

## 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: Prof. Dr. Helmut Köhler

Rechtssicherheit für Influencer – eine Aufgabe für den deutschen Gesetzgeber?

### 387 Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens

Vom Ende der Risikohaftung des § 945 ZPO bei Verletzung von Rechten des Geistigen Eigentums

### 391 Prof. Dr. Alexander Peukert

Faktenchecks auf Facebook aus lauterkeitsrechtlicher Sicht

### 399 Prof. Dr. Stefan Leible und Felix Ortgies

Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht 2019

### 408 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

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

### 416 Dr. Reto Mantz

Erfahrungen mit dem Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

### 425 Dr. Maximilian Wanderwitz

Die Regulierung digitaler Überzeugungstechnologien

### 433 Sebastian Louven

Update zum Kartellrecht der Informationsgesellschaft

### 438 Constantin Film Produktion/EUIPO („Fack Ju Göhte“)

EuGH, Urteil vom 27.02.2020 – C-240/18 P

### 443 Ersatzteilinformation II

BGH, Urteil vom 30.01.2020 – I ZR 40/17

### 446 Inbox-Werbung

BGH, Beschluss vom 30.01.2020 – I ZR 25/19

### 452 Sportwetten in Gaststätten

BGH, Urteil vom 07.11.2019 – I ZR 42/19

### 456 Kulturchampignons II

BGH, Urteil vom 16.01.2020 – I ZR 74/16

### 459 Culatello di Parma

BGH, Urteil vom 12.12.2019 – I ZR 21/19

### 465 ÖKO-TEST I

BGH, Urteil vom 12.12.2019 – I ZR 173/16

### 470 ÖKO-TEST II

BGH, Urteil vom 12.12.2019 – I ZR 117/17

### 476 Kommentar von Dr. Ulrich Franz

Krankheiten entgegenwirken.<sup>181)</sup> Das LG gab indessen dem Kläger Recht und stellte fest, dass vermehrfähige, im menschlichen Darm befindliche Keime bei Zuführung in Pulverform keine Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. g VO (EU) Nr. 609/2013<sup>182)</sup> seien.<sup>183)</sup> Derartige Lebensmittel lägen vielmehr dann vor, wenn sie besondere Ernährungserfordernisse von Personen erfüllen, deren Verdauungs- und Resorptionsprozess bzw. die Verstoffwechslung gestört ist oder von Personen, die sich in besonderen physiologischen Umständen befinden und deshalb einen besonderen Nutzen aus der kontrollierten Aufnahme bestimmter in der Nahrung enthaltener Stoffe ziehen können, beispielsweise bei Tumoren der Verdauungsorgane, Kompatienten, Unfallopfern usw.<sup>184)</sup> Dies sei bei den in Rede stehenden Produkten nicht der Fall. Die Beklagte habe nicht dargetan, dass die von ihr vertriebenen Produkte in irgendeiner Form Nährstoffe enthalten, die sich als Lebensmittel eignen.<sup>185)</sup> Der Vertrieb mit einer solchen Werbung sei daher irreführend, der durchschnittliche Verbraucher mache sich über den Inhalt der Ware falsche Vorstellungen.<sup>186)</sup>

- 37 Zwar gelte die VO (EU) Nr. 609/2013 bezüglich Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke gem. der Übergangsvorschrift Art. 20 Abs. 4 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 und der delegierten VO (EU) Nr. 2016/128<sup>187)</sup> erst ab dem 22.02.2019, so dass bis zu diesem Zeitpunkt die Richtlinie 1999/21/EG<sup>188)</sup> Weitergeltung beanspruchen könnte. Art. 20 Abs. 4 Unterabs. 2 regelt jedoch aus-

drücklich, dass im Falle von Widersprüchlichkeit – wie hier bei der Frage eines weiten bzw. engen Ernährungsbegriffs – die VO (EU) Nr. 609/2013 vorgeht.<sup>189)</sup>

#### Anm. der Redaktion:

Lesen Sie hierzu auch die vorangegangenen Rechtsprechungsübersichten von *Leible/Schäfer*, WRP 2013, 265 ff.; *Leible/Brzezinski*, WRP 2014, 276 ff.; *Leible/Brzezinski*, WRP 2015, 301 ff., *Leible/Brzezinski-Hofmann*, WRP 2016, 287 ff.; *Leible/Ortgies*, WRP 2017, 367 ff.; *Leible/Ortgies*, WRP 2018, 387 ff.; *Leible/Ortgies*, WRP 2019, 406 ff.

- 181) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 19.  
 182) Verordnung (EU) Nr. 609/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.06.2013 über Lebensmittel für Säuglinge und Kleinkinder, Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke und Tagesrationen für gewichtskontrollierende Ernährung und zur Aufhebung der Richtlinie 92/52/EWG des Rates, der Richtlinien 96/8/EG, 1999/21/EG, 2006/125/EG und 2006/141/EG der Kommission, der Richtlinie 2009/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnungen (EG) Nr. 41/2009 und (EG) Nr. 953/2009 des Rates und der Kommission, ABl. 2013 L 181/35.  
 183) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 32 f.  
 184) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 33.  
 185) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 34.  
 186) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 29.  
 187) Delegierte Verordnung (EU) 2016/128 der Kommission vom 25.09.2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die besonderen Zusammensetzungs- und Informationsanforderungen für Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, ABl. 2016 L 25/30.  
 188) Richtlinie 1999/21/EG der Kommission vom 25.03.1999 über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, ABl. 1999 L 91/29.  
 189) LG München II, 18.12.2018 – 2 HK O 94/18, Magazindienst 2019, 542, Rn. 31.

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg\*

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

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsprechung des Jahres 2019
  1. „Beifügen“ – Entscheidungen zu Art. 1 Abs. 3 VNGA und Art. 10 Abs. 3 VNGA
    - a) BGH – „Gelenknahrung III“
    - b) BVerwG – „Gelenk-Tabletten“
    - c) OLG Stuttgart – „Calcium Magnesium POWERQUELLE“
  2. „Nährwertbezogene Angaben“ – Entscheidungen zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA
    - a) OLG Frankfurt a. M. – „Anti Hangover Drink“
    - b) OLG Celle – „Kein zugesetzter Zucker“
    - c) OLG Celle – „Trockenfrüchte“
    - d) LG Hamburg – „Nutri-Score“
  3. „Gesundheitsbezogene Angaben“ – Entscheidungen zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA
    - a) OLG Köln – „Kinderwunschtee“
    - b) OLG Karlsruhe – „Zykluszauber-Tee“
    - c) OLG Hamburg – „Vitamin B12 und Blutbildung“
    - d) OLG Brandenburg – „Zu jedem Antibiotikum“
    - e) LG Hamburg – „Nutri Score“
- III. Fazit für die Praxis

### I. Einleitung

Alle Jahre wieder lässt sich auf die aktuelle Rechtsprechung zur nährwert- und gesundheitsbezogenen Lebensmittelwerbung zurückschauen. Dabei könnte man innehalten und sich folgende Fragen stellen: Ist die Zahl der Auseinandersetzungen seit Geltungsbeginn der VO (EG) Nr. 1924/2006 (VNGA) eigentlich angestiegen – ähnlich dem Verkehrsaufkommen, wenn eine neue Straße gebaut wird? Werden die vielen Streitigkeiten und ihre zunehmend strengerer Entscheidungen als beunruhigend oder bedrohlich empfunden? Der nun schon zwölfte Rückblick zeigt, dass man sich zunächst mit den einzelnen Fällen selbst beschäftigen muss, bevor eine Gesamtschau und eventuelle Schlussfolgerungen möglich werden. Richten wir also zuerst die Scheinwerfer auf das, was uns Bundes- und Oberlandesgerichte sowie spektakulär auch ein Landgericht im letzten Jahr präsentiert haben<sup>1)</sup>.

- 1) Aus verschiedenen Gründen weniger geeignet zur Beleuchtung sind folgende obergerichtliche Entscheidungen aus dem Jahr 2019: KG, 23.08.2019 – 5 U 8/19, MD 2019, 1052 – „Omni-Biotic Stress“; OLG Hamm, 02.07.2019 – I-4 U 142/18, MD 2019, 844 – „Elasten Trink Kur II“; KG, 13.06.2019 – 5 U 22/19, MD 2019, 973 – „Gelenkprobleme“; OLG Oldenburg, 3.6.2019 – 6 U 15/19, MD 2019, 1106 – „Elasten Beauty Drink“; OLG Frankfurt a. M., 29.05.2019 – 6 U 38/18, MD 2019, 841 – „Fat Burner“; OLG Karlsruhe, 13.03.2019 – 6 U 90/17, MD 2019, 586 – „Collagendrink“ u. VG Bayreuth, 19.06.2019 – B 7 K 17.741, BeckRS 2019, 21912 = <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y&divis;300-Z-BECKRS-B&divis;2019-N&divis;21912?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1> – „Fit & Schlank“.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 531.

\*\* Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 11.02.2020 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zur Erinnerung an Generationen von Hummerfischern.

## II. Die Rechtsprechung des Jahres 2019

### 1. „Beifügen“ – Entscheidungen zu Art. 1 Abs. 3 VNGA und Art. 10 Abs. 3 VNGA

- 2 Sowohl Art. 1 Abs. 3 VNGA als auch Art. 10 Abs. 3 VNGA sehen vor, dass einem nährwert- oder gesundheitsbezogenen Markennamen bzw. einem allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis jeweils eine zulässige nährwertbezogene bzw. zugelassene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt werden muss<sup>2)</sup>. Die Rechtsprechung zu diesen Vorschriften lässt erkennen, dass sich das Beifügen in der letzten Dekade anscheinend zu einer hohen Kunst entwickelt hat<sup>3)</sup>. In gleich drei Entscheidungen aus dem Jahr 2019 standen Fragen des richtigen Beifügens im Streit, zwei davon bei Bundesgerichten.

