

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

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. Anna K. Bernzen

Die KI-Verordnung: Außen Produktsicherheit, innen Urheberrecht

### 413 Prof. Dr. Dr. h. c. Annette Kur

Die Grenzen des freien Ersatzteilmarktes – Design- und  
Markenschutz im Widerstreit?

### 420 Prof. Dr. Christian Alexander

Transparenzpflichten zum Schutz von Verbrauchern in der  
digitalen Plattformwirtschaft

### 429 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.

Wie geht es weiter nach EuGH, 21.12.2023 – C-333/21 –  
European Super League vs. FIFA/UEFA?

### 438 Dr. Lisa Feuerhake und Dr. Stephan Schäfer

Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht 2023

### 446 Dr. Jakob F. Dämmer

Wettbewerbliche Eigenart vs. Konzeptschutz – Zu den Grenzen  
des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes

### 449 Doctipharma/Union des Groupements de pharmaciens d'officine (UDGPO)

EuGH, Urteil vom 29.02.2024 – C-606/21

### 453 Reti Televisive Italiane (RTI)/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)

EuGH, Urteil vom 30.01.2024 – C-255/21

### 456 Mylan/Gilead Sciences Finland u. a.

EuGH, Urteil vom 11.01.2024 – C-473/22

### 462 Bequemer Kauf auf Rechnung

BGH, Beschluss vom 21.12.2023 – I ZR 14/23

### 471 Peek & Cloppenburg V

BGH, Urteil vom 10.01.2024 – I ZR 95/22

### 476 Seniorenwohnheim

BGH, Beschluss vom 08.02.2024 – I ZR 34/23

### 507 gesund.bund.de

OLG Köln, Beschluss vom 07.02.2024 – 6 U 109/23

### 511 Kommentar von Dr. Jan Heinrich Schmitt-Mücke

RAin Dr. Lisa Feuerhake, Hamburg und RA Dr. Stephan Schäfer, Berlin\*

## Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht 2023

### INHALT

- I. Lebensmittelkennzeichnung**
  1. BVerwG: Stückzahlangabe
  2. BVerwG: Kennzeichnung eines verarbeiteten Lebensmittels als aus ökologischer/biologischer Produktion
- II. Werbung mit Klimaneutralität**
  1. OLG Düsseldorf: Klimaneutrale Marmelade
  2. OLG Düsseldorf: Werbung mit „Klimaneutral Produkt“-Logo
  3. OLG Bremen: Werbung mit Nachhaltigkeit
- III. Bezeichnungsschutz**
  1. BGH: Butternote
  2. LG Hamburg: Gouda Geschmack Scheiben
- IV. Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke**
  1. EuGH: Kwizda Pharma – Nährstoffbegriff
  2. BGH: Bakterienkulturen
- V. Information der Öffentlichkeit**
  1. EuGH: Rechtsschutz gegen RAPEX-Meldung
  2. VGH Baden-Württemberg: Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB
  3. OVG Münster: Lebensmittelrechtlicher Internetpranger
  4. OLG München: Amtshaftungsansprüche bei zu weitgehendem Rückruf (Sieber-Wurstwaren)
- VI. Produkthaftung**
  1. BGH: Verunreinigtes Düngemittel
  2. OLG Hamm: Verunreinigte Trockenfrüchte
- VII. Sonstiges**
  1. EuGH: Buchweizenkeimlingsmehl mit erhöhtem Spermidgehalt (Novel Food)
  2. OLG Düsseldorf: Ei, Ei, Ei, Ei, Ei

Im Anschluss an den Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht, zuletzt von Schäfer, WRP 2023, 531 ff., wird nachfolgend ein Überblick über aktuelle Rechtsprechung des Lebensmittelrechts im Berichtszeitraum 2023/2024 gegeben. Aus über 100 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen des letzten Jahres enthält der Aufsatz eine Auswahl derjenigen, die für die Praxis besondere Bedeutung haben. Ausgeklammert bleiben Entscheidungen zur Health-Claims-VO und zum ihr verwandten Bereich.

