

## 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. Axel Oldekop und Daniel Hoppe

Von Stopfaggregaten und Schaumstoffsystemen

### 557 Prof. Dr. Rolf Sack

Auswirkungen des Medienstaatsvertrags und des ÄnderungsG zum TelemedienG auf das Herkunftslandprinzip

### 561 Prof. Dr. Inge Scherer

Verbraucherschadensersatz durch § 9 Abs. 2 UWG-RegE als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht

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

Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht 2020

### 575 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

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

### 582 Dr. Hermann Dück und Johannes Marcel Offergeld, LL.M.

Irreführende Werbung durch Erwecken des Eindrucks der Herstellung in Deutschland

### 586 Helmand Nadi

Die Erkennbarkeit des kommerziellen Hintergrunds eines Influencer-Beitrags

### 593 Fussl Modestraße Mayr/SevenOne Media u. a.

EuGH, Urteil vom 03.02.2021 – C-555/19

### 600 VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz

EuGH, Urteil vom 09.03.2021 – C-392/19

### 604 Dr. Z

BGH, Urteil vom 11.02.2021 – I ZR 126/19

### 610 Rechtsberatung durch Architektin

BGH, Urteil vom 11.02.2021 – I ZR 227/19

### 615 Apothekenmuster II

BGH, Urteil vom 17.12.2020 – I ZR 235/16

### 619 Herstellergarantie III

BGH, Beschluss vom 11.02.2021 – I ZR 241/19

### 623 STELLA

BGH, Urteil vom 14.01.2021 – I ZR 40/20

### 633 Saints Row

BGH, Urteil vom 17.12.2020 – I ZR 228/19

Verfassungsbeschwerden und rügten die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Diese Verfassungsbeschwerden wurden nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>150)</sup>

- 30** 2. Das Flaschenpfand sei nicht Teil des Verkaufspreises einer Ware und müsse daher bei deren Bewerbung auch nicht angegeben werden, urteilte das OLG Köln.<sup>151)</sup> Die Beklagte warb für Angebote von Getränken, in denen in die Preise das Flaschenpfand nicht eingerechnet, sondern getrennt ausgewiesen wurde. Der Kläger ist der Ansicht, es müsse ein Gesamtpreis angegeben werden, der das Pfand miteinschließt. § 1 Abs. 4 PAngV, der eine getrennte Angabe des Preises und einer „rückerstattbaren Sicherheit“ vorschreibe, habe keine Grundlage im Unionsrecht und dürfe daher nicht mehr angewendet werden. Das OLG verneint wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus dem UWG. § 1 Abs. 4 PAngV fordere, das Flaschenpfand getrennt auszuweisen. Wer dieser Vorgabe entsprechend handele, handele nicht unlauter.<sup>152)</sup> Die Bildung eines Gesamtpreises wäre danach sogar unzulässig. Unter dem Gesichtspunkt der Irreführung durch Unterlassen durch Vorenthalten einer wesentlichen Information, nämlich des Gesamtpreises gemäß § 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG, könne im Ergebnis nichts anderes gelten.<sup>153)</sup> Der deutsche Gesetzgeber habe trotz der geltend gemachten Bedenken bis heute keine Veranlassung gesehen, die PAngV zu ändern. Das Gericht sei an das geltende Recht gebunden und nicht befugt, eine bestehende Vorschrift zu ignorieren.<sup>154)</sup> Es könne sich insbesondere nicht aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben. EU-Richtlinien hätten keine unmittelbare Geltung wie Verordnungen.<sup>155)</sup> Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 4 PAngV sei nicht möglich.<sup>156)</sup>
- 31** 3. Ebenfalls über die Kennzeichnung von Getränken hatte das OLG Köln zu entscheiden.<sup>157)</sup> Ein Supermarkt war abgemahnt worden, weil im Ladenlokal bei in Einwegverpackungen angebotenen Getränken an den Verkaufsflächen nicht die gesetzlich vorgeschriebenen Schilder „Einweg“ angebracht worden waren. Di-

rekt neben der unzureichend beschilderten Sorte befanden sich Getränke im Regal, die auf den Preisschildern richtig ausgeschildert waren. Der Kläger sah hierin einen wettbewerbswidrigen Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht gemäß § 32 VerpackG. Dem folgten die Richter jedoch nicht und beschlossen, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Einwegkennzeichnung nur bei Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Abmahnung berechtigte.<sup>158)</sup> § 32 VerpackG sei zwar Verbraucherschützend,<sup>159)</sup> jedoch sei der primäre Zweck dem Kunden eine ökologische Entscheidung zu erleichtern.<sup>160)</sup> Bei den hier streitgegenständlichen Ausreißer-Fehlzeichnungen hätte der Verbraucher jederzeit erkennen können, dass es sich um gleichartige Produkte handele und sei somit nicht in die Irre geführt worden.<sup>161)</sup>

#### Ann. der Redaktion:

Lesen Sie hierzu auch die vorangegangenen Rechtsprechungsübersichten von *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.; *Leible/Ortgies*, WRP 2020, 399 ff.

- 150) BVerfG, 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19 und 2 BvR 1986/19, NJW 2020, 2953, m. Anm. *Jäger*, JA 2020, 393.
- 151) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, m. Anm. *Höfing*, GRUR-Prax 2020, 268; vorgehend LG Köln, 03.04.2019 – 84 O 258/18, n. v. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BGH unter dem Aktenzeichen I ZR 63/20 anhängig.
- 152) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, Rn. 25.
- 153) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, Rn. 37.
- 154) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, Rn. 27.
- 155) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, Rn. 40 ff.
- 156) OLG Köln, 06.03.2020 – 6 U 89/19, WRP 2020, 646, Rn. 28.
- 157) OLG Köln, 09.04.2020 – 6 U 292/19, juris, m. Anm. *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 348; vorgehend LG Köln, 19.11.2019 – 81 O 64/19. Die Berufung ist nach diesem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden.
- 158) OLG Köln, 09.04.2020 – 6 U 292/19, juris, Rn. 21.
- 159) § 1 Abs. 1 S. 4 VerpackG sieht ausdrücklich den Schutz der Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb vor, zu welchen auch Verbraucher gehören (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) wie *Ringer/Wiedemann*, GRUR-Prax 2020, 348 betonen.
- 160) OLG Köln, 09.04.2020 – 6 U 292/19, juris, Rn. 15.
- 161) OLG Köln, 09.04.2020 – 6 U 292/19, juris, Rn. 21.

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg\*

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

### INHALT

#### I. Einleitung

#### II. Die Rechtsprechung des Jahres 2020

##### 1. Anwendungsbereich – „kommerzielle Mitteilungen“

OLG München – „Unser gesundes Wasser“

##### 2. Nährwertbezogene Angaben – „Low Carb“

- OLG Stuttgart – „Low Carb-Spaghetti“
- OLG Hamburg – „Low Carb“ (II)

##### 3. Gesundheitsbezogene Angaben – „Stress“

OLG München – „Biosan“

#### 4. Allgemeine gesundheitsbezogene Verweise

- EuGH – „Schwabe/Queisser Pharma“ (B-Vitamine/Sternchenhinweis)
- OLG Karlsruhe – „Zur Regeneration von Körper und Seele“
- OLG Hamburg – „THE POWER FOR YOU“
- OLG München – „bekömmlich“

#### 5. Übergangszeit – Beweislast

EuGH – „Konsumentombudsmannen/Mezina“

### III. Fazit für die Praxis

#### I. Einleitung

Das Jahr 2020 wird vermutlich vor allem wegen der Corona-Pandemie in Erinnerung bleiben – und nicht wegen irgendwelcher Rechtsstreitigkeiten und Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Anga-

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 698.

\*\* Manuskript eines Vortrags, der nie gehalten werden konnte; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs*, weil es doch einen Zusammenhang zwischen Kohlenhydraten und Eiweiß gibt.

ben (VNGA). Viele Gerichtstermine wurden verlegt oder nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens aufgehoben, manch eine Auseinandersetzung wurde auch kurzerhand verglichen. Eine Beleuchtung der relativ wenigen obergerichtlichen Urteile und Beschlüsse, die aus diesem Jahr stammen bzw. darin veröffentlicht wurden, lohnt sich aber trotzdem<sup>1)</sup>. Denn jeder Einzelfall bringt auch grundsätzliche Überlegungen an den Tag, die für neue Einzelfälle Bedeutung haben können.

