblutung, mithin ebenfalls einer positiven Beeinflussung der Gesundheit hergestellt. Die Aussage in I. 3. beschreibt einen Zusammenhang zwischen Anthogenol und einer guten Durchblutung, was ebenfalls einen Gesundheitseffekt darstellt. In I. 4. wird der Effekt des beworbenen Produktes auf die Mikrozirkulation beschrieben. Diese solle gestärkt und flexibel gehalten werden. Auch in dieser Angabe wird das Produkt mit einer positiven Wirkung auf die Gesundheit verknüpft. Die Aussagen in den Ziffern I. 5., 6. und 7. beschreiben, dass das beworbene Produkt einen wirksamen Schutz vor Oxidantien darstelle, die Durchblutung effektiv anrege, die Blutbahn bis in die kleinsten Haargefäße verbessere und erhalte und für eine gesunde Mikrozirkulation Sorge, was umfassende gesundheitliche Vorteile biete, sodass hier ebenfalls unschwer ein Bezug zu positiven Gesundheitseffekten hergestellt werden kann. Die Aussage in I. 8. des landgerichtlichen Urteils erklärt ausdrücklich, dass ‚Masquelier's® Anthogenol®‘ dafür Sorge, dass das Mikrozirkulationssystem stark und weich bleibe und Sauerstoff und Nährstoffe an Organe geliefert werden können, die diese Nährstoffe benötigten, um gut funktionieren zu können. Dieser Aussage ist der Gesundheitsbezug immanent. Gleiches gilt für die Aussagen in I. 9. bis 14. und 16. des landgerichtlichen Urteils. Dort wird beschrieben, dass das Produkt bzw. dessen Bestandteile positive Auswirkungen auf die Mikrozirkulation, auf das mikrovaskuläre System, schwere und müde Beine, Augen, die Blutzirkulation, den Blutkreislauf, die Blutgefäße und Kapillaren und die Haut hätten. Die Aussage in I. 15. des landgerichtlichen Tenors bezieht sich auf einen Produktbestandteil,*

nämlich OPCs. Auch diesen wird ein positiver gesundheitlicher Effekt mit der streitgegenständlichen Angabe zugesprochen, wonach diese ein aktiver Wirkstoff zur Stärkung des Herz-Kreislauf-System seien. In den Aussagen zu I. 3., 7., 9., 11., 14. und 16. wird der Bezug zur ‚Gesundheit‘ in verschiedenen Varianten ausdrücklich angesprochen“¹⁹⁾. Es ist völlig unerklärlich, wie die Beklagte im konkreten Fall der Meinung sein konnte, die Aussagen zur Durchblutung seien keine gesundheitsbezogenen Angaben.

d) OLG Hamburg – „Belastete Gelenke“

Auch in Sachen „belastete Gelenke“ konnte es eigentlich für niemanden eine Überraschung sein, dass das OLG Hamburg beschloss: *„Unter Beachtung dieser Grundsätze erweist sich die angegriffene Angabe ‚bei belasteten Gelenken und zum Erhalt der Beweglichkeit‘ – anders als die Beklagte meint – als spezifische gesundheitsbezogene Angabe i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5, Art. 10 Abs. 1 HCVO. ... Die Auslobung wird dahingehend verstanden, dass sich die Einnahme des Produkts als positiv auf die Gelenke auswirke und dass damit einem Verlust der Beweglichkeit vorgebeugt werden könne. Mit dieser Auslobung wird ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen der Einnahme des Lebensmittels und einer Funktion des menschlichen Körpers, nämlich des Bewegungsapparates, hergestellt, dessen wissenschaftliche Absicherung in einem Zulassungsverfahren nach Art. 13 Abs. 3 HCVO überprüft werden kann“*²⁰⁾. So ist es, da kann man meinen, was man will.