#### a) BGH – „Gelenknahrung III“

- 3 Vom BGH gibt es diesmal nur eine einzige Entscheidung zu vermelden, die dafür inhaltlich umso bemerkenswerter ist. In Sachen „Gelenknahrung III“ gibt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 10 Abs. 3 VNGA ausdrücklich auf<sup>4)</sup>. Noch im Jahr 2013 hatte dasselbe Gericht in seinem „Vitalpilze“-Urteil überraschend behauptet: „Solange die Listen nach Art. 13 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 noch nicht erstellt sind, kann Art. 10 Abs. 3 der Verordnung nicht vollzogen werden“<sup>5)</sup>. Aufgrund dieser Entscheidung hatten mutige Lebensmittelhersteller geglaubt, sie könnten ihre Produkte mit allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweisen bewerben, ohne ihnen – entsprechend dem Wortlaut der Norm – jeweils eine zugelassene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beizufügen. Der vielzitierte Spruch des BGH<sup>6)</sup> wurde jedoch nicht nur in der Literatur nahezu einhellig abgelehnt<sup>7)</sup>, auch einige Oberlandesgerichte<sup>8)</sup> (durchaus nicht alle<sup>9)</sup>) haben ihm mit überzeugenden Argumenten die Gefolgschaft verweigert. Trotzdem ist der BGH eine Weile scheinbar unbeirrbar bei seiner Rechtsprechung geblieben<sup>10)</sup>. Damit ist nun Schluss, jedenfalls im Prinzip, denn ab sofort gilt: „An dieser

Auffassung hält der Senat nicht fest“; sie ist, wie der BGH inzwischen erkannt hat, „mit dem Wortlaut (...) sowie dem Sinn und Zweck“ des Art. 10 Abs. 3 VNGA „kaum vereinbar (...) und führt außerdem nicht durchgehend zu sachgerechten Ergebnissen“<sup>11)</sup>.

Das ist richtig und zu begrüßen. In der Praxis ist deshalb sorgfältig darauf zu achten, dass jedem allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis auch wie vorgeschrieben eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist. Es darf jedenfalls nicht so geworben werden, wie es die beklagte Herstellerin von Nahrungsergänzungsmitteln im konkreten Fall getan hatte. Sie hatte ihre „Gelenknahrung“, die als wesentliche Zutaten N-Acetyl-Glucosamin, Methylsulfonylmethan und Chondroitin enthielt, „mit neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen“ angepriesen und u.a. mit Aussagen wie „optimierte Versorgung und Schutz für Gelenke mit intelligentem Therapiekonzept“ bzw. „optimiertes Therapiekonzept für gesunde Gelenke“ im Internet präsentiert. Zur Verteidigung gegen den Angriff des Berliner Verbands Sozialer Wettbewerb hatte sie sich ausdrücklich darauf bezogen, dass allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweisen nach der gefestigten Spruchpraxis des BGH bis zur vollständigen Erstellung der Listen zugelassener spezieller gesundheitsbezogener Angaben noch keine solchen Angaben beigefügt werden müssten. So kann es gehen, wenn man sich auf die Rechtsprechung verlässt. Eigentlich sollte einem Unternehmer, der sich auf die Auslegung einer Norm durch den BGH beruft, kein unlauteres Wettbewerbsverhalten vorgeworfen werden dürfen. Doch selbst eine sorgfältige Prüfung der Rechtslage und Beachtung der Judikatur kann offensichtlich nicht in jedem Fall davor schützen, gegen § 3a UWG zu verstoßen<sup>12)</sup>.

Ein kleines Hintertürchen aber bleibt für Wagemutige noch offen<sup>13)</sup>. Der BGH erklärt nämlich weiter: „Es kann offenbleiben, ob Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 auf Angaben anwendbar ist, deren Bewertung durch die Behörde oder deren Prüfung durch die Kommission noch nicht abgeschlossen ist, wie Angaben, die sich auf die Wirkung pflanzlicher Stoffe beziehen und die gemeinhin als ‚Botanicals‘ bezeichnet werden, und bestimmte andere gesundheitsbezogene Angaben, über deren Aufnahme in die Liste zulässiger Angaben die Kommission noch nicht abschließend befunden hat“; „Um derartige Angaben geht es im Streitfall nicht“<sup>14)</sup>. Ganz verabschieden will das Gericht sich also nicht von seiner bisherigen Rechtsprechung. Im konkreten Fall konnte das der Beklagten aber nichts nützen. Denn die EFSA hat den oben genannten Zutaten der „Gelenknahrung“ keinerlei nachgewiesene Wirkung attestiert und die Kommission hat den vorgeschlagenen gesundheitsbezogenen Angaben für diese Substanzen dementsprechend die Zulassung versagt.

#### b) BVerwG – „Gelenk-Tabletten“

Ohnehin ist es seit der „Gelenk-Tabletten“-Entscheidung des BVerwG kaum mehr möglich, ein Nahrungsergänzungsmittel unter der Bezeichnung „Gelenk“ in den Verkehr zu bringen, ganz unabhängig von seiner Zusammensetzung<sup>15)</sup>. In diesem Fall hatte die Klägerin nicht nur Mineralstoffe als Zutaten verwendet, für die spezielle gesundheitsbezogene Angaben zugelassen sind, sie hatte ihrem Produktnamen „Gelenk-Tabletten Plus“ auf der Packungsvorderseite auch direkt und gut sichtbar die Angaben „Mit Zink & Mangan zum Erhalt normaler Knochen“ sowie „Kup-

2) Vgl. dazu Seehafer, VNGA Kommentar 2015, Art. 1 VNGA Rn. 12 u. Art. 10 VNGA Rn. 10; Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Lfg. 174, Juli 2019, C 111, Art. 1 VNGA Rn. 39 u. Art. 10 VNGA Rn. 38; Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims, 32. Lfg. April 2018, Art. 1 VNGA Rn. 79 u. Art. 10 VNGA Rn. 21; Holle/Hütebräuker, HCVO, 2018, Art. 1 VNGA Rn. 130 u. Art. 10 VNGA Rn. 61.

3) Ballke/Böhm, ZLR 2019, 711 sprechen in Bezug auf Art. 10 Abs. 3 VNGA von „einem Dauerbrenner mit mehreren Facetten“.

4) BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 = MD 2019, 1140 = ZLR 2020, 47, m. Anm. Seehafer/Jahn – „Gelenknahrung III“; m. Anm. Hiller, WRP 2020, 16.

5) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179, 1181 = ZLR 2013, 695, 699, 700, Rn. 14–15 – „Vitalpilze“, unter ausdrücklicher Berufung auf Fezer/Meyer, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4–54 Rn. 324 u. Meisterernst/Haber, Health & Nutrition Claims, 17. Lfg. Juli 2012, Art. 28 VNGA Rn. 24; vgl. dazu auch Büscher, GRUR 2013, 969, 977.

6) Das juristische Informationsportal dejure.org listet per 21.02.2020 insgesamt 86 Entscheidungen, in denen das „Vitalpilze“-Urteil des BGH zitiert wird.

7) Z. B. Zipfel/Rathke (Fn. 2), C 111, Art. 10 VNGA Rn. 33c–33i; Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 21b; Holle/Hütebräuker (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 61; Meyer, WRP 2019, 33, 35 Rn. 19 u. 21; Stallberg, LMuR 2013, 189, 190; Hütebräuker, ZLR 2014, 580, 585–586 m. N. u. Grundmann, LMuR 2014, 1; vgl. auch Teufer, NJW 2015, 1458; Meisterernst, ZLR 2016, 87, 89; Meisterernst, WRP 2018, 397, Rn. 15 sowie ALS Stellungnahme Nr. 2015/30 v. 14.04./15.04.2015, JVL 2015, 405.

8) Z. B. ausführlich OLG Hamm, 20.05.2014 – 4 U 19/14, WRP 2014, 961, 964 = ZLR 2014, 568, 576–578 – „vitalisierend“ m. zust. Anm. Hütebräuker; ebenso OLG Hamm, 07.10.2014 – I 4 U 138/13, MD 2015, 44, 48–49 – „Bach-Blüten“; ausdrücklich auch KG, 27.11.2015 – 5 U 96/14, WRP 2016, 265, 266–267 = ZLR 2016, 81, 84–86 – „Vitamine GESUND“ u. 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“.

9) Dem BGH gefolgt sind u.a. OLG Frankfurt a. M., 03.04.2017 – 6 W 9/17, openJur 2019, 35212 Rn. 19 u. OLG Frankfurt a. M., 29.05.2019 – 6 U 38/18, MD 2019, 841, 844 – „Fat Burner“; OLG Brandenburg, 26.02.2019 – 6 U 84/18, ZLR 2019, 569, 573 – „Zu jedem Antibiotikum“; OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, ZLR 2018, 365, 377 – „Gut für die Stimme“ m. Anm. Holle = WRP 2018, 397 m. Anm. Meisterernst sowie ausführlich und differenzierend OLG Karlsruhe, 27.02.2019 – 6 U 87/18, MD 2019, 594, 598–599 – „Zykluszahner-Tee“ m. krit. Anm. Welzel.

10) BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, ZLR 2015, 35, 369 = WRP 2015, 444, Rn. 38 – „Monsterbacke II“; kritisch dazu Eggers, ZLR 2015, 371, 372; BGH, 12.03.2015 – I ZR 29/13, ZLR 2015, 484, 491 = WRP 2015, 721, Rn. 31 – „RESCUE-Produkte“; zweifelnd dazu Oertel/Mitsch, ZLR 2015, 493, 500–501.

11) BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 = MD 2019, 1140, 1142–1143 = ZLR 2020, 47, 50–51, Rn. 18 – „Gelenknahrung III“; vgl. dazu Hiller, WRP 2020, 16, Rn. 3.

12) Vgl. dazu Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl. 2020, § 3a Rn. 1.84 ff u. Schaffert, in: MüKo Lauterkeitsrecht Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 100 ff.

13) Vgl. dazu Hiller, WRP 2020, 16, Rn. 4 sowie Seehafer/Jahn, ZLR 2020, 52, 55.

14) BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 = MD 2019, 1140, 1143 = ZLR 2020, 47, 51, Rn. 19 – „Gelenknahrung III“.

15) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706 m. Anm. Ballke/Böhm – „Gesundheitsbezogener Markenname“.

## Hagenmeyer, Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006

fer für das Bindegewebe“ beigefügt<sup>16)</sup>. Im Streit stand deswegen auch nicht, ob die Herstellerin bei ihrer Werbung den Vorgaben des Art. 1 Abs. 3 VNGA oder Art. 10 Abs. 3 VNGA formal nachgekommen war. Die beklagte Behörde hatte die Produktbezeichnung vielmehr mit der Begründung untersagt, die beigefügten Angaben seien ungeeignet, weil sie sich nicht speziell auf Gelenke bezögen, sondern auf Knochen. Außerdem sei ein Antrag auf Zulassung einer gesundheitsbezogenen Angabe zum Beitrag von Zink auf die Gelenke aufgrund einer negativen EFSA-Stellungnahme ausdrücklich abgelehnt worden, für Mangan sei gar kein solcher Antrag gestellt worden und eine Wirkung von Kupfer auf die Gelenke sei unbekannt.