## II. Die Rechtsprechung des Jahres 2020

### 1. Anwendungsbereich – „kommerzielle Mitteilungen“

- 2 Zum Anwendungsbereich der VNGA gibt es bisher nur sehr wenig Rechtsprechung. In erster Linie handelt es sich dabei um die – unter praktischen Gesichtspunkten überaus problematische – Entscheidung des EuGH zur angeblichen Geltung der Verordnung auch für die Werbung gegenüber medizinischen Fachkreisen<sup>2)</sup>. Auch zu Erwägungsgrund 4 VNGA hat sich, soweit bekannt, kaum ein Gericht je geäußert<sup>3)</sup>. Danach sind aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausdrücklich ausgenommen „Ernährungsrichtlinien oder -empfehlungen von staatlichen Gesundheitsbehörden und -stellen oder (...) nicht kommerziellen Mitteilungen und Informationen in der Presse und in wissenschaftlichen Veröffentlichungen“. Allerdings werden derartige staatliche Verlautbarungen in der Praxis so gut wie nie vor Gericht angegriffen. Insoweit ist hierzu aus dem Jahr 2020 ein „Norum“ zu beleuchten:

#### OLG München – „Unser gesundes Wasser“

- 3 Einen aus praktischer Perspektive eher ungewöhnlichen Fall hatte das OLG München zu entscheiden<sup>4)</sup>. Ein bayerischer Zweckverband zur Wasserversorgung in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts hatte über das örtliche Trinkwasser und dessen Qualität informiert. Auf einer Informationsseite im Internet wurden „Trinkwasser und Mineralwasser im Vergleich“ dargestellt und irgendwo muss dort auch von „unser gesundes Wasser“ die Rede gewesen sein. Beim LG Landshut hatte die Antragstellerin, vermutlich ein Mineralbrunnen, deswegen eine einstweilige Verfügung erwirkt und dem Zweckverband die streitige Aussage untersagen lassen.
- 4 Diese Entscheidung hob das OLG München auf, insbesondere weil es in der Tätigkeit des Zweckverbands kein Handeln im geschäftlichen Verkehr im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erkennen konnte; es stufte dessen Tätigkeit nicht als rein erwerbswirtschaftlich, sondern als hoheitliches Handeln ein<sup>5)</sup>. Die Antragstellerin hatte insoweit offenbar auch einen Verstoß gegen das Verbot gesundheitsbezogener Angaben nach Art. 10 Abs. 1 VNGA gerügt. Dazu entschied das OLG München, es sei „auch nicht erkennbar, dass der Anwendungsbereich der VNGA eröffnet wäre, denn hierfür wäre Voraussetzung, dass es sich vorliegend um eine kommerzielle Mitteilung i. S. v. Art. 1 (2) [1] VNGA handeln würde – was nicht der Fall ist. Zwar können grundsätzlich auch Äußerungen von Behörden und dem Staat nahestehenden Organisationen als kommerzielle Mitteilung anzusehen sein. Voraussetzungen dafür ist allerdings (...), dass mit der Äußerung eine Förde-

rung des Absatzes verbunden sein soll (...). Dass dies die Intention des Antragsgegners bei den streitgegenständlichen Äußerungen ist, kann nicht erkannt werden. Der Antragsgegner wollte sich mit seinen Äußerungen ersichtlich nicht in den Wettbewerb mit Mineralwasser-/Flaschenwasser-Vertreibenden setzen, sondern lediglich über die Qualität des in seinem räumlichen Gebiet aus dem Hahn kommenden Trinkwassers informieren, was dem Sinn und Zweck nach allenfalls einer allgemeinen Ernährungsempfehlung i. S. v. Erwägungsgrund 4 VNGA entspricht und daher auch nach dem Verständnis des Ordnungsgebers nicht dem Anwendungsbereich der VNGA unterfallen soll. Ungeachtet dessen enthält der angegriffene Text gerade keine Aussage, die dahingehend verstanden werden kann, dass die angesprochenen Leser mehr Leitungswasser konsumieren und damit den Absatz des Antragsgegners fördern sollen: Es geht dem Zweckverband ersichtlich nicht um den Verkauf von Wasser, sondern um die Information, dass das dort aus dem Hahn kommende Wasser bedenkenlos auch zum Trinken verwendet werden kann.“<sup>6)</sup>

Für die werbende Lebensmittelpraxis spielt diese Entscheidung 5 vermutlich keine besonders große Rolle. Denn kaum ein Lebensmittelunternehmen wird die Qualität seiner Produkte ohne Absatzförderungsabsicht bewerben. Das Urteil zeigt vielmehr die Grenzen möglicher Unterlassungsansprüche gegen staatliche und halbstaatliche „Mitbewerber“. Wer für die kommunale Wasserversorgung zuständig ist, kann sich auch außerhalb des Bereichs der „kommerziellen Mitteilungen“ äußern und wird dann vom Anwendungsbereich der Verbotsnormen für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben nicht mehr erfasst. Dadurch wird er im wirtschaftlichen Wettbewerb für entsprechende Äußerungen unangreifbar. Das sollte man bedenken, bevor man gegen eine derartige Körperschaft des öffentlichen Rechts Ansprüche geltend machen möchte.

### 2. Nährwertbezogene Angaben – „Low Carb“

Gleich zweimal standen im Berichtszeitraum „Low-Carb“-Lebensmittel vor Gericht. Dass dieser Begriff nährwertbezogen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 VNGA, jedoch nicht zugelassen nach Art. 8 Abs. 1 VNGA ist, insbesondere weil „geringer/niedriger Kohlenhydratgehalt“ nicht dieselbe Bedeutung wie die zugelassene nährwertbezogene Angabe „reduzierter Kohlenhydrat-Anteil“ hat, sollte aus der Rechtsprechung des OLG Hamburg längst bekannt sein<sup>7)</sup>. Allerdings hatten die Hamburger Richter in ihrem früheren Verfahren auf die „Hintertür“ des Art. 1 Abs. 3 VNGA hingewiesen, demzufolge die Bezeichnung „Low Carb“ nach Art. 1 Abs. 3 VNGA hätte genutzt werden können, wenn ihr eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe beigefügt gewesen wäre<sup>8)</sup>. Unter Berufung auf diese Regelung könnte man „Low-Carb“-Auslobungen bei geschickter Kopplung eigentlich retten. In den jüngsten Fällen ist das den werbenden Lebensmittelunternehmen allerdings nicht gelungen. Sie beriefen sich übrigens beide auf die Bedeutung einer kohlenhydratarmen Ernährung. Das half jedoch vor Gericht nicht zur Verteidigung von „LowCarb“-Produktbezeichnungen.

#### a) OLG Stuttgart – „Low Carb-Spaghetti“

Vor dem OLG Stuttgart scheiterte die Anbieterin von „C. Carb Spaghetti Low Carb Nudeln 500 g“, auf deren Produktverpackung sich zusätzlich die Angabe „-60% Carbohydrates“ befand<sup>9)</sup>. Das

1) Weniger geeignet zur Beleuchtung sind folgende obergerichtliche Entscheidungen aus dem Jahr 2020: KG, 13.12.2020 – 5 U 33/19, MD 2020, 344 – „Candida Balance“ u. OLG Hamburg, 09.11.2020 – 13 U 12/20 Kart., MD 2021, 140 – „Low Carb (III)“.  
2) EuGH, 14.07.2016 – C-19/15, LRE 72 Nr. 11, 197 = WRP 2016, 1466 = ZLR 2016, 820 m. Anm. Teuffer.  
3) Mit Ausnahme von OLG Köln, 29.05.2013 – I-6 U 220/12, LRE 66, Nr. 38, 369 = WRP 2013, 1261 – „Bach-Blüten“.  
4) OLG München, 07.05.2020 – 29 U 796/20, LRE 80 Nr. 20, 185 – „Unser gesundes Wasser“.  
5) OLG München, 07.05.2020 – 29 U 796/20, LRE 80 Nr. 20, 185, 186–187 Rn. 8 u. 11 – „Unser gesundes Wasser“.

6) OLG München, 07.05.2020 – 29 U 796/20, LRE 80 Nr. 20, 185, 189–190 Rn. 22–25 – „Unser gesundes Wasser“.  
7) OLG Hamburg, 24.04.2014 – 3 W 27/14, LRE 68 Nr. 16, 226 = ZLR 2014, 559, 560 = WRP 2014, 1081, 1082 – „Low Carb“.  
8) OLG Hamburg, 24.04.2014 – 3 W 27/14, LRE 68 Nr. 16, 226 = ZLR 2014, 559, 560 = WRP 2014, 1081, 1082 – „Low Carb“.  
9) OLG Stuttgart, 12.12.2019 – 2 U 23/19, MD 2020, 237 – „Low Carb-Spaghetti“.