1 Der Beitrag geht eingangs auf zwei aktuelle Entscheidungen des BVerwG zum Kennzeichnungsrecht ein (I.). Die in der Rechtsprechung thematisierten Claims zur „Klimaneutralität“ bilden – wie schon im vergangenen Jahr – einen weiteren Schwerpunkt der Berichterstattung, wobei die sich am Horizont abzeichnende Green-Claims-Richtlinie hier die Verwendung derartiger Auslobungen künftig deutlich erschweren wird (II.). Ein Evergreen jedes Berichts sind Fragen des Bezeichnungsschutzes (III.). Hier beschränkt sich der Beitrag auf einige illustrative Entscheidungen zur Bezeichnung veganer Produkte. Neues brachte das vergangene Jahr im Bereich der Lebensmittel für besondere mediz-

nische Zwecke (IV.). Fragen der behördlichen Öffentlichkeitsinformation spielen wieder eine große Rolle in der Rechtspraxis; der Fall Sieber-Wurstwaren zeigt, dass unsauberes Arbeiten auch für den Staat teuer werden kann (V.). Haftungsfragen werden in diesem Berichtsjahr auch unter dem Aspekt der Sachmängelgewährleistung/Produkthaftung thematisiert. Ob nun Kettenverantwortung oder Stufenverantwortung – die Rechtsprechung bleibt zu beobachten (VI.). Abschließend unternimmt der Beitrag einige Ausflüge in sonstige interessante Nebenbereiche, insbesondere die EuGH-Entscheidung zu Buchweizenkeimlingsmehl mit erhöhtem Spermidgehalt als Novel Food sei empfohlen (VII.).

### I. Lebensmittelkennzeichnung

#### 1. BVerwG: Stückzahlangabe

Der Kläger, ein Hersteller von Süßwaren, wehrte sich gegen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren des Landesamts für Mess- und Eichwesen Rheinland-Pfalz wegen fehlender Stückzahlangabe auf einem Bonbonbeutel.<sup>1)</sup> In einem Beutel befanden sich mehrere einzelne mit Bonbonpapier umwickelte Einzelstücke. Die Füllmenge war auf dem Beutel nach Gewicht angegeben, aber nicht nach Zahl der enthaltenen Stücke. Nachdem der Kläger bereits in den ersten beiden Instanzen unterlag, hielt auch das BVerwG die Angabe der Stückzahl neben der Angabe der Nettofüllmenge für erforderlich.

Das BVerwG entschied, dass gem. Art. 23 Abs. 1 und 3 i. V. m. 3 Anh. IX Nr. 4 LMIV die Gesamtnettofüllmenge und die Gesamtzahl der enthaltenen Einzelpackungen anzugeben sind und dass diese Pflicht nicht unverhältnismäßig ist.<sup>2)</sup> Nach Anh. IX Nr. 4 LMIV ist die Nettofüllmenge in Fällen, in denen eine Vorverpackung aus zwei oder mehr Einzelpackungen besteht, die nicht als Verkaufseinheiten anzusehen sind, in der Weise anzugeben, dass die Gesamtnettofüllmenge und die Gesamtzahl der Einzelpackungen angegeben werden. Das BVerwG führt aus, dass es sich bei dem Bonbonbeutel um ein vorverpacktes Lebensmittel i. S. v. Art. 2 Abs. 2 lit. e LMIV handele. Es bestehe kein Grund dafür, eine aus mehreren Lebensmitteleinzelpackungen bestehende Vorverpackung nicht als vorverpacktes Lebensmittel zu betrachten. Ein Unmittelbarkeitserfordernis in dem Sinne, dass die Vorverpackung das Lebensmittel unmittelbar umschließt, lasse sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen.<sup>3)</sup>

Die einzelnen, gesondert umhüllten Süßwarenstücke, seien un- 4 streitig nicht als Verkaufseinheit, sondern als Einzelpackungen i. S. d. Anh. IX Nr. 4 LMIV anzusehen.<sup>4)</sup> Das BVerwG bestätigt die Auffassung des Berufungsgerichts, dass eine Einzelpackung aus einer Kombination von Lebensmittel und Verpackung besteht. Für die Elemente des Begriffs der Verpackung könne auf die Definition des vorverpackten Lebensmittels zurückgegriffen werden. Eine Verpackung liegt damit vor, wenn das Lebensmittel

1) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531 – Stückzahlangabe.

2) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 533 Rn. 9 ff. – Stückzahlangabe.

3) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 535 Rn. 14 ff. – Stückzahlangabe; anders insoweit noch die Vorinstanz, das OVG Koblenz, 02.11.2021 – 6 A 10695/21, ZLR 2022, 125.

4) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 535 Rn. 18 – Stückzahlangabe.

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 527.

ganz oder teilweise umhüllt wird und der Inhalt nicht entnommen werden kann, ohne dass die Verpackung geöffnet werden muss oder eine Veränderung erfährt.