e) OLG Hamm – „Volle Power für Ihr Immunsystem“

Die vom OLG Hamm verbotenen Angaben waren nach überzeugender Auffassung des Gerichts auch gesundheitsbezogen: *„Gemessen an diesen Grundsätzen handelt es sich bei der beanstandeten Überschrift ‚Volle Power für Ihr Immunsystem‘ nebst nebenstehender Grafik um gesundheitsbezogene Angaben, weil hierdurch aus Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht lediglich im Sinne einer ‚Themenüberschrift‘ die Funktion der körpereigenen Immunabwehr abstrakt dargestellt, sondern wegen der unmittelbar darunter abgebildeten und – wie bereits vorstehend ausgeführt – damit zugleich konkret beworbenen Produkte der Beklagten ein Zusammenhang zwischen der Einnahme eben dieser von der Beklagten vertriebenen Nahrungsergänzungsmittel einerseits und der Gesundheit andererseits suggeriert wird. Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Darstellung wie vorliegend für die Annahme eines Zusammenhangs genügt, der eine Verbesserung des Gesundheitszustandes dank des Verzehrs des Produktes impliziert“*²¹⁾. Betrachtet man Überschrift und Abbildung, insbesondere im Gesamtzusammenhang, dann muss man dieser Beurteilung zustimmen; alles andere wäre lebensfremd.

5. „Die Übergangsfristen nutzen nichts“ – Entscheidung zu Art. 28 Abs. 5 VNGA

Hunderte von gesundheitsbezogenen Aussagen zu Pflanzenstoffen harren seit nun bald 20 Jahren ihrer wissenschaftlichen Bewertung durch die EFSA. Wer meint, er könne sich insoweit auf die Übergangsfristen nach Art. 28 Abs. 5 VNGA berufen, scheitert zumeist – entweder mangels ausreichender wissenschaftlicher Absicherung, oder aus formalen Gründen, z. B. weil ein Zulassungsantrag gar nicht gestellt oder bereits abgelehnt wurde. Außerdem ist es höchst zweifelhaft, ob die Frist für Angaben gelten kann, die vor Inkrafttreten der Verordnung noch nicht verwendet bzw. nicht in die seinerzeitigen Sammel Listen aufgenommen wurden, für die also gar kein „Übergang“ benötigt wird.

19) KG, 18.02.2022 – 5 U 1007/20, MD 2022, 516, 521, Rn. 75 – „OPC“.

20) OLG Hamburg, 02.03.2022 – 3 U 137/20, MD 2022, 1139, 1142 – „Belastete Gelenke“.

21) OLG Hamm, 11.08.2022 – 4 U 81/21, WRP 2022, 1401 Rn. 30 – „Volle Power für Ihr Immunsystem“.

18) OLG Celle, 03.02.2022 – 13 U 75/21, MD 2022, 461, 468 – „Immun Cell“.

a) OLG Celle – „Immun Cell“

- 24 Das gilt beispielsweise für eine Werbeaussage, die in der „Immun Cell“-Entscheidung in Celle vor Gericht stand: „Darüber hinaus hat die Beklagte auch nicht nach Art. 28 Abs. 5 i. V. m. Art. 5 Abs. 1a, Art. 6 HCVO dargetan, dass die von ihr beworbene Wirkung auch in Bezug auf die Gelenk- und damit Körperfunktionen i. S. v. Art. 13 Abs. 1 a HCVO wissenschaftlich anerkannt sind. Im Rahmen der Übergangsregelung gem. Art. 28 Abs. 5 HCVO muss der Lebensmittelunternehmer die verwendeten gesundheitsbezogenen Angaben durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise begründen und die Angaben müssen eine objektive Grundlage haben, über die Einigkeit in der Wissenschaft besteht. Er muss also in der Lage sein, diese Wirkungen nachzuweisen und trägt insoweit die Beweislast“²²). Da der Beklagte insoweit beweisfällig blieb, darf er sich natürlich nicht beschweren, dass er den Rechtsstreit verlieren musste.