Gericht stuft die Angabe „Low Carb“ zunächst als nährwertbezogene Angabe ein, und zwar vor allem mit folgender Begründung: *„Low Carb‘ ist eine englischsprachige Bezeichnung, die eine Abkürzung für Carbohydrates enthält und in deutscher Übersetzung als ‚mit wenig Kohlenhydraten‘ zu verstehen ist. Im Wortsinne enthält diese Angabe auch keinen vergleichenden Charakter. Einen solchen hätte sie nur, wenn es entsprechend der englischsprachigen Grammatik ‚Lower Carb‘ hieße oder sie sprachlich in anderer Weise darauf hin deutete, dass der Anteil an Kohlenhydraten reduziert ist. Dann wäre die Bezeichnung dahingehend aufzufassen, dass der Anteil an Kohlenhydraten ‚geringer‘ ist als bei anderen Produkten, wobei auch die Verwendung einer solchen Angabe nicht gemäß dem Anhang zur VNGA zulässig wäre (...) und für sich genommen unklar wäre, mit welchem Produkt der Vergleich gezogen wird (...). (...) Ein erheblicher Teil der angesprochenen Verbraucher versteht den Begriff ‚Low Carb‘ nicht dahingehend, dass durch diesen ausschließlich Lebensmittel bezeichnet würden, die im Vergleich zu anderen Produkten einen geringeren Anteil an Kohlenhydraten aufweisen, sondern entsprechend dem Wortsinn dahingehend, dass es sich um Lebensmittel handele, die absolut gesehen einen geringen Anteil an Kohlenhydraten aufweisen. Damit aber wird mit diesem Begriff dem beworbenen Lebensmittel eine besondere Nährwertgemeinschaft zugeschrieben (...).“<sup>10)</sup> Dabei bezieht sich das OLG Stuttgart in seinen Entscheidungsgründen mehrfach ausdrücklich auf den oben bereits erwähnten Beschluss des OLG Hamburg<sup>11)</sup>.*

- 8 Insoweit bewegt sich die Entscheidung also auf ausgetretenen Pfaden. „Low Carb“ bedeutet ganz gewiss nichts anderes als „geringer/niedriger Kohlenhydratgehalt“ bzw. „mit wenig Kohlenhydraten“ und ist keine zugelassene nährwertbezogene Angabe. Interessanter wird das Urteil des OLG Stuttgart erst bei der Behandlung der zusätzlichen Aussage „-60% Carbohydrates“, die allerdings – entsprechend dem Antrag des Klägers – nicht eigenständig verboten wurde, sondern in den Entscheidungsgründen lediglich zur Auslegung der Bezeichnung „Low Carb“ herangezogen wird. Die Beklagte war offenbar der Meinung, diese Aussage bringe einen um 60% reduzierten Kohlenhydratgehalt zum Ausdruck und rechtfertige deswegen ein Verständnis in Richtung der zugelassenen nährwertbezogenen Angabe „reduzierter Nährstoff-Anteil“. Das OLG Stuttgart war anderer Meinung: *„Die Angabe ‚-60% Carbohydrates‘ ist aber nicht dazu geeignet, die weitere Angabe ‚Low Carb‘ in ein anderes Verständnis zu rücken. Angaben über den absoluten Nährstoffgehalt sind in der Regel nicht vergleichend im Sinne von Art. 9 VNGA. Der Verbraucher wird in diesen Fällen allein durch den Hinweis auf einen hohen oder niedrigen Gehalt dieser Stoffe nicht schon zu einem Vergleich mit anderen Produkten veranlasst. Anders kann dies jedoch zu beurteilen sein, wenn im Rahmen der Aufmachung weitere Elemente hinzukommen (...). Dies ist hier jedoch nicht in ausreichender Weise der Fall. Alleine die Angabe, dass Kohlenhydrate um 60% reduziert sind, ist nicht geeignet, den Verbraucher von der Vorstellung abzubringen, es handele sich bei dem mit ‚Low Carb‘ bezeichneten Produkt – absolut betrachtet – um ein Produkt mit wenigen Kohlenhydraten.“<sup>12)</sup>*
- 9 Hier scheint sich das Gericht selbst zu widersprechen. Argumentiert es doch, es werde angegeben, dass „Kohlenhydrate um 60% reduziert sind“, hält aber die Auslobung trotzdem nicht für eine vergleichende Angabe im Sinne von Art. 9 VNGA. Das liegt erkennbar daran, dass nur die Bezeichnung „Low Carb“ verboten werden sollte, nicht jedoch die zusätzliche Aussage „-60% Car-

bohydrates“, und Letztere eben nur zum Verständnis von Ersterer herangezogen wurde. Wie das Gericht entschieden hätte, wenn es nur um die zusätzliche Aussage gegangen wäre, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Man sollte hoffen, dass die Auslobung „-60% Carbohydrates“ bei isolierter Betrachtung eine zulässige nährwertbezogene Angabe sein könnte, sofern das betreffende Lebensmittel alle gesetzlichen Bedingungen für die Angabe „reduzierter Nährstoff-Anteil“ erfüllt; hinsichtlich der im Anhang zur VNGA für diese Angabe vorgesehenen 30%-Hürde sollte das jedenfalls kein Problem sein. Dann käme es lediglich darauf an, ob das Produkt tatsächlich 60% weniger Kohlenhydrate enthält, als die in Art. 9 normierte „Reihe von Lebensmitteln derselben Kategorie“, mit der es verglichen wird.

### b) OLG Hamburg – „Low Carb“ (II)

Das OLG Hamburg machte mit Sport- und Diätahrung, die unter Verwendung der Angabe „Low Carb“ in Verkehr gebracht wurden, noch kürzeren Prozess<sup>13)</sup>; es wies die Berufung der Beklagten gegen ein erstinstanzliches Verbot durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurück. Auch das OLG Hamburg bezieht sich zur Begründung seiner Entscheidung auf seinen früheren Beschluss und führt dazu vertiefend aus: *„Der Senat hat schon in der o. a. Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Text der Verordnung und deren Anhang – insbesondere in ihrer englischsprachigen Fassung – ganz deutlich machen, dass der europäische Gesetzgeber Angaben zu einem geringen – nicht geringeren – Nährstoffgehalt von Energie, Fett, Fettsäuren oder Salzen mit ‚energiearm‘, ‚fettarm‘ etc. bzw. unter Verwendung des Wortes ‚Low‘ (z. B. ‚Low Fat‘) beschrieben hat. Die zugelassene Verwendung dieser ausdrücklich in der Anlage zur Verordnung genannten Angaben ist an die dort angeführten Bedingungen geknüpft. Daran wird deutlich, dass nach der Verordnung gerade solche Angaben, bei denen das Wort ‚Low‘ in Verbindung mit einem bestimmten Nährstoff wie etwa Fett oder Salz verwendet wird, ein Bedeutungsgehalt zukommt, der auf einen geringen Anteil der in der Verordnung jeweils genannten Nährstoffe im Sinne einer entsprechenden Nährstoffarmut hinweist. Der Umstand, dass die Verordnung derartige nährwertbezogene Angaben bezogen auf Kohlenhydrate von der Zulassung ausklammert und auch keine Bedingungen aufstellt, unter denen eine Angabe zulässigerweise verwendet werden dürfte, die auf ‚Low Carbohydrate‘ bzw. ‚kohlenhydratarm‘ hinweist, macht deutlich, dass auf einen geringen Anteil an Kohlenhydraten bezogene Angaben nach der VNGA nicht zugelassen sind und entsprechend Art. 8 Abs. 1 VNGA nicht verwendet werden dürfen. Schon aus dem – insbesondere auch englischsprachigen – Verordnungstext wird deutlich, dass eine auf einen geringen (‚Low‘) Gehalt eines bestimmten Nährstoffs hinweisende Angabe als nährwertbezogene Angabe anzusehen ist. Das gilt gleichermaßen für die Angabe ‚Low Carbohydrate‘ bzw. ‚Low Carb‘. (...) Aus der Verkehrsicht bedeutet ‚Low Carb‘ ‚arm an Kohlenhydraten‘ oder ‚wenig Kohlenhydrate‘.“<sup>14)</sup>*

Auch vor dem OLG Hamburg spielten ergänzende Hinweise zum Verständnis der Angabe „Low Carb“ eine Rolle. So heißt es in dem Beschluss weiter: *„Die nach der Behauptung der Beklagten beim Anklicken eines Links zu weiteren Produktinformationen erfolgte Weiterleitung auf die aus den Anlagen (...) ersichtlichen Produktinformationen und der dort gegebenen Sternchenhinweis ‚mind. 30% weniger Kohlenhydrate als herkömmliche Müslis‘ macht die Angabe ‚Low Carb‘ nicht schon zu einer solchen nach dem Anhang zur VNGA, mit der auf einen gegenüber einem vergleichbaren Produkt um mindestens 30% reduzierten Nährstoffan-*

10) OLG Stuttgart, 12.12.2019 – 2 U 23/19, MD 2020, 237, 241 – „Low Carb-Spaghetti“.