- 5 Eine Differenzierung nach der Größe der Einzelpackung oder den Verpackungsmodalitäten – etwa Art oder Zweck der jeweiligen Verpackung – sei nicht angezeigt.<sup>5)</sup> Der Sinn und Zweck der Regelung aus Anhang IX Nr. 4 LMIV spreche gegen eine Differenzierung, denn es soll dem Verbraucher gerade ermöglicht werden, zu erkennen, wie viele einzelne Stücke er beim Kauf erhält. Gerade bei kleineren Einzelstücken, wie umhüllten Bonbons, sei die Gesamtzahl der in einer Vorverpackung enthaltenen Stücke regelmäßig eher schwerer abzuschätzen als bei größeren Einzelstücken.<sup>6)</sup>
- 6 Vor diesem Hintergrund stelle die Auslegung der Informationspflichten auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Grundrechte des Lebensmittelunternehmers dar. Dem Verbraucher soll eine fundierte Wahl bei der Kaufentscheidung ermöglicht werden. Technischen Schwierigkeiten beim Abfüllungsvorgang, der eine genaue Zählung der Stückzahl nicht ermöglicht, können durch Angabe einer Mindeststückzahl begegnet werden, da Abweichungen nach oben anders als Minusabweichungen zulässig bleiben.<sup>7)</sup>

## 2. BVerwG: Kennzeichnung eines verarbeiteten Lebensmittels als aus ökologischer/biologischer Produktion

- 7 Das BVerwG hat dem EuGH erneut mehrere Fragen zur Auslegung der VO (EU) 2018/848 („EU-Öko-Verordnung“) vorgelegt.<sup>8)</sup>
- 8 Die in den Vorinstanzen unterlegene Klägerin stellt ein Getränk her, das aus einer Mischung von Fruchtsäften und Kräuterauszügen besteht, die aus biologischer Produktion stammen. Ferner sind dem Getränk nichtpflanzliche Vitamine und Eisengluconat zugesetzt. Auf der Verpackung befinden sich das EU-Bio-Logo, das nationale Bio-Siegel sowie ein Verweis auf die Herkunft von Zutaten aus „kontrolliert biologischem Anbau“. Die zuständigen bayerischen Behörden verboten der Klägerin die Nutzung des EU-Bio-Logos sowie des Hinweises auf die ökologische/biologische Produktion.<sup>9)</sup>
- 9 Die Subsumtion unter die EU-Öko-Verordnung geht dem Gericht schnell von der Hand: Nach Art. 16 Abs. 1 der EU-Öko-Verordnung i. V. m. Anhang II, Teil IV Ziffer 2.2.2. f.) dürfen Zusatzstoffe nur verwendet werden, soweit ihre Verwendung für den allgemeinen Verkehr unmittelbar gesetzlich vorgeschrieben ist. Das ist bei dem vorliegenden Produkt indes unstreitig nicht der Fall.<sup>10)</sup> Damit scheidet die Kennzeichnung aus ökologischer/biologischer Produktion an sich aus. Auch die Logos dürfen nicht verwendet werden, da sie nicht den produktionsbezogenen „Vorschriften dieser Verordnung“ entsprechen (Art. 33 Abs. 1, Abs. 5 EU-Öko-Verordnung).<sup>11)</sup>
- 10 Allerdings wird dieses an sich klare Ergebnis aus Sicht des BVerwG möglicherweise dadurch in Frage gestellt, dass bei in die EU eingeführten Produkten aus Drittländern gemäß Art. 45 ff. EU-Öko-Verordnung eine reine Gleichwertigkeitsprüfung stattfindet und nicht auszuschließen ist, dass der Verweis in Art. 33 Abs. 1 EU-Öko-Verordnung auf die Einhaltung der „Vorschriften der VO“ sich nicht auf Produktionsvorschriften, sondern aus-

schließlich auf die Bestimmungen über die Einfuhr bezieht.<sup>12)</sup> Diese könnten indes auch mit den hier gegenständlichen Zusätzen eingeführt werden und dann – bei entsprechender Auslegung des Begriffs „Vorschriften der VO“ – trotz dieser Zusätze als biologisch/ökologisch gekennzeichnet mit dem Bio-Logo in Verkehr gebracht werden. Dafür spricht aus Sicht des BVerwG insbesondere der mit den Einfuhrnormen verfolgte Zweck des Abbaus von Handelshemmnissen.<sup>13)</sup> Unstreitig werden etwa in den USA Produkte mit Zusätzen von Vitaminen und Eisengluconat als „organic“ vermarktet.<sup>14)</sup>

Damit stellt das BVerwG letztlich die Frage nach einer indirekten Diskriminierung europäischer Produzenten und eines darin liegenden Verstoßes gegen Art. 20 GRCh im Verhältnis zu ausländischen Herstellern.<sup>15)</sup> Das Gericht räumt aber ein, dass diese Diskriminierung ggf. aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein kann.<sup>16)</sup> Der EuGH ist nunmehr aufgefordert, sich zu positionieren.<sup>17)</sup>