- 7 Die stichhaltigen Argumente der Klägerin gegen die Anordnung der Behörde konnten das BVerwG nicht überzeugen. Alle drei oben genannten gesundheitsbezogenen Angaben sind zugelassen. Sie sind auch nicht irreführend, insbesondere nicht aus der Perspektive eines verständigen Verbrauchers in der Gesamtschau<sup>17)</sup>, denn sie nehmen ganz offensichtlich keine Wirkung der Mineralstoffe unmittelbar auf die Gelenke in Anspruch. Und selbstverständlich ist kein Gelenk ohne Knochen oder Bindegewebe denkbar, sodass auch für den Verbraucher unmissverständlich deutlich wird, worin der mittelbare Beitrag der drei Zutaten auf die Gelenke liegen kann<sup>18)</sup>. Trotzdem verwirft das BVerwG die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen das Urteil der Vorinstanz<sup>19)</sup>. Im allerletzten Satz ihres Beschlusses bringen die Bundesrichter den Grund dafür sozusagen knochen-trocken auf den Punkt: „Die Klägerin vertreibt keine ‚Knochen-Tabletten‘“<sup>20)</sup>. Daraus lässt sich schließen, dass der Produktname „Knochen-Tabletten“ im konkreten Fall nicht zu beanstanden gewesen wäre – da ja eine zugelassene gesundheitsbezogene Angabe für „Knochen“ beigefügt war.
- 8 Was das BVerwG insoweit verlangt, ist ein „inhaltlicher Zusammenhang“ zwischen Produktnamen und Angabe – und zwar, wie man sieht, ein relativ enger. Bei der Begründung dieser Rechtsauffassung vermeidet es das BVerwG, das systematische Verhältnis von Art. 1 Abs. 3 VNGA und Art. 10 Abs. 3 VNGA nachvollziehbar zu klären. Art. 1 Abs. 3 VNGA, der Markennamen von den Zulassungserfordernissen der Verordnung ausnimmt, verlangt nach seinem Wortlaut ausdrücklich keinen inhaltlichen Zusammenhang zwischen dem Namen und der beigefügten Angabe<sup>21)</sup>. Bei Art. 10 Abs. 3 VNGA ist das nach der Systematik der Norm anders, weil sie lediglich eine Sonderregelung zu Art. 10 Abs. 1 VNGA darstellt<sup>22)</sup>. Das scheint dem BVerwG jedoch nicht wesentlich<sup>23)</sup>. Es schöpft – ohne Not – für die nach beiden Vorschriften namentlich „beizufügende“ Angabe das neue Wort „Begleitangabe“ und entscheidet dazu im Hinblick auf die Regelung des Art. 1 Abs. 3 VNGA: „Irreführungen, die bei isolierter Verwendung des Markennamens möglicherweise entstehen könnten, sollen so vermieden werden. Aus dieser Zielrichtung der geforderten Begleitangabe folgt auch, dass diese inhaltlich auf den Markennamen bezogen sein muss (...). Andernfalls wäre die Beifügung nicht nur sinnlos, sondern irreführend“<sup>24)</sup> bzw. im Hinblick auf Art. 10

Abs. 3 VNGA: „Auch hier liegt der Sinn der geforderten Begleitangabe gerade darin, Irrtümer zu vermeiden, die durch unspezifische gesundheitsbezogene Angaben entstehen können. Die Präzisierung muss sich daher auf die Bezeichnung beziehen, die den möglicherweise falschen Eindruck begründen kann. Eine Verknüpfung gesundheitsbezogener Angaben mit Erläuterungen, die keinen inhaltlichen Zusammenhang hierzu aufweisen, verfehlt nicht nur den mit Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 beabsichtigten Zweck, sie würde vielmehr zusätzliche Irrtümer befördern“<sup>25)</sup>. Wenn Sinnlosigkeit im Lebensmittelrecht ein entscheidendes Kriterium wäre, dann gäbe es viele Normen, die schnellstmöglich abgeschafft werden müssten.

Ob aber im konkreten Fall eine Irreführung zu befürchten gewesen wäre, prüft das BVerwG nicht weiter, obwohl das anhand seines eigenen Maßstabs wohl nötig gewesen wäre<sup>26)</sup>. Insoweit verweist das Gericht einfach auf die Beurteilung des Produktnamens „Gelenk-Tabletten“ durch die Vorinstanz: „Wie eng der inhaltliche Bezug der Begleitangabe zu der Bezeichnung im Markennamen sein muss, lässt sich nicht in abstrakter Weise bestimmen. Auch insoweit ist das Berufungsgericht aber in Bezug auf die rechtlichen Maßstäbe von zutreffenden Erwägungen ausgegangen. (...) Es erscheint nicht fernliegend, aus der im Produktnamen enthaltenen Bezeichnung ‚Gelenk‘ und der dynamisch sportlichen Darstellung abzuleiten, dass mit dieser Aufmachung eine positive Wirkung des Produkts gerade im Hinblick auf Gelenke suggeriert werden soll. Insoweit kommt den in Bezug genommenen Inhaltsstoffen indes keine belegbare Wirkung zu, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidungspraxis der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit dargelegt hat.“<sup>27)</sup>

Das ist für die Praxis problematisch. Über Irreführung lässt sich 10 bekanntlich trefflich streiten. Für gesundheitsbezogene Angaben existiert auch ein spezielles Irreführungsverbot in Art. 3 S. 2 Buchst. a) VNGA. Wenn aber nicht einmal das höchste deutsche Verwaltungsgericht erklären kann, wie eng der inhaltliche Zusammenhang zwischen einem Produktnamen und einer beigefügten speziellen gesundheitsbezogenen Angabe sein muss<sup>28)</sup>, wie soll es dann der werbende Lebensmittelunternehmer wissen? Aus Gründen der Vorsicht kann dem Praktiker nur dazu geraten werden, möglichst enge inhaltliche Zusammenhänge zu finden. Zwischen den Knochen und dem Bindegewebe, aus dem ein jedes Gelenk besteht, und dem Gelenk selbst besteht jedenfalls nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein ausreichender inhaltlicher Zusammenhang. Darauf zu wetten, dass das BVerwG seine Rechtsprechung in ein paar Jahren – so wie der BGH (s. o.) – wieder über den Haufen wirft, sollte hartgesottenen Spielern überlassen bleiben.

### c) OLG Stuttgart – „Calcium Magnesium POWERQUELLE“

Anders als in den beiden vorher gezeigten Fällen gelang es dem 11 beklagten Mineralbrunnen in Sachen „Calcium Magnesium POWERQUELLE“, seiner Marke eine zugelassene gesundheitsbezogene Angabe so beizufügen, dass ihre Verwendung am Ende vom OLG Stuttgart nicht verboten wurde<sup>29)</sup>. Die Beklagte hatte sich vorprozessual gegenüber der Wettbewerbszentrale verpflichtet, auf die Bezeichnung „Calcium Magnesium POWERQUELLE“ zu verzichten, allerdings unter einem entscheidenden

16) Vgl. die Abbildung bei *Ballke/Böhm*, ZLR 2019, 711, 712.

17) Vgl. *Oelrichs*, ZLR 2018, 874, 878 u. *Ballke/Böhm*, ZLR 2019, 711, 716.

18) Vgl. dazu die überzeugende Anmerkung von *Oelrichs*, ZLR 2018, 874 zur Entscheidung der Vorinstanz, OVG Sachsen-Anhalt, 08.10.2018 – 3 L 358/17, ZLR 2018, 856.

19) OVG Sachsen-Anhalt, 08.10.2018 – 3 L 358/17, ZLR 2018, 856.

20) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706, 710 Rn. 22 – „Gesundheitsbezogener Markenname“.

21) Vgl. *Seehafer* (Fn. 2), Art. 1 VNGA Rn. 12; *Zipfel/Rathke* (Fn. 2), Art. 1 VNGA Rn. 39; *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 1 VNGA Rn. 77; *Holle/Hüttebräuker* (Fn. 2), Art. 1 VNGA Rn. 132.

22) Vgl. *Seehafer* (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 9; *Zipfel/Rathke* (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 32; *Holle/Hüttebräuker* (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 52.

23) Vgl. *Ballke/Böhm*, ZLR 2019, 711, 713.

24) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706, 708 Rn. 12–13 – „Gesundheitsbezogener Markenname“.

25) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706, 709 Rn. 15 – „Gesundheitsbezogener Markenname“.

26) Die selbstverständlich gebotene Irreführungsprüfung vermissen auch *Ballke/Böhm*, ZLR 2019, 711, 714.

27) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706, 710 Rn. 21–22 – „Gesundheitsbezogener Markenname“.

28) Kritisch dazu *Ballke/Böhm*, ZLR 2019, 711, 714–716.

29) OLG Stuttgart, 19.09.2019 – 2 U 65/18, ZLR 2019, 822 – „Calcium Magnesium POWERQUELLE“ m. Anm. *Meisterernst*; der Autor war an dem Verfahren beteiligt, weshalb das Urteil hier nur vorgestellt, aber nicht weiter kommentiert werden soll.

Vorbehalt: Mit beigefügter zugelassener gesundheitsbezogener Angabe wollte sie ihre Marke weiter verwenden, und zwar wie folgt: auf dem Etikett sollte zusätzlich angegeben werden „Das in 500 ml enthaltene CALCIUM UND MAGNESIUM trägt zu einem normalen Energiestoffwechsel, einer normalen Muskelfunktion und zur Erhaltung normaler Knochen bei“. Der Mineralbrunnen berief sich dabei auf Art. 1 Abs. 3 VNGA. Das Problem lag nun darin, dass derartige gesundheitsbezogene Angaben zu Calcium und Magnesium zugelassen sind, die Verwendung dieser Angaben aber nach den speziellen Bedingungen aus dem Anhang zur VO (EU) Nr. 432/2012 voraussetzt, dass das entsprechend beworbene Lebensmittel eine „signifikante Menge“ an den betreffenden Mineralstoffen enthalten muss. Um welche Menge es sich dabei handelt, ist bekanntlich festgelegt in Anhang XIII Teil A Nr. 2 VO (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV). Hier gibt es für flüssige Lebensmittel zwei mögliche Bezugsgrößen, nämlich entweder „100 ml“ oder eine „Portion, wenn die Packung nur eine einzige Portion enthält“. Während 100 ml Mineralwasser der Beklagten keine signifikanten Mengen an Calcium und Magnesium enthielten, war das bei einer „Portion“ von 500 ml anders. Die Wettbewerbszentrale meinte nun, die relevanten Mengen an Mineralstoffen müssten in 100 ml Mineralwasser enthalten sein, der Mineralbrunnen meinte, 500 ml müssten als Bezugsgröße ausreichen.