11) Seinerseits dem OLG Stuttgart zustimmend inzwischen OLG Hamburg, 09.11.2020 – 13 U 12/20 Kart., MD 2021, 140, 142 – „Low Carb (III)“.

12) OLG Stuttgart, 12.12.2019 – 2 U 23/19, MD 2020, 237, 242–243 – „Low Carb-Spaghetti“.

13) OLG Hamburg, 15.06. u. 05.08.2020 – 3 U 10/20, MD 2020, 1035 – „Low Carb (II)“.

14) OLG Hamburg, 15.06. u. 05.08.2020 – 3 U 10/20, MD 2020, 1035, 1037 – „Low Carb (II)“.

teil geworben werden dürfte.“<sup>15)</sup> Auch dazu gilt das oben zum Urteil des OLG Stuttgart Gesagte – die bloße Auslobung einer mindestens dreißigprozentigen Reduzierung des Kohlenhydratgehalts gegenüber passenden Vergleichslebensmitteln stand nicht im Streit.

- 12 Interessant ist im Hinblick auf beide Urteile, dass offenbar keine der beiden beklagten Parteien auf die Idee gekommen ist, die Angabe „Low Carb“ nach Art einer Marke zu verwenden und ihr eine zugelassene nährwertbezogene Angabe beizufügen, um so in den Genuss der Ausnahmeregelung aus Art. 1 Abs. 3 VNGA zu gelangen. So kann man sich ohne Weiteres vorstellen, dass ein Unternehmen namens xy eine „xy-Low-Carb“-Marke für Lebensmittel einträgt und der Marke die zugelassene nährwertbezogene Angabe „hoher Proteingehalt“ bzw. „high protein“ beifügt. Wenn auf den Proteinanteil eines solchen Produktes mindestens 20% des gesamten Brennwertes entfallen, dann wäre diese nährwertbezogene Angabe zulässig. Sie wäre auch dazu geeignet, die Angabe „Low Carb“ zu rechtfertigen, sofern der reduzierte Kohlenhydratgehalt das Resultat einer entsprechenden Erhöhung des Proteinanteils in der Rezeptur wäre. Damit würde nämlich auch den Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts entsprochen, das für das gesetzlich vorgesehene „Beifügen“ einen engen inhaltlichen Bezug zwischen Marke und zugelassener Angabe verlangt<sup>16)</sup>.

### 3. Gesundheitsbezogene Angaben – „Stress“

- 13 Dass der Wortbestandteil „Stress“ im Namen eines Nahrungsergänzungsmittels gerichtlich als gesundheitsbezogen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA eingestuft wird, war aus der Rechtsprechung ebenfalls schon bekannt<sup>17)</sup>. Trotzdem gab es jüngst erneut Anlass für drei Oberlandesrichter, sich mit diesem Begriff zu beschäftigen:

#### OLG München – „Biosan“

- 14 Dem OLG München lag ein Nahrungsergänzungsmittel namens „Biosan Stress“ vor, das auf der Verpackung neben diesem Namen noch „als solche leicht erkennbare Darmschlingen“ trug sowie einen Hinweis auf in dem Produkt enthaltene „Darmbakterien“<sup>18)</sup>. Dadurch wurde nach Auffassung des Gerichts „dem angesprochenen Verkehr suggeriert, dass das Produkt im Falle von Stress eine positive Wirkung auf die Darmgesundheit haben kann, die Einnahme des Produkts bei stressbedingten Darmbeschwerden somit helfen kann. Es wird somit ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen dem Nahrungsergänzungsmittel ‚B. Stress‘ und der Darmgesundheit im Stressfalle hergestellt. Da ein entsprechender Health-Claim nicht eingetragen ist, alle Anträge zur Eintragung von Health-Claims zur Darmgesundheit für die im Produkt enthaltenen Bakterienstämme vielmehr abgelehnt wurden (...), liegt somit ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 VNGA vor.“<sup>19)</sup>
- 15 Vergleichbar entschied das Gericht auch hinsichtlich der Auslobung „für die tägliche Balance“, mit der das Parallelprodukt „Biosan Basic“ beworben wurde: „Die Angabe auf der Verpackung ist im Zusammenhang mit der Abbildung der Darmschlingen und dem Hinweis auf die enthaltenen 10 Milliarden Darmbakterien dahingehend zu verstehen, dass die Einnahme des Produkts ‚B. Basic‘ sich positiv auf die ‚Balance‘ des Darms auswirkt. Es wird somit ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen der Einnahme

des Produkts und der Darmgesundheit dargestellt. Da ein entsprechender Health-Claim nicht zugelassen ist, ist die Werbung unzulässig.“<sup>20)</sup>

Schließlich stufte das Gericht auch die Aussage „für eine effiziente Besiedelung des Darms“ als gesundheitsbezogen ein, denn sie „steht im Zusammenhang mit den davorstehenden Ausführungen dazu, dass ein gesunder Darm eine gesunde Darmflora braucht und somit eine hohe Anzahl und Vielfalt an gutartigen Darmbakterien. Es wird somit ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen der Darmgesundheit und der Besiedelung des Darms mit den in den B. Produkten enthaltenen Bakterien hergestellt, so dass es sich bei der Aussage ‚Für eine effiziente Besiedelung des Darms‘ um eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe i. S. d. Art. 10 Abs. 1 VNGA handelt.“<sup>21)</sup>

Diese Entscheidung zeigt anschaulich, wie einzelne Abbildungen – im konkreten Fall Darmschlingen – Gesundheitsbezüge verdeutlichen können. Das ist nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 VNGA auch so vorgesehen; die dort normierte Begriffsbestimmung der „Angabe“ gilt expressis verbis „einschließlich Darstellungen durch Bilder“. Während die Aussage „für die tägliche Balance“ an und für sich vielleicht noch hätte als nicht gesundheitsbezogen verteidigt werden können, so war das in Verbindung mit der Abbildung eines Darms nicht mehr möglich. Dieser Aspekt wird bei der Gestaltung von Packungen gelegentlich nicht ausreichend berücksichtigt: Es gilt dabei immer, nicht nur Werbetexte, sondern auch alle Abbildungen oder Grafiken und insbesondere den Gesamtzusammenhang zu prüfen, der sich aus Wort und Bild ergibt. Ein Bild sagt bekanntlich mehr als tausend Worte. Doch was der Marketingabteilung insoweit gefällt, muss bei der Rechtsabteilung oft Alarm auslösen. Oder anders formuliert: Sobald der Verbraucher die Botschaft des Werbenden versteht, ist sie gesundheitsbezogen – und dann eben oft auch unzulässig.

### 4. Allgemeine gesundheitsbezogene Verweise

Allgemeine gesundheitsbezogene Verweise dürfen nach Art. 10 Abs. 3 VNGA dann verwendet werden, wenn ihnen im Einzelfall spezielle zugelassene gesundheitsbezogene Angaben „beigefügt“ sind. Wie genau das zu geschehen hat, stand lange im Streit. Jetzt ist es ein für alle Mal entschieden:

#### a) EuGH – „Schwabe/Queisser Pharma“ (B-Vitamine/Sternchenhinweis)

Den jahrelangen Streit über die Frage, ob einem allgemeinen gesundheitsbezogenen Verweis eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe durch einen „Sternchenhinweis“ beigefügt werden darf oder nicht, hat der EuGH jetzt endgültig entschieden<sup>22)</sup>. Das Gericht ist dabei auf zwei besonders wichtige Aspekte des „Beifügens“ eingegangen, einen inhaltlichen und einen formalen. Der EuGH ist vor allem der Meinung, „dass das Erfordernis des ‚Beifügens‘ im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 dahin auszulegen ist, dass es nicht nur verlangt, dass die spezielle gesundheitsbezogene Angabe den Inhalt der allgemein formulierten gesundheitsbezogenen Angabe konkretisiert, sondern auch, dass es die Anordnung dieser beiden Angaben auf der Verpackung des betreffenden Erzeugnisses einem normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ermöglicht, den Zusammenhang zwischen diesen Angaben zu erfassen. Der Begriff ‚beifügen‘ im Sinne dieser Bestimmung ist somit dahin auszulegen, dass er sowohl eine materielle als auch eine visuelle Dimension hat. So erfordert zum einen der Begriff ‚beifügen‘ in seiner materiellen Dimension eine inhaltliche Entsprechung zwischen der ‚allgemei-

15) OLG Hamburg, 15.06. u. 05.08.2020 – 3 U 10/20, MD 2020, 1035, 1038 – „Low Carb (II)“.