## II. Werbung mit Klimaneutralität

Im vergangenen Jahr hat sich die divergente Rechtsprechung zu Werbung mit Klimaneutralität durch verschiedene obergerichtliche Entscheidungen konkretisiert. Die aktuellen Entscheidungen bieten eine gewisse Rechtssicherheit für die Gestaltung der Werbung mit Klimaneutralität. Allein ist fraglich, wie lange diese Grundsätze aus der Rechtsprechung ihre Gültigkeit behalten, denn am Brüsseler Horizont wirft bereits die Green Claims-Richtlinie ihre Schatten voraus. Der aktuelle Entwurf sieht vor, dass umweltbezogene Aussagen nur getätigt werden können, wenn sie auf wissenschaftlichen Standards basieren, die im Einzelnen in der Richtlinie näher definiert werden.<sup>18)</sup>

### 1. OLG Düsseldorf: Klimaneutrale Marmelade

Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung des LG Mönchengladbach zu der Werbung mit Klimaneutralität für eine Marmelade, die bereits im Rechtsprechungsreport 2022 besprochen wurde, bestätigt, allerdings mit abweichender Begründung.<sup>19)</sup>

In der Sache ging es um eine Werbung mit der Angabe „Klimaneutraler Preis-Leistungs-Klassiker“ in einer Anzeige sowie mit der Aussage „klimaneutrales Produkt“ auf dem Marmeladenglas. Die Werbung enthielt keinen Hinweis darauf, wie es zu der „Klimaneutralität“ kommt. Tatsächlich wurde die Klimaneutralität durch Kompensationszahlungen an ein Aufforstungsprojekt in Südamerika erreicht. Auf der Verpackung und in der Anzeige wurde zwar auf die Internetseite mit weiteren Informationen verwiesen. Dieser Hinweis stand aber nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Angabe „klimaneutral“. <sup>20)</sup>

5) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 536 Rn. 21 ff. – Stückzahlangabe.

6) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 536 Rn. 25 – Stückzahlangabe.

7) BVerwG, 09.03.2023 – 3 C 15.21, ZLR 2023, 531, 538 Rn. 29 ff. – Stückzahlangabe.

8) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377 – Herbaria Kräuterparadies II. Beim EuGH wird das Verfahren als Rechtssache C-240/23 geführt.

9) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 1 ff. – Herbaria Kräuterparadies II.

10) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 10 – Herbaria Kräuterparadies II.

11) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 11 – Herbaria Kräuterparadies II.

12) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 15 – Herbaria Kräuterparadies II.

13) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 15 – Herbaria Kräuterparadies II.

14) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 20 – Herbaria Kräuterparadies II.

15) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 20 – Herbaria Kräuterparadies II.

16) BVerwG, 09.12.2022 – BVerwG 3 C 13.21, LMuR 2023, 377, Rn. 16 – Herbaria Kräuterparadies II.

17) Deutlich gegen eine Relativierung von politisch verabschiedeten Standards unter dem Aspekt der globalen Handelserleichterungen bei *Beck/Wallau*, LMuR 2023, 381, die auch die erstmalige Befassung des EuGH, 05.11.2014 – C-137/13, WRP 2015, 184 – Herbaria I, kurz einordnen.

18) Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive), COM (2023) 166 final.

19) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 72/22, WRP 2023, 1120 – Klimaneutrale Marmelade II.

20) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 72/22, WRP 2023, 1120, 1123, Rn. 2, 25 – Klimaneutrale Marmelade II.

- 15 Das LG Mönchengladbach sah in der Werbung eine irreführende Handlung nach § 5 Abs. 1 UWG. Die Verbraucher verstünden die Angaben der Beklagten so, dass die Marmelade klimaneutral hergestellt werde und nicht so, dass das während der Herstellung des Produktes anfallende CO<sub>2</sub> durch nachträgliche Maßnahmen kompensiert und damit (nur) bilanziell eine Klimaneutralität erreicht werde.<sup>21)</sup>
- 16 Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung im Ergebnis bestätigt, jedoch mit einer abweichenden Begründung. Nach Auffassung des Senats versteht der Durchschnittsverbraucher den Begriff „klimaneutral“ im Sinne einer ausgeglichenen Bilanz der CO<sub>2</sub>-Emissionen des Unternehmens, wobei ihm bekannt ist, dass die Neutralität sowohl durch Vermeidung als auch durch Kompensationsmaßnahmen (z. B. Zertifikatehandel) erreicht werden kann. Dies folge schon daraus, dass auch Waren und Dienstleistungen als „klimaneutral“ beworben werden, die offensichtlich nicht emissionsfrei erbracht werden können, wie etwa Flugreisen.<sup>22)</sup>
- 17 Allerdings stellt die fehlende Aufklärung über das Erreichen der Klimaneutralität nach Auffassung des OLG eine wesentliche Information i. S. v. § 5a Abs. 1 UWG dar. Der angesprochene Verkehr gehe beispielsweise nicht davon aus, dass ein Unternehmen, das sich oder sein Produkt als „klimaneutral“ bezeichnet, allein auf Ausgleichsmaßnahmen Dritter bzw. auf den Kauf von Zertifikaten setzt. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Zertifikatehandel und andere Kompensationsmöglichkeiten unter dem Verdacht des sog. „Greenwashing“ stehen. Daher bestehe ein erhebliches Interesse an der Information, ob die Klimaneutralität (auch) durch eigene Einsparmaßnahmen erreicht wird oder nur durch den Erwerb von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten bzw. durch die Unterstützung von Klimaprojekten Dritter.<sup>23)</sup> Darüber hätte das Unternehmen die Verbraucher informieren müssen.