- 12 Angesichts der Regelung in Anhang XIII Teil A Nr. 2 LMIV konnte das OLG Stuttgart in diesem Fall wie folgt urteilen: *„Entscheidend ist, dass es der Beklagten möglich wäre, ihr Mineralwasser in einer Verpackung anzubieten, die nur eine Portion im Sinne der Norm enthält (...) und die gleichwohl die Vorgaben des 3. Spiegelstrichs zum Gehalt an Calcium und Magnesium erfüllt. Die in dem Wasser enthaltenen Mengen an Calcium und Magnesium sind nicht so niedrig, dass von daher eine zulässige Verwendung der Marke von vornherein ausscheiden müsste“*<sup>30)</sup>. Zwar will sich das Gericht in seiner Entscheidung nicht festlegen, wie groß eine „Portion“ Mineralwasser sein kann oder muss. Es erklärt lediglich: *„Eine Portion ist diejenige Menge, welche der Durchschnittsverbraucher, der auf das Produkt zugreift, üblicherweise in einem einheitlichen Verzehrvorgang zu sich nimmt“*<sup>31)</sup>. Wird nun eine 500 ml-Mineralwasserflasche als Portion akzeptiert<sup>32)</sup>, dann dürfen die für Calcium und Magnesium zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben für dieses Lebensmittel verwendet werden, sofern es eben „signifikante Mengen“ an diesen Mineralstoffen pro Portionspackung enthält. In der Folge kann das „Beifügen“ dieser Angaben nach Art. 1 Abs. 3 VNGA die Verwendung der hier streitigen Marke rechtfertigen. Für die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung spricht letztlich auch die Regelung des Art. 5 Abs. 1 Buchst. d) VNGA, der eine „signifikante Menge“ an Nährstoffen in der vom Verbraucher erwartungsgemäß verzehrten Menge des Lebensmittels verlangt<sup>33)</sup>.

## 2. „Nährwertbezogene Angaben“ – Entscheidungen zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA

- 13 Verschiedene Gerichte mussten sich im vergangenen Jahr mit nährwertbezogenen Angaben befassen. Meist ging es dabei um die Bedingungen, die im Anhang zur VNGA für solche Angaben festgelegt sind, und ihre richtige Auslegung. Gelegentlich ging es auch um weitere Anforderungen der Verordnung, die bei der zulässigen Verwendung nährwertbezogener Angaben nach Art. 8 Abs. 1 VNGA zu beachten sind.

30) OLG Stuttgart, 19.09.2019 – 2 U 65/18, ZLR 2019, 822, 828 – „Calcium Magnesium POWERQUELLE“.

31) OLG Stuttgart, 19.09.2019 – 2 U 65/18, ZLR 2019, 822, 828 – „Calcium Magnesium POWERQUELLE“.

32) Dafür spricht sich *Meisterernst* aus, ZLR 2019, 829, 830.

33) Das betont *Meisterernst*, ZLR 2019, 829, 830.

## a) OLG Frankfurt a. M. – „Anti Hangover Drink“

Der Focus des „Anti Hangover Drink“-Urteils lag zwar auf der Frage, ob die Werbung mit diesem Begriff krankheitsbezogen bzw. ob ein „Hangover“ eine Krankheit i. S. v. Art. 7 Abs. 3 LMIV sein kann, was man in Anbetracht der Weite des lebensmittelrechtlichen Krankheitsverbotens genauso wie das OLG Frankfurt a. M. bejahen darf<sup>34)</sup>. Daneben ging es am Rande aber auch um die Frage, ob die Aussage „reich an Salicin und Flavonoiden“ eine nährwertbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA darstellt, was mit dem Gericht ebenfalls zu bejahen ist: *„Es sind vor allem solche Angaben als nährwertbezogen anzusehen, die sich unmittelbar auf die (...) enthaltenen Inhaltsstoffe mit ernährungsbezogener Wirkung beziehen. (...) Die Angabe bezieht sich auf die in dem Lebensmittel enthaltenen Inhaltsstoffe und vermittelt durch das Adjektiv ‚reich‘ den Eindruck einer positiven ernährungsbezogenen Wirkung“*<sup>35)</sup>. Nun ist der unmittelbare Schluss von „reich an“ auf einen Nährwertbezug an und für sich wenig überzeugend. Im konkreten Fall handelt es sich bei den beworbenen Substanzen allerdings um Stoffe, die nicht nur für ihre physiologischen Eigenschaften bekannt sind. Aus dem Gesamtzusammenhang der Werbung ergab sich auch, dass der werbende Anbieter von Nahrungsergänzungsmitteln diesen Zutaten antioxidative Effekte und damit letztlich eine ernährungsbezogene Wirkung zusprechen wollte.

Problematisch an dem apodiktischen Verbot des OLG Frankfurt a. M. ist jedoch die Tatsache, dass das Gericht offenbar nicht geprüft hat, ob die nährwertbezogene Angabe zulässig ist. Nach Art. 8 Abs. 1 VNGA müsste sie im Anhang zur Verordnung aufgeführt sein und den in der Verordnung festgelegten Bedingungen entsprechen. Aus dem Anhang käme lediglich die Angabe „ENTHÄLT [NAME DER ANDEREN SUBSTANZ]“ in Betracht. Hier wäre dann zu entscheiden gewesen, ob die Worte „reich an“ für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung haben wie „enthält“. Bejaht man das, dann hätte man nach Art. 5 Abs. 1 VNGA weiter prüfen müssen, ob die beworbenen Nahrungsergänzungsmittel „signifikante Mengen“ an Salicin und Mineralstoffen enthielten, bzw. aufklären müssen, welche Mengen dieser Substanzen als signifikant anzusehen sind. Verneint man das, dann könnte man sich noch zu der Frage äußern, ob „andere Substanzen“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 VNGA – etwa in Analogie zu Vitaminen, Mineralstoffen, Proteinen und Ballaststoffen – mit Aussagen zu einem hohen Gehalt beworben werden dürfen oder nicht<sup>36)</sup>. Diese Erkenntnis wäre gewiss interessant gewesen. Ohne ein klärendes Wort aus Frankfurt muss die Frage aber offen bleiben, was in der Praxis nur bedeuten kann, dass hohe Gehalte an anderen Substanzen mangels ausdrücklicher Zulassung lieber nicht angepriesen werden sollten.

## b) OLG Celle – „Kein zugesetzter Zucker“

Neue, wenn auch nicht überraschende Erkenntnisse liefert das OLG Celle in seinem Urteil zum Thema „Kein zugesetzter Zucker“<sup>37)</sup>. Dass das Gericht diese Auslobung als nährwertbezogen einstufte<sup>38)</sup>, konnte angesichts der gesetzlichen Regelung in

34) OLG Frankfurt a. M., 12.09.2019 – 6 U 114/18, WRP 2020, 104 = MD 2019, 1149 – Unzulässige Werbung für Lebensmittel mit krankheitsbezogenen Aussagen und Begriff der nährwertbezogenen Angabe.

35) OLG Frankfurt a. M., 12.09.2019 – 6 U 114/18, WRP 2020, 104, 108 Rn. 32–33 = MD 2019, 1149, 1157 – Unzulässige Werbung für Lebensmittel mit krankheitsbezogenen Aussagen und Begriff der nährwertbezogenen Angabe.

36) Jedenfalls die nährwertbezogene Angabe „ERHÖHTER [NAME DES NÄHRSTOFFS]-ANTEIL“ ist nur für „Nährstoffe“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 VNGA zugelassen, nicht dagegen für „andere Substanzen“ i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 3 VNGA; vgl. *Seehafer* (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 27; *Zipfel/Rathke* (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 19; *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 72; *Holle/Hüttenbräu* (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 100.

37) OLG Celle, 06.09.2019 – 13 U 69/18, MD 2019, 1143 – „Kein zugesetzter Zucker“.

38) OLG Celle, 06.09.2019 – 13 U 69/18, MD 2019, 1143, 1146 – „Kein zugesetzter Zucker“.

Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b) Nr. iii) VNGA gar nicht anders sein<sup>39)</sup>. Nach den speziellen Bedingungen aus dem Anhang der VNGA ist die nährwertbezogene Angabe „OHNE ZUCKER-ZUSATZ“ jedoch nur zulässig, „wenn das Produkt keine zugesetzten Mono- und Disaccharide oder irgendein anderes wegen seiner süßenden Wirkung verwendetes Lebensmittel enthält“. Im konkreten Fall bestand das beworbene Lebensmittel „A. Vitalkost“ jedoch zu 25% aus Honig, der von der Beklagten nach eigenem Vortrag zum Süßen eingesetzt wurde. Damit waren die eben genannten gesetzlichen Bedingungen „unstreitig nicht erfüllt“<sup>40)</sup>. Honig gilt in der Literatur schon von Anfang an als ein Standardbeispiel für Lebensmittel, die wegen ihrer süßenden Wirkung eingesetzt werden können<sup>41)</sup>, vermutlich weil Honig im Wesentlichen aus Zucker besteht, weshalb die Auslobung „kein zugesetzter Zucker“ für Honig-haltige Produkte auch regelmäßig irreführend sein dürfte. Insofern bestätigt die Entscheidung des OLG Celle die Literatur, wenn auch ohne sie zu zitieren.