16) BVerwG, 24.05.2019 – 3 B 53.18, ZLR 2019, 706, 710, Rn. 21–22 – „Gesundheitsbezogener Markenname“ m. Anm. Balke/Böhm.

17) KG, 08.05.2018 – 5 W 48/18, MD 2018, 639 – „Omnibiotik Stress“.

18) OLG München, 31.10.2019 – 29 U 2177/19, MD 2020, 41 – „Biosan“.

19) OLG München, 31.10.2019 – 29 U 2177/19, MD 2020, 41, 43 – „Biosan“.

20) OLG München, 31.10.2019 – 29 U 2177/19, MD 2020, 41, 44 – „Biosan“.

21) OLG München, 31.10.2019 – 29 U 2177/19, MD 2020, 41, 45 – „Biosan“.

22) EuGH, 30.01.2020 – C 524/18, LRE 79 Nr. 21, 171 = WRP 2020, 296 = ZLR 2020, 185 – „Dr. Willmar Schwabe/Queisser Pharma“.



nen' gesundheitsbezogenen Angabe und der speziellen gesundheitsbezogenen Angabe, was im Wesentlichen voraussetzt, dass die spezielle Angabe die allgemeine Angabe umfassend untermauert.<sup>23)</sup>

**20** Daran gibt es im Prinzip nichts auszusetzen. Wird ein Lebensmittel z. B. ganz allgemein als „gesund fürs Herz“ beworben, dann genügt es natürlich nicht, zugelassene gesundheitsbezogene Angaben für Haut oder Haare beizufügen. Zu der spannenden Frage, wie eng der inhaltliche Zusammenhang zwischen allgemeinem Verweis und spezieller Angabe sein muss, hat sich der EuGH allerdings nicht genau geäußert. Die Empfehlung für die Praxis kann deshalb nur lauten: Je enger der Zusammenhang, desto besser bzw. rechtlich sicherer. Da spezielle gesundheitsbezogene Angaben einen gesetzlich vorgesehenen Wortlaut nach dem Anhang zur VO (EU) Nr. 432/2012 haben, liegt die wichtigste Stellschraube hier bei der Formulierung des allgemeinen Verweises. Je mehr er sich auf einzelne Körperfunktionen oder -organe bezieht, desto enger wird die Auswahl der – inhaltlich zusammenhängenden – Angaben, die beigelegt werden können. Je weiter der Verweis sich in Richtung auf ein bloßes „gesund“ bewegt, desto größer wird die Auswahl von Angaben, die beigelegt werden können. So weit, so gut.

**21** Hinsichtlich der „visuellen Dimension“ und speziell zur Zulässigkeit von „Sternchenhinweisen“ entschied der EuGH: *„Daraus folgt, dass die Lebensmittelunternehmer die speziellen gesundheitsbezogenen Angaben, mit denen die von ihnen verwendeten Verweise auf die allgemeinen, nicht spezifischen Vorteile untermauert werden, klar und präzise darstellen müssen. Somit ist die visuelle Dimension des Erfordernisses des ‚Beifügens‘ im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 dahin zu verstehen, dass sie sich auf die sofortige Wahrnehmung eines unmittelbaren visuellen Zusammenhangs zwischen dem Verweis auf die allgemeinen, nicht spezifischen Vorteile für die Gesundheit und der speziellen gesundheitsbezogenen Angabe durch einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher bezieht, was grundsätzlich eine räumliche Nähe oder unmittelbare Nachbarschaft zwischen dem Verweis und der Angabe erfordert. Jedoch ist in dem besonderen Fall, in dem die speziellen gesundheitsbezogenen Angaben wegen ihrer großen Zahl oder Länge nicht vollständig auf der Seite der Verpackung erscheinen können, auf der sich der Verweis befindet, den sie untermauern sollen, davon auszugehen, dass das Erfordernis eines unmittelbaren visuellen Zusammenhangs ausnahmsweise durch einen ausdrücklichen Hinweis wie etwa einen Sternchenhinweis erfüllt werden könnte, wenn damit klar und für den Verbraucher vollkommen verständlich die inhaltliche Entsprechung zwischen den gesundheitsbezogenen Angaben und dem Verweis in räumlicher Hinsicht sichergestellt wird.“<sup>24)</sup>*

**22** Dieser Spruch hat in der Fachwelt ein geteiltes Echo gefunden. Doch ganz unabhängig davon, ob man ihn für richtig oder falsch hält, ergibt sich für die Praxis doch Folgendes: Sofern es möglich ist, muss die spezielle Angabe in „unmittelbarer Nachbarschaft“ zum allgemeinen Verweis angebracht werden. Das entspricht den Kriterien „neben“ oder „unter“ aus dem Durchführungsbeschluss Nr. 2013/63 der Europäischen Kommission. Lediglich „ausnahmsweise“ kann auch mit einem Sternchen vom allgemeinen Verweis auf eine gesundheitsbezogene Angabe verwiesen werden, die auf einer anderen Seite der Verpackung angebracht ist. Voraussetzung dafür ist zum einen, dass das Anbringen der Angabe in „unmittelbarer Nachbarschaft“ zum Verweis nicht möglich ist, sonst gäbe es keine Notwendigkeit für die Ausnah-

me, und zum anderen, dass die Verknüpfung „klar und für den Verbraucher vollkommen verständlich“ sein muss. Wer in der Praxis auf Nummer sicher gehen will, wird deshalb künftig auf den Sternchenhinweis verzichten und eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe nur noch neben oder unter einen allgemeinen Verweis platzieren. Die nationale Rechtsprechung gibt allerdings Hoffnung für die Annahme, dass der „Ausnahmefall“ des EuGH hierzulande doch eher einen Regelfall darstellen wird; denn *„der durchschnittlich informierte Verbraucher ist daran gewöhnt, dass erläuterefähige oder -bedürftige Werbeaussagen häufig über eine Fußnote oder durch ein Sternchen (,\*)‘ näher erläutert werden“<sup>25)</sup>*. Dieselben Überlegungen wie für allgemeine gesundheitsbezogene Verweise gelten auch bei der Verwendung von Marken und Produktbezeichnungen gemäß Art. 1 Abs. 3 VNGA – jedenfalls wenn man das Wort „beifügen“ in beiden Vorschriften identisch auslegt. Wie das Beifügen in der Hörfunkwerbung funktionieren soll, hat der EuGH bisher nicht geklärt; das muss wahrscheinlich einem weiteren Rechtsstreit überlassen bleiben. Fest steht nur, dass der Bundesgerichtshof die Entscheidung des EuGH nach Abschluss des Vorlageverfahrens Eins zu Eins übernommen hat<sup>26)</sup>.

#### **b) OLG Karlsruhe – „Zur Regeneration von Körper und Seele“**

Um die Zulässigkeit der Werbeaussage „zur Regeneration von Körper und Seele“ wurde vor dem OLG Karlsruhe gestritten<sup>27)</sup>. Anders als die Vorinstanz stufte das Gericht die Werbung als gesundheitsbezogen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ein, jedoch nicht als spezifische, sondern als unspezifische Angabe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 VNGA, und zwar mit folgender, ausführlicher Begründung: *„Der Durchschnittsverbraucher bezieht die Verbindung des Begriffs ‚Regeneration‘ mit dem Begriffspaar ‚Körper und Seele‘ auf die Gesundheit. Er siedelt sie entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Beklagten nicht im Esoterischen, nicht Fassbaren an. (...) Denn unter der Wendung ‚zur Regeneration‘ versteht der Durchschnittsverbraucher in dem vorliegenden Zusammenhang, dass das Mineralwasser zur Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes im Sinne einer ‚Rückgewinnung verbrauchter Kräfte‘ beiträgt. Damit wird ein gesundheitsbezogener Vorteil zum Ausdruck gebracht. (...) Der suggerierte Gesundheitsvorteil der Angabe, der schon durch die Wendung ‚zur Regeneration (...)‘ zum Ausdruck kommt, wird nicht durch das Beifügen des Begriffspaares ‚von Körper und Seele‘ entwertet oder gar aufgehoben. (...) Für einen Durchschnittsverbraucher ist der Begriff ‚Seele‘ gerade im streitgegenständlichen Zusammenhang durchaus fassbar und nichts ins Metaphysische, Esoterische entrückt. Das belegt beispielsweise der alltägliche Sprachgebrauch. Die Verbindung von Körper und Seele zu einer ‚weltlichen‘ Einheit kommt in Redewendungen wie ‚mit Leib und Seele‘, ‚Balsam für Leib und Seele‘, Sprichwörtern wie ‚Essen und Trinken hält Leib und Seele zusammen‘ zum Ausdruck. Dahinter steht, dass es für das menschliche Wohlbefinden auf beide Aspekte des menschlichen Seins ankommt. Demgemäß hat das Begriffspaar auch eine rechtlich fassbare Bedeutung. (...) Mit der beanstandeten Wendung schreibt die Beklagte ihrem Mineralwasser die Eigenschaft zu, zum menschlichen Wohlbefinden in einem ganzheitlichen Sinne beizutragen. Von einer lediglich reklamehaften, nichtssagenden Anpreisung, wie sie die Beklagte beispielhaft für Wortschöpfungen wie ‚aprilfrisch‘ anführt, kann keine Rede sein. (...) Bei der verfahrensgegenständlichen Angabe*

23) EuGH, 30.01.2020 – C 524/18, LRE 79 Nr. 21, 182, Rn. 40-41 = WRP 2020, 296, 299, Rn. 40-41 = ZLR 2020, 185, 196, Rn. 40-41 – „Dr. Willmar Schwabe/Queisser Pharma“.