## 2. OLG Düsseldorf: Werbung mit „Klimaneutral Produkt“-Logo

- 18 In einer weiteren Entscheidung zur Thematik der Werbung mit „Klimaneutralität“ vom selben Tage hat das OLG Düsseldorf die Voraussetzungen an die Informationspflichten weiter konkretisiert.<sup>24)</sup>
- 19 Gegenstand des Verfahrens war eine Werbeanzeige für Fruchtgummis aus der Lebensmittelzeitung (LZ), in der auf die Klimaneutralität verwiesen und mit dem „Klimaneutral Produkt“-Logo von Climate Partner geworben wurde. Die Klimaneutralität wurde durch Kompensationszahlungen erreicht. In der Anzeige war ein Link zu einer Internetseite mit weiteren Informationen abgebildet.<sup>25)</sup>
- 20 Die Vorinstanz, das LG Kleve, wies die Klage mit der Begründung ab, dass sich die Werbung an Fachkreise richte. Für diese sei es üblich und zumutbar, sich über ein Produkt anhand von im Internet verfügbaren Informationen zu informieren.<sup>26)</sup>
- 21 Das OLG Düsseldorf hat die Werbung zwar ebenfalls nicht untersagt. Allerdings legt das Gericht dabei ein anderes Verständnis zu Grunde als die Vorinstanz. Zwar richtete sich die Lebensmit-

telzeitung ausschließlich an Fachkreise. Diese wiesen aber in der Lebensmittelbranche eine derartige „Spannweite“ auf, dass ein vom Durchschnittsverbraucher abweichendes Verständnis dieser Fachkreise fern liegt. Die meisten Leser seien jedenfalls auch Verbraucher und werden nicht nur in ihrer etwaigen Eigenschaft als Händler, sondern auch in der Eigenschaft als Verbraucher von der Werbung angesprochen.<sup>27)</sup>

Sodann bestätigt das OLG seine Wertung aus dem Verfahren zur „klimaneutralen Marmelade“ und weist darauf hin, dass dem Durchschnittsverbraucher bekannt ist, dass die Klimaneutralität sowohl durch Vermeidung als auch durch Kompensationsmaßnahmen (z. B. Zertifikatehandel) erreicht werden kann. Dieses Verständnis werde auch gerade durch den Hinweis in der Werbeanzeige auf die Website „ClimatePartner.com“ gestützt, weil sich der angesprochene Verkehr die Frage stellen wird, wofür – wenn nicht zur Kompensation – die Kooperation mit einem „Klima-Partner“ erforderlich ist.<sup>28)</sup>

Allerdings ist die Aufklärung über grundlegende Umstände der beanspruchten Klimaneutralität erforderlich, also die Information, ob die Klimaneutralität (auch) durch eigene Einsparmaßnahmen erreicht wird oder nur durch den Erwerb von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten bzw. durch die Unterstützung von Klimaprojekten Dritter. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Information i. S. v. § 5a Abs. 1 UWG. Demzufolge ist auch eine Aufklärung darüber erforderlich, ob bestimmte Emissionen von der CO<sub>2</sub>-Bilanzierung ausgenommen wurden.<sup>29)</sup>

In der streitgegenständlichen Werbeanzeige waren weiterführende Informationen durch QR-Code oder durch Eingabe der genannten Website von „ClimatePartner.com“ verfügbar und wurden vom OLG als ausreichend angesehen. Die Richter verwiesen zudem darauf, dass in der Zeitungsanzeige selbst die wesentlichen Informationen nicht direkt aufgeführt werden müssen. Das Gericht lässt ausdrücklich offen, ob dies auch für eine „klimaneutral“-Werbung auf der Verpackung gilt.<sup>30)</sup>

Im Ergebnis ist daher nach den beiden Entscheidungen des OLG Düsseldorf eine Aufklärung darüber erforderlich, ob die in der Werbung behauptete Klimaneutralität ganz oder teilweise durch Einsparungen bzw. durch Kompensationsmaßnahmen erreicht wird. Weiter ist eine Aufklärung darüber erforderlich, ob bestimmte Emissionen von der CO<sub>2</sub>-Bilanzierung ausgenommen wurden. Die Information kann jedenfalls im Falle von Werbeanzeigen durch Verwendung eines QR-Codes oder einen deutlichen Verweis auf eine Internetseite erfolgen.