### c) OLG Celle – „Trockenfrüchte“

17 Das „Trockenfrüchte“-Urteil des OLG Celle bringt Klarheit hinsichtlich der Bezugsgröße einer „signifikanten Menge“ an Vitaminen und Mineralstoffen<sup>42)</sup>. Aufgrund der bereits erwähnten Bedingungen für die Zulassung der nährwertbezogenen Angabe „[NAME DES VITAMINS] UND/ODER [NAME DES MINERALSTOFFS]-QUELLE“ müssen dafür nach Anhang XIII Teil A Nr. 2 LMIV regelmäßig mindestens 15% der Referenzmenge eines dieser Nährstoffe in 100 g oder 100 ml eines Lebensmittels enthalten sein; bei der Auslobung „HOHER GEHALT“ eines dieser Stoffe ist die vorgeschriebene Menge „das Doppelte“, also 30% der Referenzmenge. Vergleichbare Regelungen bestehen für die Angaben „BALLASTSTOFFQUELLE“ und „HOHER BALLASTSTOFFGEHALT“, die Mindestmengen von 3 g bzw. 6 g Ballaststoffe „pro 100 g“ vorsehen. Daran hatte sich auch ein Anbieter von Nüssen und Trockenfrüchten orientiert und verschiedene seiner Produkte u.a. mit „hoher Eisen-/Vitamin E-Gehalt“, „hoher Gehalt an Magnesium/Vitamin C/Selen“ und „hoher Gehalt an Ballaststoffen“ ausgelobt. Doch trotz der Tatsache, dass seine Lebensmittel tatsächlich mehr als 30% der Referenzmengen an Nährstoffen pro 100 g aufwiesen, wurde ihm diese nährwertbezogene Bewerbung der Produkte im Eilverfahren höchstrichterlich untersagt.

18 Das hätte den Anbieter eigentlich nicht überraschen dürfen. Denn Art. 8 Abs. 1 VNGA verlangt für nährwertbezogene Angaben neben der Auflistung im Anhang zur Verordnung zusätzlich noch die Einhaltung der „in dieser Verordnung festgelegten Bedingungen“. Dazu gehört insbesondere auch Art. 5 Abs. 1 Buchst. d) VNGA, der eine „signifikante Menge“ eines Nährstoffs unabhängig von den Bedingungen des Anhangs vorschreibt, und zwar in der „Menge des Produkts, deren Verzehr vernünftigerweise erwartet werden kann“<sup>43)</sup>. Den Zweck dieser Regelung, die letztlich Irreführungsgefahren vermeiden soll, nennt Erwägungsgrund 15 VNGA, den das OLG Celle eingangs seiner Urteilsgründe wörtlich zitiert<sup>44)</sup>: „Um zu gewährleisten, dass die Angaben der Wahrheit entsprechen, muss die Substanz, die Gegen-

stand der Angabe ist, im Endprodukt in einer ausreichenden Menge vorhanden (...) sein, um die behauptete ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung zu erzeugen. (...) Außerdem sollte – falls sachgerecht – eine wesentliche Menge der Substanz, die für die behauptete ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung verantwortlich ist, durch den Verzehr einer vernünftigerweise anzunehmenden Menge des Lebensmittels bereitgestellt werden.“ Vor diesem Hintergrund konnte das Gericht überzeugend urteilen: „Abzustellen ist (...) nicht auf diese Menge von 100 g, sondern (...) auf den Nährstoffgehalt in der vernünftigerweise zu erwartenden Verzehrmenge (...). Diese Betrachtung entspricht dem Sinn und Zweck der Verordnung, die Wahrheit nährwertbezogener Angaben bezogen auf die tatsächlich vom Verbraucher aufgenommene Menge der Substanz sicherzustellen. (...) Vielmehr geht es nur darum, bei solchen Lebensmitteln, die zwar eine signifikante Menge in 100 g enthalten, aber in Mengen von weniger als 100 g konsumiert werden (wie z. B. Brotaufstriche, Öle, Gewürze und auch Nüsse) auf die typische Verzehrmenge abzustellen (...)“<sup>45)</sup>.

Um zu verstehen, dass das richtig ist, muss man nicht gleich mit dem Ordnungsgeber das große philosophische Konzept der Wahrheit bemühen. Das Beispiel der Gewürze macht es schon anschaulich genug<sup>46)</sup>: Kein Gewürz wird in Mengen von 100 g verzehrt. Enthalten 100 g Gewürze eine „signifikante Menge“ eines Nährstoffs, dann ist mit einem normalen Verzehr von ein paar Gramm Gewürzen eben nicht gewährleistet, dass eine signifikante Menge des Nährstoffs aufgenommen wird. „Mit einem Hauch von Paprika“ mag als geschmacksbezogene Angabe zulässig sein, die Auslobung des darin enthaltenen Vitamin C scheitert daran, dass 1 g Paprikapulver nicht einmal ein Zehntel einer „signifikanten Menge“ an Vitamin C aufweist. Der Sachverhalt des Streits vor dem OLG Celle lag ähnlich: Der Verfügungskläger hatte unwidersprochen vortragen können, „dass die vernünftigerweise zu erwartenden (sic!) Verzehrmenge für Nüsse und Trockenfrüchte deutlich unter 100 g, nämlich bei ca. 25-50 g liegt. (...) Die Verfügungsbeklagte hat hier weder dargetan noch unter Beweis gestellt, dass sie überhaupt Ermittlungen über den vernünftigerweise zu erwartenden Verzehr ihrer Produkte angestellt hat, geschweige denn, dass diese Ermittlungen eine Verzehrmenge von 100 g ergeben haben. Vielmehr beruft sich die Verfügungsbeklagte auf diese Menge von 100 g ‚nur‘ als die ihrer Auffassung nach maßgebliche Vergleichsmenge gemäß Anhang XIII zur LMIV, (...)“<sup>47)</sup>. Wenn es zutrifft, dass ein täglicher Verzehr von 100 g Nüssen und Trockenfrüchten vernünftigerweise nicht zu erwarten ist, dann durften die streitigen Produkte auch nicht nährwertbezogen mit hohen Vitamin- und Mineralstoffgehalten beworben werden. Eine Irreführungsprüfung würde voraussichtlich zum selben Ergebnis kommen; dem Verbraucher dürfen keine signifikanten Mengen an Nährstoffen suggeriert werden, wenn er solche Mengen erwartungsgemäß gar nicht zu sich nehmen wird. Bei der nährwertbezogenen Bewerbung von Lebensmitteln, die normalerweise in Mengen von weniger als 100 g oder auch 100 ml verzehrt werden, darf die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 Buchst. d) VNGA deshalb nicht übersehen werden. Angaben zu Vitaminen und Mineralstoffen sind dann nur zulässig, wenn eine Portion des Produkts eine „signifikante Menge“ des beworbenen Stoffs enthält.

39) Vgl. auch Seehafer (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 15 u. Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 44a.

40) OLG Celle, 06.09.2019 – 13 U 69/18, MD 2019, 1143, 1146 – „Kein zugesetzter Zucker“.

41) Vgl. nur Seehafer (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 15; Zipfel/Rathke (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 14; Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 41; Holle/Hüttebräuker (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 63.

42) OLG Celle 06.06.2019 – 13 U 2/19, <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KORE219912019&st=null&showdoccase=1> – „Trockenfrüchte“.

43) Vgl. dazu Holle/Hüttebräuker (Fn. 2), Art. 8 Rn. 63.

44) OLG Celle, 06.06.2019 – 13 U 2/19, <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KORE219912019&st=null&showdoccase=1>, Rn. 6 – „Trockenfrüchte“.

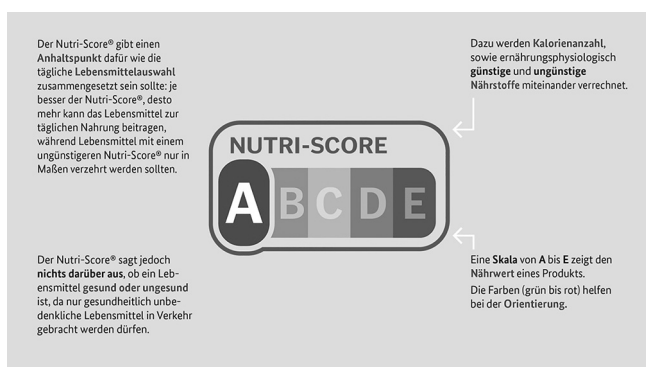
45) OLG Celle, 06.06.2019 – 13 U 2/19, <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KORE219912019&st=null&showdoccase=1>, Rn. 9 – „Trockenfrüchte“.

46) Vgl. Zipfel/Rathke (Fn. 2), Art. 8 VNGA Rn. 21.

47) OLG Celle, 06.06.2019 – 13 U 2/19, <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=KORE219912019&st=null&showdoccase=1>, Rn. 10 – „Trockenfrüchte“.

#### d) LG Hamburg – „Nutri-Score“

20 „Als erweitertes Nährwertkennzeichen für Deutschland will ich den Nutri-Score einführen“, sagte Bundesministerin Klöckner am 30.09.2019 auf einer Pressekonferenz ihres Ministeriums<sup>48</sup>). Wer dazu auf der Internetseite des BMEL recherchiert<sup>49</sup>), kann den Eindruck gewinnen, das „Nutri-Score“-Urteil des LG Hamburg sei den zuständigen Beamten nicht bekannt gewesen<sup>50</sup>); sie verlieren dazu jedenfalls kein Wort. Dabei lohnt es sich, anzuschauen, aus welchen Gründen ein für diese Entscheidung zuständiges Zivilgericht die angeblich so verständliche Form der Nährwertkennzeichnung verbieten musste. Die Antragsgegnerin hatte das aus Frankreich stammende fünffarbige Buchstaben-symbol<sup>51</sup>) auf den Packungen einiger Tiefkühlerzeugnisse eingeführt. Der Antragsteller hielt diese Art der Kennzeichnung einzelner Lebensmittel u. a. für unzulässige nährwertbezogene Angaben.