b) KG – „OPC“

- 25 Auch vor dem KG konnte die Beklagte sich nicht auf die Übergangsfrist berufen, denn: „Sinn und Zweck der Regelung des Art. 28 Abs. 5 HCVO ist nach Erwägungsgrund 35 der HCVO, dass der Lebensmittelunternehmer, der eine von der HCVO regulierte gesundheitsbezogene Angabe zur Produktwerbung verwendet, sein Verhalten an die Bestimmungen der HCVO anpassen können soll. Dementsprechend kann er bis zur Aufnahme seiner Angabe in die Liste nach Art. 13 HCVO auf die Möglichkeit der Verwendung vertrauen, wenn gleichzeitig sichergestellt ist, dass der oben beschriebene und in Erwägungsgrund 1 und 10 zum Ausdruck kommende Verbraucherschutz gewährleistet wird. Anders ist es jedoch wenn – wie hier im unstrittigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils festgestellt – über Anmeldungen von Herstellern zu gesundheitsbezogenen Angaben in Bezug auf die in dem Produkt der Beklagten vorkommenden Bestandteile einfache und oligomere Flavanoide und Polyphenole aus *Vitis vinifera* Kernen und Extrakt aus französischem *Pinus maritima* Cortex bereits durch die EFSA abschlägig beschieden wurde bzw. die Anträge bereits zurückgenommen worden sind. Denn dann kann der Lebensmittelunternehmer nicht mehr darauf vertrauen, dass eine Zulassung der gesundheitsbezogenen Angabe noch erfolgen wird. Dies gilt insbesondere für die Beklagte, denn diese hat die Zulassung der von ihr verwendeten gesundheitsbezogenen Angaben bisher unstrittig gar nicht zur Aufnahme in die Liste nach Art. 13 HCVO angemeldet. Wenn sie also selbst gar keine Zulassung nach Art. 13 HCVO betreibt und auch keine anderweitige Zulassung in Aussicht steht, kann nicht erkannt werden, weshalb es gerechtfertigt sein soll, dass sie sich auf die Übergangsregel des Art. 28 Abs. 5 HCVO berufen können soll“²³). An dieser Begründung gibt es im Ergebnis nichts zu rütteln.

c) OLG Hamburg – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“

- 26 In Sachen „Safran- und Melonensaft-Extrakt“ scheiterte die Beklagte vor dem OLG Hamburg ebenfalls daran, dass ihre Angaben vom Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift nicht erfasst wurden; selbst wenn sie ihren nichtspezifischen Verweisen spezielle Angaben beigefügt hätte: „könnte dies die Verwendung der angegriffenen Angaben nicht rechtfertigen, denn die ... in Bezug auf Safran beantragten Claims ‚Safran contributes to emotional balance.‘, ‚Helps to support relaxation.‘ und ‚Helps to maintain a positive mood.‘ beziehen sich, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, im Sinne des Art. 13 Abs. 1 lit. b) HCV auf psychische Funktionen, weshalb die Verwendung der Angaben nur

nach Maßgabe der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 HCV möglich wäre“²⁴).