Anschließend an diese Entscheidung wird nun auch der BGH Gelegenheit erhalten, sich zu den Anforderungen an die Werbung mit „Klimaneutralität“ zu äußern, da das OLG die Revision zugelassen hat.<sup>31)</sup>

## 3. OLG Bremen: Werbung mit Nachhaltigkeit

Das OLG Bremen hatte über eine Werbeanzeige aus der Lebensmittelzeitung (LZ) zu entscheiden, nachdem das LG die Klage auf Unterlassung in erster Instanz abgelehnt hatte.<sup>32)</sup> Darin waren Verpackungen von Teeerzeugnissen mit den Produktnamen: „Nachhaltige Minze“, „Nachhaltige Kamille“, „Nachhaltiger Fenchel“ sowie weitere umweltbezogene Werbeaussagen abgebildet.

21) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 72/22, WRP 2023, 1120, 1121, Rn. 3 – Klimaneutrale Marmelade II; LG Mönchengladbach, 25.02.2022 – 8 O 17/21, WRP 2022, 781 Rn. 19.

22) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 72/22, WRP 2023, 1120, 1122, Rn. 14 – Klimaneutrale Marmelade II.

23) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 72/22, WRP 2023, 1120, 1122, Rn. 24 f. – Klimaneutrale Marmelade II.

24) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

25) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123, 1125, Rn. 1, 31 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

26) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123 Rn. 4 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten; LG Kleve, 22.06.2022 – 8 O 44/21, GRUR-RS 2022, 16689 Rn. 29.

27) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123, 1124 Rn. 22 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

28) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123, 1124 Rn. 28 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

29) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123, 1124 Rn. 29 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

30) OLG Düsseldorf, 06.07.2023 – 20 U 152/22, WRP 2023, 1123, 1124 Rn. 31 – Klimaneutral produzierte Süßigkeiten.

31) Die Revision beim BGH wird unter dem Az. I ZR 98/23 geführt.

32) OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22, GRUR 2023, 1384 – „nachhaltiger Kräutertee“.



- 28 Das OLG beurteilte die Produktnamen „Nachhaltige ...“ als irreführend, weil aufklärende Hinweise fehlten, warum die Minze nachhaltig sei. Umweltbezogene Werbeaussagen seien ähnlich wie die Gesundheitswerbung nach strengen Maßstäben zu beurteilen. An die zur Vermeidung einer Irreführung erforderlichen aufklärenden Hinweise sind daher grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen, die sich im Einzelfall nach der Art des Produkts und dem Grad und Ausmaß seiner „Umweltfreundlichkeit“ bestimmen.<sup>33)</sup>
- 29 Der Hinweis des Herstellers, dass die Nachhaltigkeit aus der Bio-Qualität folge, griff nach Auffassung des OLG nicht durch, da der Verbraucher einen zusätzlichen Nachhaltigkeitsaspekt neben der „Bio“-Eigenschaft der Tee-Erzeugnisse erwarte. Die Richter nahmen zwar an, dass sich die Lebensmittelzeitung an Fachkreise richtet. Sie wiesen aber darauf hin, dass das Aufklärungserfordernis auch bei einer Werbung gegenüber Fachkreisen gelte, da schon die Anlockwirkung, sich mit dem Produkt aufgrund der Werbeaussage näher zu beschäftigen, für den Verstoß genüge.<sup>34)</sup> Ebenso wurde auch die Angabe „ressourcenfreundlich“ verboten, da diese ebenso unscharf wie die Angabe „nachhaltig“ sei. Auch der Hinweis „kurze Lieferwege“ wurde als irreführend eingeordnet, weil die enthaltene Minze teilweise aus Nordafrika stammte und auch die zum Teil aus Deutschland stammende Minze zur Verarbeitung nach Großbritannien und dann wieder zurück nach Deutschland verbracht wurde.<sup>35)</sup>
- 30 Demgegenüber wurde die Angabe „Fördert die Biodiversität“ nicht als irreführend eingeordnet, weil die Vielfalt von Tier- und Pflanzenarten durch die strengen Vorgaben für Bio-Lebensmittel tatsächlich gefördert werde. Auch die Angabe „Füttert die Bienen“ verstehe der Verbraucher zutreffend dahingehend, dass die Fenchel-Pflanze den Bienen als Futterpflanze dient.<sup>36)</sup>