[Schaubild]<sup>52</sup>)

21 Dieser Auffassung folgte das Gericht und verbot die Verwendung der farblich unterlegten Buchstabensymbole für die betreffenden Produkte als Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 VNGA. Zur Begründung dafür heißt es im Urteil zunächst zur Anwendung von Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA: „Da sich die besonderen positiven Nährwert-eigenschaften (...) aus dem Brennwert des beworbenen Lebensmittels oder den in ihm enthaltenen Nährstoffen oder Substanzen ergeben, muss sich auch das durch die Angabe hervorgerufene Verbraucherverständnis auf eine Eigenschaft beziehen, die der durch das Lebensmittel gelieferten Energie oder einem bestimmten, in ihm enthaltenen Nährstoff oder einer anderen Substanz geschuldet ist. Wie sich aus dem eigenen ‚Nutri-Score‘-Verständnis der Antragsgegnerin und der bei den angesprochenen Verbrauchern danach gebildeten Vorstellung ergibt, handelt es sich vorliegend jedenfalls dann um mittelbar die positiven Nährwert-eigenschaften des Lebensmittels zum Ausdruck bringende Angaben, wenn der ‚Nutri-Score‘ für ein Lebensmittel die Farbstufen dunkelgrün/A oder hellgrün/B anzeigt. Die Antragsgegnerin weist auf ihrer Internet-Seite in den Verbraucher-Informationen (...) selbst darauf hin, dass der ‚Nutri-

Score‘ für den Verbraucher eine einfache und leicht verständliche Einordnung des Nährwertprofils eines Produkts darstellt und das Ergebnis einer Abwägung von günstigen und ungünstigen Nährwertelementen mittels einer Farbskala von ‚A‘ in dunkelgrün (günstige Bilanz) bis zu einem dunkelroten ‚E‘ (ungünstig) abbildet (...). Demgemäß wird der Verbraucher annehmen, die Nährwertqualität bzw. -zusammensetzung des Produkts sei im Ganzen betrachtet bei einer Kennzeichnung eines Produkts mit dunkelgrün/A oder hellgrün/B sehr positiv bzw. positiv. Der ‚Nutri-Score‘ ist erklärtermaßen dazu bestimmt, gegenüber dem Verbraucher die besonderen positiven Eigenschaften der mit dunkelgrün/A bzw. hellgrün/B bezeichneten Produkte im Blick auf ihre Inhaltsstoffe herauszustellen“<sup>53</sup>). Da sich im Anhang zur VNGA keine solchen Angaben finden, nicht einmal solche mit voraussichtlich derselben Bedeutung, untersagte das LG Hamburg die Verwendung der beiden grünen Buchstaben. Angesichts dieser überzeugenden Entscheidungsgründe kann gegenwärtig keinem risikobewussten Lebensmittelunternehmer zur Verwendung des „Nutri-Score“ geraten werden. Er ist offenbar europarechtswidrig und es ist augenblicklich auch keine rechtlich tragfähige Rechtfertigung ersichtlich.

Die drei anderen Buchstaben hielt das Gericht allerdings nicht für unzulässige nährwertbezogene Angaben – „soweit dort jeweils der Score auf der Farbstufe gelb/C, orange/D oder rot/E hervorgehoben bzw. markiert ist, (...) fehlt es an der Angabe besonderer positiver Nährwert-eigenschaften (...). Unstreitig bedeuten diese Markierungen auch nach dem Verbraucherverständnis des ‚Nutri-Score‘, dass die Nährstoff-eigenschaften (sic!) des jeweiligen Produkts bei diesen Farbstufen lediglich als neutral, ungünstig oder sehr ungünstig aufgefasst werden“<sup>54</sup>). Auch an dieser Einschätzung lässt sich vermutlich kaum rütteln. Doch nützt sie der werbenden Lebensmittelwirtschaft wenig. Niemand will freiwillig auf ungünstige Nährwert-eigenschaften seiner Produkte hinweisen und der französische Markenlizenzgeber erlaubt keine Beschränkung des „Nutri-Score“ auf einzelne Produkte. Es ist deshalb spannend, wie das BMEL sein angekündigtes Vorhaben verwirklichen wird.

#### 3. „Gesundheitsbezogene Angaben“ – Entscheidungen zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA

Immer wieder ging es im letzten Jahr vor Gericht auch um gesundheitsbezogene Angaben. Wenn eine Werbeaussage gesundheitsbezogen ist, dann ist sie nach Art. 10 Abs. 1 VNGA grundsätzlich verboten, sofern sie nicht ausdrücklich zugelassen ist. Wer für seine Werbung nicht über die erforderliche Zulassung verfügt, kann diesem generellen Werbeverbot also nur mit Aussagen entkommen, die gar nicht als gesundheitsbezogen einzustufen, mit zugelassenen Angaben aus Verbrauchersicht gleichbedeutend<sup>55</sup>) oder ggf. als allgemeiner gesundheitsbezogener Verweis zulässig sind. Insbesondere zu diesen Konstellationen haben sich mehrere Gerichte geäußert.

#### a) OLG Köln – „Kinderwunschtee“

Was versteht ein verständiger Durchschnittsverbraucher unter einem „Kinderwunschtee“? Darüber hatte das OLG Köln zu befinden<sup>56</sup>). Gegen den Vorwurf, sie verwende mit dieser Bezeichnung für ihren Kräutertee eine – nicht zugelassene – gesundheitsbezogene Angabe, verteidigte sich die Beklagte mit dem Einwand, „Kinderwunschtee“ sei eine – zulässige – Gattungsbezeichnung, die zudem keine Wirkungen des Produkts beschrei-

48) Vgl. Pressemitteilung des BMEL vom 30.09.2019, [https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2019/197-eNWK.html?\\_\\_blob=poster&v=3](https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2019/197-eNWK.html?__blob=poster&v=3)

49) [https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/FreiwilligeKennzeichnung/\\_Texte/Naehrwertkennzeichnungs-Modelle-MRI-Bericht.html](https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/FreiwilligeKennzeichnung/_Texte/Naehrwertkennzeichnungs-Modelle-MRI-Bericht.html). Vgl. hierzu auch Meisternerst, Editorial WRP Heft 3/2020

50) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167 – „Nutri-Score“; die beteiligten Parteien haben sich „aufgrund der nunmehr auch in Deutschland politisch gewollten Einführung des Nutri-Scores,“ außergerichtlich verständigt, das Berufungsverfahren vor dem OLG Hamburg nicht zu Ende zu führen, vgl. die Pressemeldung „Weg frei für Nutri-Score bei iglo“ vom 11.11.2019, abrufbar unter <https://www.iglo.de/presse-und-aktuelles/presse-navigation/pressemitteilungen>.

51) Vgl. <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/articles/nutri-score>.

52) Schaubild „Nutri-Score.jpg?sessionid=559F1A8F41CFAAAE0B6F144F09074727.1\_cid385“; [https://www.bmel.de/SharedDocs/Bilder/Fachbereiche/Ernaehrung/Schaubild%20Nutri-Score.jpg?sessionid=559F1A8F41CFAAAE0B6F144F09074727.1\\_cid385?\\_\\_blob=poster&v=3](https://www.bmel.de/SharedDocs/Bilder/Fachbereiche/Ernaehrung/Schaubild%20Nutri-Score.jpg?sessionid=559F1A8F41CFAAAE0B6F144F09074727.1_cid385?__blob=poster&v=3).

53) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167, 168 – „Nutri-Score“.

54) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167, 169 – „Nutri-Score“.

55) Vgl. dazu auch Holle/Hüttebräuker (Fn. 2), Art. 5 VNGA Rn. 75; Meisternerst/Haber (Fn. 2), Art. 5 VNGA Rn. 17a-17b; Zipfel/Rathke (Fn. 2), Art. 5 VNGA Rn. 26.

56) OLG Köln, 21.06.2019 – 6 U 181/18, WRP 2019, 1221 = MD 2019, 857 – „Kinderwunschtee“.

be. Welche Wirkungen sollten das auch sein? Wünscht sich jemand Kinder, wenn bzw. weil er oder sie „Kinderwunschtee“ trinkt? Oder erwartet irgendjemand, durch den Verzehr von „Kinderwunschtee“ gingen (eigene oder vielleicht auch fremde) Kinderwünsche in Erfüllung? Verbraucher, die an den Klapperstorch glauben, sind gewiss nicht als verständig im Sinne der Rechtsprechung anzusehen. Einen Gesundheitsbezug, und sei es auch nur einen mittelbaren oder suggerierten, kann der Bezeichnung „Kinderwunschtee“ gewiss kein verständiger Verbraucher entnehmen. Wie konnte das Gericht dann zur Einstufung von „Kinderwunschtee“ als gesundheitsbezogene Angabe kommen?

**25** Die zuständigen Richter am OLG Köln entschieden: *„Der Senat kann in diesem Zusammenhang das Verkehrsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise selbst beurteilen. Zwar richtet sich die Werbung an Frauen, die einen Kinderwunsch haben. Diese verfügen jedoch nicht über besondere Kenntnisse oder Erfahrungen, die von denen des Durchschnittsverbrauchers abweichen. Daher kann der Senat, der in Wettbewerbssachen seit Jahren erfahren ist, das Verständnis selbst beurteilen. (...) Die Bezeichnung ‚Kinderwunschtee‘ wird (...) nicht als Gattungsbezeichnung wahrgenommen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die behaupteten Eigenschaften des Tees, nämlich die Auswirkungen auf einen Kinderwunsch, näher beschrieben werden. Der angesprochene Verkehr wird daher in der Bezeichnung die gewünschte Wirkweise sehen (...). Der angesprochene Verkehr wird die Bezeichnung daher dahin verstehen, dass das Produkt der Beklagten dazu dient, Abweichungen des körperlichen Zustands, die einer Empfängnis im Wege stehen, zu lindern und so die Empfängnis zu ermöglichen. Dies stellt eine Verbesserung des Gesundheitszustandes dar“<sup>57)</sup>. Es kommt nach Auffassung erfahrener Richter also entscheidend auf den Kontext an, in dem der „Kinderwunschtee“ präsentiert wurde. Erfährt man dessen Einzelheiten aus den Urteilsgründen, dann kann man besser verstehen, warum die Bezeichnung für den Kräutertee verboten wurde.*

**26** Zu dessen Bewerbung hieß es nämlich, dass die enthaltenen Pflanzenstoffe „den Zyklus harmonisieren und so den Eisprung fördern“, dass der „Körper entspannt werde und Stress abbaue“, und dass der Tee sogar eine „luststeigernde Wirkung“ habe<sup>58)</sup>. Bei diesen drei Aussagen handelt es sich gewiss um gesundheitsbezogene Angaben. Problematisch erscheint jedoch, dass derartige Werbeaussagen ausreichen sollen, um auch die Bezeichnung des Tees selbst als gesundheitsbezogen anzusehen. Denn bei allem Respekt vor der Erfahrung der Richter am OLG Köln: Die Bezeichnung des Tees allein suggeriert doch allenfalls Esoterik oder Schamanismus, was beides (noch) nicht verboten ist. Für eine Einstufung als gesundheitsbezogene Angabe gibt der Begriff selbst dagegen nichts her, eine bessere Empfängnis müsste man jedenfalls hineinlesen, sie wird nicht suggeriert. Insoweit wurde in Köln doch zu streng geurteilt. Lediglich in Verbindung mit den drei zusätzlichen Werbeaussagen ließ sich ein Verbot der Bezeichnung „Kinderwunschtee“ rechtfertigen. Deswegen ist auch bei der Verwendung an und für sich unverdächtiger Begriffe stets auf den Zusammenhang zu achten, in dem sie Verbrauchern und Gerichten entgegnet werden können.