d) OLG Karlsruhe – „Hagebutte GOPO“

Das OLG Karlsruhe verwarf die Berufung des Anbieters von „L. Flex Hagebutte GOPO“-Pulver und -Kapseln gegen ein erstinstanzliches Werbeverbot ohne mündliche Verhandlung, u. a. mit folgender Begründung: „Das Nahrungsergänzungsmittel ‚L. Flex Hagebutte GOPO‘ ist nicht in die Liste der zugelassenen Angaben gem. den Art. 13, 14 HCVO aufgenommen. Da ein Antrag auf Aufnahme in die Liste gestellt wurde, über den noch keine Entscheidung ergangen ist – sogenannter on-hold-claim –, dürfen die streitgegenständlichen gesundheitsbezogenen Angaben weiterverwendet werden, sofern die Angaben der Verordnung und den einschlägigen einzelstaatlichen Vorschriften entsprechen. Demnach muss gem. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 HCVO anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise nachgewiesen und durch diese Nachweise abgesichert sein, dass das Vorhandensein der Substanz, auf die sich die Angabe bezieht, eine positive ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung hat ... Nach diesen Maßstäben hat der Beklagte nach Überzeugung des Senats hier nicht glaubhaft gemacht, dass dem Nahrungsergänzungsmittel ‚L. Flex Hagebutte GOPO‘ die versprochene positive Wirkung – ‚für bewegliche Gelenke‘ bzw. ‚hilft, die Beweglichkeit der Gelenke zu erhalten‘ – zukommt und über die beworbene Wirkung in der Wissenschaft ausreichende Einigkeit besteht. Die von dem Beklagten – lediglich in englischer Sprache – vorgelegten Unterlagen genügen zur Glaubhaftmachung des erforderlichen wissenschaftlichen Nachweises nicht“²⁵). Ohne anerkannte wissenschaftliche Wirkungsnachweise hilft auch keine Übergangsfrist, so ist es geregelt, alles andere wäre auch nicht sinnvoll.

III. Fazit für die Praxis: „Es lohnt sich nicht ...“

Je mehr man die Rechtsprechung zur VNGA aus dem vergangenen Jahr, aber auch aus den vergangenen anderthalb Jahrzehnten beleuchtet, desto klarer erscheint folgende Erkenntnis: Es lohnt sich nicht, andere als die gesetzlich vorgesehenen Formulierungen von nährwert- und insbesondere gesundheitsbezogenen Angaben für genau diejenigen Stoffe zu verwenden, für die sie ausdrücklich zugelassen sind. Es lohnt sich nicht, den Wortlaut zu variieren. Es lohnt sich nicht, die Wirkung wesentlicher Zutaten auch dem Enderzeugnis zuzusprechen. Und es lohnt sich nicht, andere Stoffe allein auf Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse zu bewerben. Am Ende droht – nur ein Verbot. Und weil es wirklich keinen Spaß macht, sich mit dieser Art von Erbsenzählerei und Haarspalterei im Detail zu beschäftigen, mit der Werbung von Menschen, die vom Gesetz offenbar nichts wissen oder seine Verbote nicht wahrhaben wollen, und mit den Entscheidungen von Richtern, die sich oft nicht vertieft mit dieser Rechtsmaterie auskennen (können), oder die womöglich einfach andere Prioritäten haben, schalten wir das Licht an dieser Stelle aus, beenden die Beleuchtungen einstweilen und widmen uns künftig erst einmal anderen Dingen. Das soll nicht geschehen ohne einen herzlichen Dank an alle Leser, die bis zu 15 Jahre lang dem Scheinwerferlicht auf die Rechtsprechung zur VNGA gefolgt sind. Es war dem Autor eine Ehre.

Anm. der Redaktion:

Vgl. hierzu auch die vorherigen Rechtsprechungsübersichten von Hagenmeyer, insbesondere WRP 2017, 375 ff., WRP 2019, 35 ff.; WRP 2019, 422 ff., WRP 2020, 408 ff.; WRP 2021, 575 ff., WRP 2022, 415 ff.

22) OLG Celle, 03.02.2022 – 13 U 75/21, MD 2022, 461, 471 – „Immun Cell“.

23) KG, 18.02.2022 – 5 U 1007/20, MD 2022, 516, 523–524, Rn. 99 – „OPC“.

24) OLG Hamburg, 02.06.2022 – 3 U 110/21, juris, Rn. 43 – „Safran- und Melonensaft-Extrakt“.

25) OLG Karlsruhe, 28.07.2022 – 4 U 225/22, MD 2022, 1061, 1063 u. 1064 – „Hagebutte GOPO“.