24) EuGH, 30.01.2020 – C 524/18, LRE 79 Nr. 21, 182-183, Rn. 46-48 = WRP 2020, 296, 299, Rn. 46-48 = ZLR 2020, 185, 196-197, Rn. 46-48 – „Dr. Willmar Schwabe/Queisser Pharma“.

25) OLG Hamburg, 28.08.2020 – 3 W 51/20, WRP 2020, 1610, 1611 – „Die Nr. 1 mit Sternchen“.

26) BGH, 25.06.2020 – I ZR 162/16, LRE 80 Nr. 5, 390 = WRP 2020, 1306 – „B-Vitamine II“.

27) OLG Karlsruhe, 03.07.2020 – 4 U 121/19, MD 2020, 743 – „Zur Regeneration von Körper und Seele“.

handelt es sich nicht um eine spezifische, sondern um eine unspezifische Angabe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 VNGA (...). Denn bei der Angabe fehlt eine Bezugnahme auf bestimmte zu fördernde Funktionen (...) Da die Beklagte der unspezifischen Angabe unstreitig keine zugelassene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt hat, hat sie gegen Art. 10 Abs. 3 VNGA verstoßen.“<sup>28)</sup>

- 24 Geht man in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus<sup>29)</sup>, dass allgemeine gesundheitsbezogene Verweise sich von speziellen gesundheitsbezogenen Angaben in erster Linie durch das Kriterium der mangelnden Zulassungsfähigkeit auszeichnen, weil sich nämlich eine Dosis-Wirkungs-Relation zwischen Nährstoff bzw. Lebensmittel einerseits und Gesundheit andererseits wissenschaftlich nicht nachweisen lässt, dann gibt es an dem Urteil des OLG Karlsruhe eigentlich nichts auszusetzen. Denn eine messbare Wirkung von Mineralwasser auf die „Regeneration von Körper und Seele“ wird sich wissenschaftlich kaum quantifizieren lassen. Und die Verteidigung mit „Esoterik“ kann letztlich auch nicht verfangen. Denn Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) und b) VNGA nennen als typische Fälle gesundheitsbezogener Angaben ausdrücklich Effekte auf „Körperfunktionen“ wie auch auf die „psychischen Funktionen oder Verhaltensfunktionen“. Für die Praxis bedeutet das, dass die Auslobung einer „Regeneration von Körper und Seele“ durch den Verzehr eines Lebensmittels durchaus im Bereich des Zulässigen liegt, immer vorausgesetzt, es liegt keine Irreführung vor. Nach Art. 10 Abs. 3 VNGA muss nur eine – inhaltlich passende (s. o. EuGH)! – spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt werden. Das ist bei Mineralwasser angesichts der regelmäßig nicht in „signifikanten Mengen“ enthaltenen Vitamine und Mineralstoffe oft nicht möglich<sup>30)</sup>. Bei Lebensmitteln, die „signifikante Mengen“ an Vitaminen oder Mineralstoffen enthalten, besteht dieses Problem aber nicht.

#### c) OLG Hamburg – „THE POWER FOR YOU“

- 25 Vor dem OLG Hamburg wurde über die Frage gestritten, ob die Aussage „THE POWER FOR YOU“ am Rande des Etiketts eines Nahrungsergänzungsmittels als allgemeiner gesundheitsbezogener Verweis im Sinne von Art. 10 Abs. 3 VNGA einzustufen war<sup>31)</sup>. Anders als die Vorinstanz bejahte das Gericht diese Frage und verbot die Aussage, „weil ihr entgegen der genannten Vorschrift keine in einer der Listen nach Art. 13 oder 14 enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist.“<sup>32)</sup> Zur Begründung führte das Gericht aus: „Bei der angegriffenen Angabe handelt es sich um eine solche, die Bezug nimmt auf eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des Konsumenten. Diesem wird aufgrund der Angabe suggeriert, dass er durch den Verzehr des Mittels Kraft bzw. Energie erhält, die er ohne den Verzehr des Mittels nicht hätte. Dies jedenfalls im Zusammenhang mit der im werblichen Umfeld verwendeten stilisierten Abbildung eines Menschen, der sich erkennbar in einem schnellen Lauf/Sprint befindet. Die Angabe nimmt damit auf das durch die Einnahme des Mittels angabegemäß zu unterstützende bzw. zu steigernde Wohlbefinden Bezug. Das ist nach Ansicht des Senats entgegen der Annahme des Landgerichts mit dem Sachverhalt aus der Vitalpilze-Entscheidung des BGH (...) vergleichbar, in dem der BGH die – auf einen Pilz bezogene – Angaben ‚Zur Unterstützung einer optimalen Leistungsfähigkeit‘ und

‚Der Raupenpilz erhöht Ausdauer und Leistungsfähigkeit‘ als unspezifische Angabe i. S. des Art. 10 Abs. 3 VNGA angesehen hat. So liegt der Fall auch hier, denn die angegriffene Angabe suggeriert in ihrer konkreten Verletzungsform eine besondere Steigerung der Leistungsfähigkeit des Menschen nach einem Verzehr des Mittels.“<sup>33)</sup>

Der interessanteste Aspekt an diesem Urteil ist – ähnlich wie bei der Entscheidung des OLG München in Sachen „Biosan“ – die Berücksichtigung des Kontextes, in dem die Aussage „THE POWER FOR YOU“ präsentiert wurde. Die Abbildung eines Läufers in unmittelbarer Nähe verlieh der Werbeaussage eine spezielle Bedeutung, nämlich in Bezug auf eine mögliche Leistungssteigerung. Das ergibt Sinn. Denn „Power“ bedeutet letztlich nichts anderes als Kraft und Energie, so dass die Aussage insgesamt am ehesten als „liefere Kraft und Energie für dich“ verstanden wird. Dass dieser Aussage im konkreten Fall ausgerechnet bei einem Nahrungsergänzungsmittel keine spezielle zugelassene gesundheitsbezogene Angabe beigelegt war, ist überraschend. Damit wäre die Auslobung „THE POWER FOR YOU“ offenbar zu retten gewesen.

#### d) OLG München – „bekömmlich“

Um die Frage, ob das Wort „bekömmlich“ als gesundheitsbezogen einzustufen ist, wurde in der Vergangenheit für Wein bis zum EuGH<sup>34)</sup> und für Bier bis zum BGH gestritten<sup>35)</sup>. Dass die Rechtsprechung diesen Begriff als spezielle gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA ansieht und deswegen mangels Zulassung verbietet, konnte also jeder Lebensmittelunternehmer wissen. Allerdings betrafen die früheren Entscheidungen nur alkoholische Getränke. Um die Bewerbung von Kaffee mit „bekömmlich“ wurde bisher wohl noch nicht gestritten. Deswegen musste das OLG München sich mit der Aussage „die Besonderheit unseres Kaffees liegt in der Langzeit-Trommelröstung bei niedriger Temperatur, was die Röstungen außerdem sehr bekömmlich macht“ befassen<sup>36)</sup>. Anders als die Vorinstanz, die erkannt hatte, dass „nicht dem Kaffee als solchem, sondern einer besonderen Röstungsart ‚Bekömmlichkeit‘ zugeschrieben“ wurde<sup>37)</sup>, erließ das OLG München auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers eine einstweilige Verfügung.