#### b) OLG Karlsruhe – „Zykluszauber-Tee“

**27** Besser erging es im Gegensatz dazu einer Anbieterin von „Zykluszauber-Tee“ vor dem OLG Karlsruhe<sup>59)</sup>. Sie hatte im Internet geworben: „Zykluszauber-Tee enthält feinste Kräuter speziell ab-

gestimmt auf die Funktionen des weiblichen Organismus vor der Periode“. Zwar wurde auch diese Aussage als gesundheitsbezogen eingeordnet, weil mit ihr nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise „eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Tees impliziert wird“<sup>60)</sup>. Das lässt sich schwerlich bestreiten. Doch entkam die Beklagte trotzdem einem gerichtlichen Verbot. Denn das OLG Karlsruhe erkannte weiter richtig, *„dass die gesundheitsbezogene Angabe in der Werbung der Beklagten unspezifisch ist und daher grundsätzlich Art. 10 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 unterfällt. Die Angabe ist mangels Bestimmtheit nicht zulassungsfähig im Sinne des Art. 13 Abs. 1 der Verordnung. Mit ihr wird (...) nur eine allgemeine Förderung des gesundheitlichen Wohlbefindens der Frau während der Zeit vor ihrer Periode behauptet, jedoch nicht auf bestimmte, durch den Tee geförderte oder unterstützte Funktionen des weiblichen Körpers Bezug genommen.“*

*Dies wird entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht durch den Satz ‚Wir empfehlen einen regelmäßigen Konsum des Tees während des gesamten Zyklus, damit die Frauenheilkräuter die gewünschte Wirkung haben können‘ nicht verändert. (...) Weiter beanstandet der Klageantrag diesen Satz nicht, sondern setzt den Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlich nach Auffassung der Klägerin zu beanstandenden Äußerung bei der Angabe über die Abstimmung des Tees auf Funktionen des weiblichen Organismus. (...) Auch in dieser vom Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgegriffenen Wendung wird völlig unspezifisch auf eine ‚gewünschte‘ Wirkung des Genusses des Lebensmittels abgehoben, ohne dass damit nach dem maßgebenden Verständnis des normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bestimmte körperliche Funktionen angesprochen oder wenigstens erkennbar wären. Ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen dem Zykluszauber-Tee als Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und einer Funktion des menschlichen Organismus andererseits (...) wird dadurch nicht hergestellt. Ausschlaggebend ist letztlich, dass die beanstandete Angabe ‚speziell abgestimmt auf die Funktionen des weiblichen Körpers vor der Periode‘ auch im Lichte der im nächsten Absatz der Werbung gegebenen Verzehrempfehlung nicht in einem Verfahren nach Art. 13 oder Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 zugelassen werden könnte“<sup>61)</sup>. Den Freispruch der Aussage begründete das Gericht schließlich mit der „Vitalpilze“ Rechtsprechung des BGH<sup>62)</sup>, die der BGH zwar inzwischen – wie oben dargestellt – aufgegeben hat<sup>63)</sup>, allerdings nicht für pflanzliche Stoffe. Sehr zu begrüßen ist die Entscheidung trotzdem. Denn sie bestätigt, dass die Abstimmung einer Rezeptur auf einen Organismus ebenso unspezifisch ist wie die Auslobung einer „gewünschten“ Wirkung. Wer derart allgemein auf Gesundheitsbezüge verweist, darf das nach Art. 10 Abs. 3 VNGA tun, sofern er eine zugelassene spezifische gesundheitsbezogene Angabe beifügen kann. Es besteht dann von Gesetzes wegen kein Grund, solche Werbung zu verbieten – erst recht nicht in Fällen, in denen mit dem Wortbestandteil „(...) zauber“ unmissverständlich auf Hokusfokus Bezug genommen wird und nicht auf belegbare Wirkungszusammenhänge.*

#### c) OLG Hamburg – „Vitamin B12 und Blutbildung“

In der „Vitamin B12 und Blutbildung“-Entscheidung des OLG Hamburg ging es u. a. darum, ob die verwendete Werbeaussage **28** „Vitamin B12 und (...) unterstützen die (...) Blutbildung“ und die zugelassene gesundheitsbezogene Angabe „Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei“ i. S. v. Erwä-

57) OLG Köln, 21.06.2019 – 6 U 181/18, WRP 2019, 1221, 1224 Rn. 42-46 = MD 2019, 857, 863 – „Kinderwunschtee“.

58) OLG Köln, 21.06.2019 – 6 U 181/18, WRP 2019, 1221, 1224 Rn. 47-49 = MD 2019, 857, 863 – „Kinderwunschtee“.

59) OLG Karlsruhe, 27.02.2019 – 6 U 87/18, MD 2019, 594 – „Zykluszauber-Tee“ m. Anm. Welzel.

60) OLG Karlsruhe, 27.02.2019 – 6 U 87/18, MD 2019, 594, 597 – „Zykluszauber-Tee“.

61) OLG Karlsruhe, 27.02.2019 – 6 U 87/18, MD 2019, 594, 598 – „Zykluszauber-Tee“.

62) OLG Karlsruhe, 27.02.2019 – 6 U 87/18, MD 2019, 594, 600 – „Zykluszauber-Tee“.

63) BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 = MD 2019, 1140, 1142 – 1143, Rn. 18 – „Gelenknahrung III“.



gungsgrund 9 der ZulassungsVO (EU) Nr. 432/2012 „aus Verbrauchersicht gleichbedeutend“ sind<sup>64</sup>). Zu dieser Frage hielt das Gericht zunächst fest, dass „auch mit einer zugelassenen Angabe gleichbedeutende, also inhaltlich übereinstimmende Angaben verwendet werden“ dürfen<sup>65</sup>), und betonte weiter: „Eine verwendete Angabe kann ferner nur dann als gleichbedeutend mit einer zugelassenen Angabe angesehen werden, wenn sich aus der im Zulassungsverfahren abgegebenen Stellungnahme der EFSA ergibt, dass die mit der verwendeten Angabe aufgestellte Wirkungsbehauptung von der mit der zugelassenen Angabe aufgestellten Wirkungsbehauptung gedeckt ist“<sup>66</sup>). Das ist wichtig und richtig, nicht zuletzt weil die EFSA-Stellungnahmen im Anhang zur VO (EU) Nr. 432/2012 ausdrücklich aufgelistet und damit qua Bezugnahme gesetzlicher Bestandteil der jeweiligen Zulassung sind<sup>67</sup>).

29 Erfreulicherweise gelangte das Gericht auf dieser Grundlage zu der Einschätzung, dass die Beklagte anstelle des gesetzlich vorgesehenen Wortes „beitragen“ auch „unterstützen“ sagen darf. Denn es „besteht im Hinblick auf die Verwendung des Verbs ‚unterstützen‘ in der streitgegenständlichen Werbeangabe statt des in der zugelassenen Angabe verwendeten Verbs ‚beitragen‘ bei Zugrundelegung der aktuellen BGH-Rechtsprechung keine relevante Abweichung, denn der Verbraucher versteht unter einer Unterstützung nichts anderes als einen Beitrag“<sup>68</sup>). Ähnlich wie „fördern“ kann somit anerkanntermaßen auch „unterstützen“ ab sofort die Standardformulierung „beitragen“ aus der gesetzlichen Zulassung als Synonym ersetzen.

30 Doch dann überspannt das Gericht den Bogen, wenn es meint, die Blutbildung sei – aus Verbrauchersicht – nicht gleichbedeutend mit der Bildung roter Blutkörperchen. Die Begründung dafür lautet kurzgefasst wie folgt: „Der angesprochene Verkehr versteht die streitgegenständliche Angaben jedoch – zumindest auch – dahin, dass jeder der dort genannten beiden Nährstoffe für sich, d. h. auch der Nährstoff Vitamin B12, die Blutbildung insgesamt unterstütze. Tatsächlich wird jedoch von dem Nährstoff Vitamin B12 nur die Bildung eines (einzigen) Blutbestandteils, nämlich der roten Blutkörperchen, unterstützt. (...) Demgegenüber geht aus der Stellungnahme der EFSA im Verfahren zur Zulassung der Angabe ‚Vitamin B12 trägt zu einer normalen Bildung roter Blutkörperchen bei‘ hervor, dass Vitamin B12 nach den zum Zulassungszeitpunkt vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen lediglich zur normalen Bildung von roten Blutkörperchen beiträgt, Auswirkungen auf die normale Bildung weiterer Blutbestandteile sind dort hingegen nicht angesprochen. Schon danach kann nicht festgestellt werden, dass die EFSA es als – durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise – abgesichert erachtet hat, dass die Gabe von Vitamin B12 zu einer normalen Blutbildung (insgesamt) beiträgt“<sup>69</sup>).

31 Naturwissenschaftlich lässt sich gewiss zwischen dem gesamten Blut einerseits und den roten Blutkörperchen andererseits differenzieren. Doch von Gesetzes wegen kommt es – nicht zuletzt aufgrund von Erwägungsgrund 16 VNGA – insoweit nicht auf die EFSA, sondern auf das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers an. Da rote Blutkörperchen neben Wasser den weitaus wichtigsten Bestandteil des Blutes darstellen, liegt in ihrer Unterstützung selbstverständlich auch ein wesentlicher Beitrag zur

Blutbildung insgesamt. Es ist jedenfalls nicht vorstellbar, dass ein verständiger Verbraucher das anders beurteilen würde. So kann das Hamburger Urteil nur als Mahnung dienen, ggf. noch einmal mit der Goldwaage nachzuwiegen, bevor man eine verständlichere Formulierung einer zugelassenen gesundheitsbezogenen Angabe wählt – vor Gericht kann sie als nicht gleichbedeutend eingeordnet werden und ist dann auch nicht zulässig.