Zur Begründung verwies es auf die bereits erwähnten Urteile von EuGH und BGH und folgerte: „Dementsprechend versteht der Verkehr die streitgegenständliche Werbung vorliegend dahingehend, dass der beworbene Kaffee gut verträglich und leicht verdaulich ist. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Annahme einer gesundheitsbezogenen Angabe auch nicht entgegen, dass die ‚Bekömmlichkeit‘ nicht dem Kaffee als solchem, sondern einer besonderen Röstungsart zugesprochen werde. Die Röstungsart als solche kann nicht ‚bekömmlich‘ sein, sondern nur dazu führen, dass der Kaffee, der in dieser speziellen Art hergestellt wurde, ‚bekömmlich‘ ist. Der Begriff ‚bekömmlich‘ bezieht sich somit auf den beworbenen in besonderer Weise hergestellten Kaffee als solchen und somit auf ein Lebensmittel und so wird die Werbung auch vom Verkehr verstanden.“<sup>38)</sup> Da auch in diesem Fall keine zugelassene spezielle

28) OLG Karlsruhe, 03.07.2020 – 4 U 121/19, MD 2020, 743, 750-752 – „Zur Regeneration von Körper und Seele“.

29) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, LRE 66 Nr. 1, 1 = ZLR 2013, 695, 699 – „Vitalpilze“ und BGH, 13.01.2011 – I ZR 22/09, LRE 62 Nr. 5, 26 = ZLR 2011, 226, 229 – „Gurktaler Kräuterlikör“.

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

31) OLG Hamburg, 26.03.2020 – 3 U 56/19, MD 2020, 1040 – „THE POWER FOR YOU“.

32) OLG Hamburg, 26.03.2020 – 3 U 56/19, MD 2020, 1040, 1042 – „THE POWER FOR YOU“.

33) OLG Hamburg, 26.03.2020 – 3 U 56/19, MD 2020, 1040, 1043 – „THE POWER FOR YOU“.

34) EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, LRE 64 Nr. 23, 163 = WRP 2012, 1368 = ZLR 2012, 602 – „Deutsches Weintor/Land Rheinland-Pfalz“.

35) BGH, 17.05.2018 – I ZR 252/16, LRE 77 Nr. 19, 263 = WRP 2018, 1461 = ZLR 2019, 109 – „Bekömmliches Bier“.

36) OLG München, 11.02.2020 – 29 W 1562/19, LRE 80 Nr. 21, 192 = MD 2020, 445 – „bekömmlich“.

37) OLG München, 11.02.2020 – 29 W 1562/19, LRE 80 Nr. 21, 192 Rn. 4 = MD 2020, 445, 446 – „bekömmlich“.

38) OLG München, 11.02.2020 – 29 W 1562/19, LRE 80 Nr. 21, 192, 193-194 Rn. 13-14 = MD 2020, 445, 446 – „bekömmlich“.

gesundheitsbezogene Angabe beigefügt war – welche hätte das bei Kaffee auch sein sollen? –, sah sich das OLG München veranlasst, die Werbung zu verbieten.

- 29 So komplizierte Erwägungen eines indirekten Produktbezugs hätte das Gericht gar nicht anstellen müssen. Denn die Antragsgegnerin hatte sich zwar Mühe gegeben, ihre Werbeaussage mit „Röstungen“ auf ein Verfahren zu beziehen und nicht auf ein Lebensmittel. Betrachtet man die Aussage aber genau, dann ist mit „Röstung“ wohl doch eher der geröstete Kaffee, also das Lebensmittel selbst, am Ende des Verfahrens gemeint. Das hat das OLG München so offenbar nicht gesehen. Diese Erkenntnis ändert jedoch nichts am Ergebnis. Und das bedeutet: Wenn „bekömmlich“ eine gesundheitsbezogene Angabe ist, dann wurde im konkreten Fall ein Lebensmittel gesundheitsbezogen beworben, ohne dass die Angabe zulässig war. In der Praxis müsste sich nun allmählich die Erkenntnis durchsetzen, dass es vielerlei Dinge gibt, die „bekömmlich“ sind, Lebensmittel aber nicht dazugehören – jedenfalls dann nicht, wenn ein Lebensmittelunternehmer sie entsprechend anpreist. Nur wer kein Lebensmittelunternehmer im Sinne von Art. 3 Nr. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 ist, darf Kaffee und andere Getränke noch als „bekömmlich“ preisen. Und wer als Unternehmer etwa sein Verfahren als „schonend“ bewerben möchte, sollte tunlichst darauf achten, dass sich die entsprechende Aussage präzise auf das Verfahren bezieht und nicht auf dessen Ergebnis.

## 5. Übergangszeit – Beweislast

### EuGH – „Konsumentombudsmannen/Mezina“

- 30 In Anbetracht der Tatsache, dass die VNGA vor bald 15 Jahren in Kraft trat, sollte man meinen, dass die Übergangsmaßnahmen nach Art. 28 VNGA keine Bedeutung mehr hätten. Weit gefehlt! Die Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben, die nach Art. 13 Abs. 3 VNGA „spätestens am 31.01.2010“ hätte verabschiedet werden müssen, liegt noch immer nicht vollständig vor<sup>39)</sup>. Deswegen entfaltet Art. 28 Abs. 5 VNGA weiterhin Rechtsfolgen. Darauf verweist übrigens auch ausdrücklich Erwägungsgrund 11 VO (EU) Nr. 432/2012: „Angaben, deren Bewertung durch die Behörde oder deren Prüfung durch die Kommission noch nicht abgeschlossen ist, werden auf der Kommissions-Website veröffentlicht und dürfen gemäß Art. 28 Abs. 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 weiter verwendet werden.“
- 31 Art. 28 Abs. 5 VNGA hat in der Vergangenheit vereinzelt die nationale Rechtsprechung beschäftigt<sup>40)</sup>. Im letzten Jahr musste sich zum ersten Mal auch der EuGH mit der Geltung dieser Vorschrift befassen, und zwar insbesondere im Hinblick auf die Frage, wer denn die Beweislast für die wissenschaftliche Absicherung noch nicht zugelassener gesundheitsbezogener Angaben trägt<sup>41)</sup>. Eine Herstellerin von „natürlichen Nahrungsergänzungsmitteln“<sup>42)</sup> hatte ihre Produkte gesundheitsbezogen beworben. Der schwedische Verbraucherbeauftragte „Konsumentombudsmannen“ reichte deshalb beim zuständigen Stockholmer Gericht Klage ein und beantragte, der Lebensmittelunternehmerin die Verwendung dieser gesundheitsbezogenen Angaben zu verbieten. Auf Vorlage des nationalen Gerichts entschied der EuGH: „Der betreffende Lebensmittelunternehmer muss in der Lage sein, die Angaben, die er verwendet, durch allgemein anerkannte

wissenschaftliche Nachweise zu begründen. Die Angaben müssen eine objektive Grundlage haben, über die Einigkeit in der Wissenschaft besteht.“<sup>43)</sup>

Es ist nicht ganz klar, warum das schwedische Gericht dem EuGH deswegen überhaupt Fragen vorgelegt hat. Heißt es doch in Art. 28 Abs. 5 VNGA ausdrücklich, „gesundheitsbezogene Angaben (...) dürfen (...) bis zur Annahme der in Art. 13 Abs. 3 genannten Liste unter der Verantwortung von Lebensmittelunternehmern verwendet werden, sofern (...)“. Die Worte „unter der Verantwortung von Lebensmittelunternehmern“ können jedenfalls nicht so verstanden werden, dass die Beweislast für eine eventuelle Unzulässigkeit bzw. mangelnde wissenschaftliche Absicherung einer gesundheitsbezogenen Angabe bei jemand anderem als dem Unternehmer liegen könnte, etwa der zuständigen Lebensmittelüberwachungsbehörde. Im Ergebnis kann das Urteil des EuGH also nicht überraschen. Auch der BGH hatte in der Vergangenheit schon die Beweislast beim Unternehmer erkannt<sup>44)</sup>.

Hilfreich für die Praxis sind jedoch einige andere Passagen aus den Entscheidungsgründen des EuGH. So heißt es dort unter anderem: „Die Beklagte des Ausgangsverfahrens macht jedoch geltend, dass die Verordnung Nr. 1924/2006 nicht dahin ausgelegt werden könne, dass sie von dem betreffenden Lebensmittelunternehmer verlange, eigene Nachweise zu erbringen und selbst wissenschaftliche Studien durchzuführen oder von geeigneten Einrichtungen durchführen zu lassen. Hierzu sind die Lebensmittelunternehmer nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006 nicht verpflichtet. Sie müssen nach diesen Bestimmungen aber in der Lage sein, die von ihnen verwendete gesundheitsbezogene Angabe zu begründen. Als Nachweise können die vorgelegt werden, die sich in dem Dossier befinden, das zur Stützung des Antrags auf Aufnahme in die Liste gemäß Art. 13 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 erstellt wurde. Sofern sie einen hinreichenden wissenschaftlichen Wert haben, können die Nachweise aber auch aus anderen Quellen stammen.“<sup>45)</sup>

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Beweismitteln verweist der EuGH ausdrücklich auf das nationale Recht. Das bedeutet für den deutschen Lebensmittelunternehmer, dass er zur wissenschaftlichen Absicherung von gesundheitsbezogenen Angaben über Stoffe, die keine Vitamine und Mineralstoffe sind, auf eigene Studien zurückgreifen kann, aber nicht muss. Er kann auch einschlägige wissenschaftliche Publikationen vorlegen und sich – soweit noch nicht veraltet – auf Zulassungsdossiers berufen, die bereits bei der Europäischen Lebensmittelsicherheitsbehörde (EFSA) eingereicht worden sind. In jedem Fall muss er sicherstellen, dass die Daten entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) und Art. 6 Abs. 1 VNGA als „allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise“ gelten können. Nach der deutschen Rechtsprechung müssen solche Daten wissenschaftlich weitestgehend unumstritten sein; eine produktbezogene randomisierte placebokontrollierte Studie kann insoweit ausreichen, ist aber nicht in jedem Fall zwingend erforderlich<sup>46)</sup>.

## III. Fazit für die Praxis

Im Rückblick lässt sich festhalten: Die Entscheidungen des Jahres 2020 liegen im Trend. Und der Trend liegt erkennbar in einer Verstärkung von strengen Auslegungen: Low Carb nur mit Bei-

39) Vgl. nur BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, LRE 66 Nr. 1, 1 = WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695 – „Vitalpilze“ sowie BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 = ZLR 2020, 47 – „Gelenknahrung III“.

40) Vgl. OLG Hamburg, 21.06.2012 – 3 U 97/11, LRE 64 Nr. 29, 242 = WRP 2012, 1586 – „Ginkgo Kapseln“.

41) EuGH, 10.09.2020 – C-363/19, WRP 2020, 1420 – „Konsumentombudsmannen/Mezina“.

42) Der Begriff ist in sich widersprüchlich: In der Natur kommen keine Nahrungsergänzungsmittel vor, insbesondere nicht in der nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 NemV gesetzlich vorgesehenen „dosierten Form“.

43) EuGH, 10.09.2020 – C-363/19, WRP 2020, 1420 – „Konsumentombudsmannen/Mezina“.

44) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, LRE 66 Nr. 1, 1 = WRP 2013, 1179 = ZLR 2013, 695, 701 – „Vitalpilze“.

45) EuGH, 10.09.2020 – C-363/19, WRP 2020, 1420, 1423 Rn. 49–51 – „Konsumentombudsmannen/Mezina“.

46) BGH, 15.03.2012 – I ZR 44/11, ZLR 2012, 691 – „Arthrostar“; vgl. dazu auch Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 177. EL, Juli 2020, C 111, Art. 5 VNGA Rn. 8a ff.



## Dück/Offergeld, Irreführende Werbung durch Erwecken des Eindrucks der Herstellung in Deutschland

fügen, höchste Vorsicht bei Produktnamen, Beifügen nur noch in unmittelbarer Nähe. Für den Praktiker am Wichtigsten ist wohl die Erkenntnis, dass die Gerichte die meisten Werbeaussagen am Ende an den Verbotsnormen scheitern lassen. Es gilt deshalb, in der Werbung möglichst so zu formulieren, dass erst gar keine Nährwert- oder Gesundheitsbezüge zu erkennen sind. Vielleicht sollte die Lebensmittelwirtschaft einmal überlegen, ob es nicht Zeit ist, von solcher Werbung ganz Abschied zu nehmen. Warum essen und trinken wir eigentlich? „Immer wenn ich traurig bin, trink ich einen Korn“, sang einst Heinz Erhardt. Heute essen und trinken die Menschen aus unterschiedlichen Gründen. Nicht jeder aber verzehrt Lebensmittel, um gesund zu bleiben oder zu werden. Viele essen und trinken auch einfach das, was ihnen schmeckt. Hellseher wissen: Auch die geschmacksbezogene Le-

bensmittelwerbung könnte irgendwann einem Totalverbot mit Erlaubnisvorbehalt und einem Zulassungsverfahren mit Sensorikbehörde unterworfen werden. Solange das aber noch nicht der Fall ist, könnte sich entsprechende Werbung einstweilen als Ausweg anbieten – noch unterliegt sie lediglich dem Irreführungsverbot. Und subjektive Geschmackseindrücke sind eigentlich nie zur Täuschung geeignet.

**Anm. der Redaktion:**

Vgl. hierzu auch die vorherigen Rechtsprechungsübersichten von *Hagenmeyer*, insbesondere WRP 2015, 308 ff.; WRP 2016, 1335 ff.; WRP 2017, 375 ff., WRP 2019, 35 ff.; WRP 2019, 422 ff., WRP 2020, 408 ff.

Dr. Hermann Dück und Johannes Marcel Offergeld, LL.M., Siegen \*

## Irreführende Werbung durch Erwecken des Eindrucks der Herstellung in Deutschland

Zugleich Besprechung von OLG Frankfurt a. M., 17.08.2020 – 6 W 84/20 – Solarmodule\*\*

### INHALT

#### I. Beschluss des OLG Frankfurt a. M.

#### II. Rechtliche Würdigung

##### 1. Verkehrsverständnis

- Angesprochene Verkehrskreise
- Leitbild des Durchschnittsverbrauchers
- Erwartungen an die Herstellung von Industrieerzeugnissen

##### 2. Irreführung mittels werblicher Aussagen

- „Solarmodule-Hersteller-2004“ (mit einer stilisierten Deutschland-Flagge)
- „German – A-Quality Standard“
- „Deutsches Unternehmen – wir bürgen für die Qualität der von uns hergestellten Module.“
- „A B – Seit 2004 stellt A Solarmodule in deutscher Ingenieursqualität her. Vom Hauptsitz in Stadt1 installiert A Solarelemente weltweit.“

#### III. Fazit und Ausblick

1 Der Beschluss des OLG Frankfurt a. M.<sup>1)</sup> in der Sache „Solarmodule“ hat gezeigt, dass die Frage der Irreführung hinsichtlich einer Herstellung in Deutschland eine ganzheitliche Betrachtung aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise erfordern kann. Dabei ist es von zentraler Bedeutung, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Werbung interpretieren und welche (berechtigten) Erwartungen gerade Durchschnittsverbraucher an die Herstellung von Industrieerzeugnissen haben. Der vorliegende Beitrag nimmt den „Solarmodule“-Beschluss des OLG zum Anlass, die jeweiligen Werbeaussagen zu betrach-

ten, um Orientierungspunkte bezüglich irreführender Werbeaussagen von Unternehmen bezogen auf den Ort der Herstellung herauszuarbeiten.

#### I. Beschluss des OLG Frankfurt a. M.

Die Antragsgegnerin vertreibt in Deutschland Solarmodule, welche sie im inner- und außereuropäischen Ausland fertigen lässt. 2 Dafür wirbt sie auf ihrer Internetseite, in Prospekten, auf Datenblättern und in sonstiger Weise mit Aussagen, welche nach Auffassung der Antragstellerin, einer Wettbewerberin, mit der Begründung zu unterlassen seien, dass die Werbemaßnahmen den unzutreffenden Eindruck erwecken würden, die Module seien in Deutschland gefertigt worden. Das LG Frankfurt a. M. wies den Antrag noch zurück, weil es die Angaben lediglich als Hinweis auf den Unternehmenssitz bewertete.<sup>2)</sup>

Dieser Ansicht folgte das OLG nicht und untersagte der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung, irreführende werbliche Aussagen zu tätigen. So ist ihr untersagt worden, „Solarmodule-Hersteller seit 2004“ in unmittelbarer Nähe zu einer stilisierten Deutschlandflagge zu bewerben, wie auf ihrer Internetseite und Produktbroschüre geschehen. Weiterhin dürfe die Angabe „German – A-Quality Standard“ nicht in direkter Nähe zu einem Solarmodul abgedruckt werden, wie ebenfalls in der Produktbroschüre geschehen. Darüber hinaus habe es die Antragsgegnerin zu unterlassen, mit „Deutsches Unternehmen – wir bürgen für die Qualität der von uns hergestellten Module“ zu werben, wie es in einer Unternehmens-Image-Broschüre der Fall gewesen ist. Zudem sei die Aussage „A B – Seit 2004 stellt A Solarmodule in deutscher Ingenieursqualität her. Vom Hauptsitz in Stadt1 liefert und installiert A Solarelemente weltweit.“ zu unterlassen, wenn eine überwiegende Produktion der Solarmodule in Deutschland nicht erfolge. 3

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 698.

\*\* Abgedruckt in WRP 2020, 1603 f.

1) OLG Frankfurt a. M., 17.08.2020 – 6 W 84/20, WRP 2020, 1603 f. – Solarmodule.

2) LG Frankfurt a. M., 26.05.2020 – 2/6 O 153/20, n. v.