#### d) OLG Brandenburg – „Zu jedem Antibiotikum“

Vor dem OLG Brandenburg wurde gestritten, weil ein Nahrungsergänzungsmittel mit der Aussage „Zu jedem Antibiotikum“ gekennzeichnet worden war<sup>70</sup>). Der Verfügungskläger sah darin eine krankheitsbezogene Werbung i. S. v. Art. 7 Abs. 3 LMIV, zumindest aber eine gesundheitsbezogene Angabe i. S. v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA. Beide Vorwürfe wurden vom angerufenen Gericht mit überzeugender Begründung verneint. Nicht gesundheitsbezogen ist die Werbung nach Auffassung des OLG Brandenburg insbesondere aufgrund folgender Überlegungen: „Keine gesundheitsbezogenen Angaben (...) sind hingegen solche, die sich in Abgrenzung zum gesundheitsbezogenen Wohlbefinden lediglich auf das allgemeine Wohlbefinden beziehen (...). Solche Angaben fallen schon nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (...). Hierunter fallen insbesondere Angaben, die lediglich einen Verzehrzeitpunkt oder eine Zielgruppe adressieren (...). Auf dieser Grundlage kann nicht festgestellt werden, ob der maßgebliche Verkehrskreis der Bezeichnung ‚Zu jedem Antibiotikum‘ einen gesundheits-spezifischen Zusammenhang beimitst oder diese Formulierung eher (...) dahingehend versteht, dass das Nahrungsergänzungsmittel antibiotikaverträglich sei und demnach auch bei Antibiotikaeinnahme bedenkenfrei eingenommen werden könne. (...) Auch die Verzehrempfehlung auf der Produktverpackung, wonach O. während der Antibiotikagabe zweimal täglich eingenommen werden sollte, begründet einen spezifischen Gesundheitsbezug (...) nicht. Allein aus der Verzehrempfehlung kann ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen dem beworbenen Produkt und einer Funktion des menschlichen Organismus nicht entnommen werden“<sup>71</sup>).

Ähnlich wie im oben vorgestellten im Falle des „Zykluszauber Tees“ kann offensichtlich nicht jeder Verzehranlass in einen Gesundheitsbezug umgedeutet werden. Und die bloße Verträglichkeit eines Lebensmittels begründet auch nicht immer einen Zusammenhang mit der Gesundheit. Die Entscheidung ist deswegen zu begrüßen und kann in der Praxis vielleicht helfen, vergleichbare Auslobungen zu rechtfertigen<sup>72</sup>).

#### e) LG Hamburg – „Nutri Score“

Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle noch einmal aus dem „Nutri-Score“-Urteil des LG Hamburg zitiert werden<sup>73</sup>), da der Antragsteller die Verwendung der Farbsymbole durch die Antragsgegnerin auch für unzulässige gesundheitsbezogene Angaben hielt. In diesem Punkt folgte das Gericht der gegenteiligen Auffassung: „Das ‚Nutri-Score‘-Logo gibt unmittelbar lediglich Auskunft über Einstufung der Nährwertigenschaften eines Lebensmittels als eher positiv oder eher negativ. Aufgrund dessen nimmt der Verbraucher in Unkenntnis weiterer Erläuterungen über die Ermittlungskriterien des ‚Nutri-Score‘ laut Internetseite der Antragsgegnerin zunächst nur wahr, dass die grün gekennzeichneten Produkte eher gute und die gelb, orange und rot gekennzeichneten Produkte eher neutrale bzw. schlechtere Lebensmittelbestandteile enthalten

64) OLG Hamburg, 17.01.2019/28.03.2019 – 3 U 105/16, ZLR 2019, 718 = MD 2019, 725 – „Vitamin B 12 und Blutbildung“.

65) OLG Hamburg, 17.01.2019 – 3 U 105/16, ZLR 2019, 718, 729 = MD 2019, 725, 732 – „Vitamin B 12 und Blutbildung“.

66) OLG Hamburg, 17.01.2019 – 3 U 105/16, ZLR 2019, 718, 730 = MD 2019, 725, 732 – „Vitamin B 12 und Blutbildung“.

67) Vgl. dazu auch Meisternerst/Haber (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 4b a. E u. Holle/Hüttebräuer (Fn. 2), Art. 10 VNGA Rn. 29.

68) OLG Hamburg, 17.01.2019 – 3 U 105/16, ZLR 2019, 718, 730 = MD 2019, 725, 733 – „Vitamin B 12 und Blutbildung“.

69) OLG Hamburg, 17.01.2019 – 3 U 105/16, ZLR 2019, 718, 730-731 = MD 2019, 725, 733 – „Vitamin B 12 und Blutbildung“.

70) OLG Brandenburg, 26.02.2019 – 6 U 84/18, ZLR 2019, 569 – „Zu jedem Antibiotikum“ m. Anm. Gerstberger.

71) OLG Brandenburg, 26.02.2019 – 6 U 84/18, ZLR 2019, 569, 573 – „Zu jedem Antibiotikum“.

72) Vgl. Gerstberger, ZLR 2019, 574, 575 u. 579 mit weiteren Auslobungsbeispielen; vgl. auch Holle/Hüttebräuer (Fn. 2), Art. 2 VNGA Rn. 136 u. Zipfel/Rathke (Fn. 2), Art. 2 VNGA Rn. 44.

73) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167 – „Nutri-Score“.

## Mantz, Erfahrungen mit dem Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

sollen. Aus dieser Vorstellung heraus zieht er dann aufgrund seines Allgemeinwissens über Zusammenhänge zwischen Ernährung und Gesundheit die Schlussfolgerung, die grün gekennzeichneten Produkte seien aufgrund ihrer qualitativ besseren Zusammensetzung gesünder als die gelb, orange oder rot gekennzeichneten. Hierbei verhält er sich nicht anders als bei der Kennzeichnung von Produkten als ‚fettarm‘, ‚Bio‘ oder ‚alkoholfrei‘, bei denen Verbraucher ebenfalls die Vorstellung haben, sie würden sich durch die Wahl dieser Produkte gesünder ernähren<sup>74)</sup>.

- 35 Das erscheint allerdings nicht ganz einleuchtend. Wenn ein Lebensmittel als „gesünder“ angepriesen wird und der Verbraucher meint, er werde sich damit „gesünder“ ernähren, warum ist die Werbung dann nicht gesundheitsbezogen? Zur Begründung versucht sich das Gericht mit einer wenig überzeugenden Trennung nährwertbezogener von gesundheitsbezogenen Angaben<sup>75)</sup> und entscheidet: „Soweit – wie hier – durch nährwertbezogene Angaben seitens des Verbrauchers mittelbar unterschwellige Schlussfolgerungen auf gesundheitliche Wirkungen gezogen werden, sind diese hinzunehmen“<sup>76)</sup>. Das wirkt sehr gewollt und künstlich herbeigeholt. Denn von Gesetzes wegen sind gerade auch mittelbare oder suggestive Gesundheitsbezüge verboten, und zwar unabhängig davon, ob sie auch nährwertbezogen sein können oder nicht. Hinzunehmen ist allenfalls das Urteil des Gerichts. Deswegen soll hier nicht vergessen werden, zu erwähnen, dass es die Verwendung des „Nutri-Score“ im konkreten Fall auch noch als Verstoß gegen Art. 35 LMIV untersagte<sup>77)</sup>. Wie gesagt: Es bleibt abzuwarten, auf welche Art und Weise bzw. mit welcher Rechtfertigung das BMEL diese Hürden nehmen wird.

### III. Fazit für die Praxis

- 36 In der Zusammenschau erscheint für die Praxis vor allem die Strenge der Totalverbote bedeutsam – sie nimmt stetig zu mit

jedem Urteil, das eine Werbung untersagt. Wer seine Verbraucherkommunikation nicht „gelenkig“ genug gestaltet, kann schnell zum leichten Ziel für Konkurrenten, Wettbewerbsverbände und Überwachungsbehörden werden. Auch der Gesamtzusammenhang, in dem eine Werbeaussage gemacht wird, ist nach wie vor besonders wichtig. Wem es gelingt, eher einen Verzehr Anlass zu nennen als einen gesundheitsfördernden Effekt, der hat größere Chancen, einen Angriff oder eine Beanstandung zu vermeiden. Die Kenntnis der Rechtsprechung bleibt unverzichtbar, um lästigen Streitigkeiten möglichst aus dem Weg zu gehen. Leider aber gibt auch die Beachtung aller Judikate keine Garantie dafür, dass am Ende nicht doch eine Verurteilung droht, und sei es, weil ein Gericht unvermutet seine Rechtsprechung ändert. Werbende Lebensmittelunternehmer sollten also stets auf der Hut und flexibel sein, wenn sie sich unliebsame Überraschungen ersparen wollen. Im Notfall empfiehlt sich ggf. auch Kompromissbereitschaft, es sei denn, man möchte den Beleuchter weiter mit bemerkenswerten Urteilen versorgen.

#### 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., WRP 2019, 35 ff.; WRP 2019, 422 ff.

74) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167, 169 – „Nutri-Score“.

75) Vgl. nur Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 2 VNGA Rn. 27.

76) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167, 169 – „Nutri-Score“.

77) LG Hamburg, 16.04.2019 – 411 HKO 9/19, LMuR 2019, 167, 169 – „Nutri-Score“.

Richter am LG Dr. Reto Mantz, Frankfurt a. M.\*

## Erfahrungen mit dem Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren\*\*

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Anwendungsbereich
  1. Rechtsbereiche
  2. Prozesskostenhilfverfahren
- III. Möglichkeiten der Einbeziehung des Antragsgegners und deren Ausgestaltung
  1. Anhörung durch vorgerichtliche Abmahnung bzw. Entbehrlichkeit
  2. Mündliche Verhandlung
  3. Anhörung durch das Gericht
  4. Kombinationen
  5. Gerichtliche Entscheidung über die Vorgehensweise

### IV. Deckungsgleichheit von Abmahnung und Antragschrift

#### 1. Grundsatz

#### 2. Beispiele

- a) Überschießende Abmahnung
- b) Verständnis des Abgemahnten
- c) Abweichender rechtlicher Vortrag
- d) Zusätzliche tatsächliche Angaben
- e) Nachträglicher Vortrag

### V. Pflicht zur gerichtlichen Anhörung oder nur Mitteilungspflicht?

#### 1. Anhörung nach Hinweisen

#### 2. Mitteilung bei Zurückweisung und Rücknahme

### VI. Umgang mit Vortrag im Anhörungsverfahren

### VII. Folgen und Vorgehen bei Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit

#### 1. Widerspruch und Anhöhrungsrüge

#### 2. Einstellung der Zwangsvollstreckung

#### 3. Verfassungsbeschwerde

#### 4. Einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 531.

\*\* Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Erste Erfahrungen hat der Verfasser bereits in einem Beitrag in NJW 2019, 953 ff. niedergelegt.