### III. Bezeichnungsschutz

#### 1. BGH: Butternote

- 31 Die Frage des Bezeichnungsschutzes für Milcherzeugnisse ist seit der Leitentscheidung des EuGH in der Rechtssache „Tofu-Town“<sup>37)</sup> bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. Nachdem Gerichte in der Vergangenheit den Bezeichnungsschutz eher streng ausgelegt haben, verfolgt das OLG Hamburg in einer Entscheidung zu der Angabe „Butternote“ einen liberaleren Ansatz.<sup>38)</sup> Der BGH hat die hiergegen geführte Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers zurückgewiesen und damit diesen Ansatz jedenfalls dem Grunde nach bestätigt.<sup>39)</sup>
- 32 Das OLG sah in der Angabe „Butternote“ auf einer Pflanzencreme zum Braten keine Irreführung des Verbrauchers. Der Senat bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, dass Verbraucher nicht erwarten, dass in dem Erzeugnis tatsächlich Butter enthalten sei. Der Begriff „-note“ werde nicht als Hinweis auf eine bestimmte Zutat, sondern als Beschreibung der Gesamtgeschmacksrichtung

des Produkts aufgefasst. Die allgemeine gedankliche Assoziation zu Butter ließ der Senat nicht für die Annahme einer Irreführung genügen.<sup>40)</sup>

In diesem Zusammenhang verwies das OLG auf den Leitsatz des EuGH,<sup>41)</sup> dass der Durchschnittsverbraucher, der sich in seiner Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Erzeugnisses richtet, zunächst das auf der Verpackung angebrachte Zutatenverzeichnis liest. Daraus ging unstreitig hervor, dass das Erzeugnis keine Butter enthielt.<sup>42)</sup>

Kurz und knapp verneinte das OLG auch den Bezeichnungsschutz nach Art. 78 Anh. VII Teil III Nr. 2 UAbs. 2 lit. 2 a) VO Nr. 1308/2013 – und verwies darauf, dass der Begriff „Butter“ nicht zur Kategorisierung des Produkts, sondern zusammen mit dem Begriff „-note“ zur Beschreibung der Geschmacksrichtung verwendet werde.<sup>43)</sup>

#### 2. LG Hamburg: Gouda Geschmack Scheiben

Die Auffassung, dass Geschmackshinweise unter Verwendung geschützter Bezeichnungen zulässig bleiben sollen, zeigt sich auch in einer weiteren Entscheidung des LG Hamburg zu der Angabe „Gouda Geschmack Scheiben“.<sup>44)</sup>

Das Gericht führte aus, dass die Angabe „Gouda Geschmack Scheiben“ für ein Käseersatzprodukt nicht gegen die Vorgaben zum Bezeichnungsschutz verstoße, da es erkennbar ein bloßer Geschmackshinweis sei. Geschmackshinweise fallen nach Auffassung der Kammer aber nicht unter den Bezeichnungsschutz. Dies ergebe sich auch daraus, dass der EU-Änderungsantrag zur Ausweitung des Bezeichnungsschutzes für Milcherzeugnisse Ende 2022 zurückgenommen wurde. Zutreffende Hinweise auf die Geschmacksrichtung eines Produktes seien als zulässig anzusehen, da es sich bei der Geschmacksrichtung um eine für eine informierte Entscheidung des Verbrauchers besonders wichtige Angabe handelt.<sup>45)</sup>

### IV. Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

#### 1. EuGH: Kwizda Pharma – Nährstoffbegriff

Der EuGH befasste sich bereits 2022 in einer Grundsatzentscheidung mit der Kategorie der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke („LBMZ“).<sup>46)</sup> Darin erteilte er der zur früheren Rechtslage in Deutschland mehrheitlich verfolgten Auffassung, es genüge grundsätzlich, wenn die Aufnahme eines Nährstoffs zu einem positiven Nutzen bei einem Patienten führe, eine Absage. Der EuGH sprach sich explizit gegen das Konzept eines sog. „kleinen Arzneimittels“ aus und beschränkte die Kategorie der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke auf das Diätmanagement von Krankheiten, Störungen oder Beschwerden, die kausal zu einem besonderen Nährstoffbedarf führen.

Auf eine Vorlagefrage aus Österreich bestätigte der EuGH in einer weiteren Entscheidung noch einmal diese Auslegung der Voraussetzungen für Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke und begrenzte en passant diese Kategorie weiter durch

33) OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22, GRUR 2023, 1384, 1386 Rn. 47 ff. – „nachhaltiger Kräutertee“.

34) OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22, GRUR 2023, 1384, 1387 Rn. 54 ff. – „nachhaltiger Kräutertee“.

35) OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22, GRUR 2023, 1384, 1389, Rn. 67 f., 71 ff. – „nachhaltiger Kräutertee“.

36) OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22, GRUR 2023, 1384, 1389, Rn. 78 ff. – „nachhaltiger Kräutertee“.

37) EuGH, 14.06.2017 – C-217/458, WRP 2017, 784 – TofuTown.

38) OLG Hamburg, 30.06.2022 – 3 U 157/20 n. v. Die Kanzlei der Verfasser war an diesem Verfahren auf Seiten der auf Unterlassung in Anspruch genommenen Beklagten beteiligt.

39) BGH, 23.02.2023 – I ZR 119/22, n. v. – Butternote; die Kanzlei der Verfasser an diesem Verfahren auf Seiten der auf Unterlassung in Anspruch genommenen Beklagten beteiligt.

40) OLG Hamburg, 30.06.2022 – 3 U 157/20 n. v.

41) EuGH, 14.06.2017 – C-217/458, WRP 2017, 784 – TofuTown.

42) OLG Hamburg, 30.06.2022 – 3 U 157/20 n. v.

43) OLG Hamburg, 30.06.2022 – 3 U 157/20 n. v.

44) LG Hamburg, 05.12.2023 – 406 HKO 112/22, n. v. – Gouda Geschmack Scheiben. Die Kanzlei der Verfasser war an dem Verfahren auf Seiten der auf Unterlassung in Anspruch genommenen Beklagten beteiligt.

45) LG Hamburg, 05.12.2023 – 406 HKO 112/22, n. v. – Gouda Geschmack Scheiben. Eine strengere Auffassung vertritt insoweit das LG Düsseldorf, das die Bezeichnung „Skyr Style“ als Verstoß gegen die Bezeichnungsschutzvorgaben der VO (EU) 1308/2013 einordnete (LG Düsseldorf, 05.04.2022 – 38 O 120/19, LMuR 2022, 565 – Skyr Style).

46) EuGH, 27.10.2022 – C-418/21, WRP 2022, 1484 – Orthomol, bereits berichtet bei Schäfer, WRP 2023, 531, Rn. 68.

Beschränkung des Nährstoffbegriffs im Rahmen der VO (EU) 609/2013 und VO (EU) 2016/128.<sup>47)</sup>

- 39** Der EuGH führt zunächst aus, dass der Begriff „Nährstoff“ in den Verordnungen nicht definiert ist. In den verschiedenen Sprachfassungen wird überwiegend der Begriff „Nährstoff“ verwendet, in der französischen Fassung allerdings der Begriff für Zutaten („ingrédients“).<sup>48)</sup> Darüber hinaus verweist der Gerichtshof darauf, dass es sich bei LBMZ um Lebensmittel handelt, für die auch die Regelungen aus der LMIV (EU) 1169/2011 gelten. Daraus zieht der Gerichtshof den Schluss, dass nach Art. 2 Abs. 2 lit. s) VO (EU) 1169/2011 unter dem Begriff „Nährstoffe“ Eiweiße, Kohlenhydrate, Fett, Ballaststoffe, Natrium, Vitamine und Mineralstoffe zu verstehen sind, sowie Stoffe, die zu einer dieser Klassen gehören oder Bestandteil einer dieser Klassen sind.<sup>49)</sup>
- 40** Darin besteht eine erhebliche Einschränkung der Kategorie der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke. Zuvor war überwiegend anerkannt, dass als Nährstoffe z. B. auch Mikroorganismen, wie probiotische Bakterien oder Pflanzenstoffe, in Betracht kommen, ebenso wie bei Nahrungsergänzungsmitteln, die auch zu der Kategorie der Lebensmittel gehören.

## 2. BGH: Bakterienkulturen

- 41** Die Leitentscheidungen des EuGH zur Auslegung der Kategorie der LBMZ hat nun auch der BGH für Deutschland aufgenommen und kehrt damit von seiner früheren Rechtsprechung ab.<sup>50)</sup>
- 42** In dem Verfahren ging es um LBMZ mit Bakterienkulturen, die für das Diätmanagement verschiedener Erkrankungen, wie z. B. dem Reizdarmsyndrom oder atopischer Dermatitis, bestimmt waren. Der BGH schließt sich den Ausführungen des EuGH an und verweist darauf, dass ein Erzeugnis nur dann ein Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. g) der VO (EU) Nr. 609/2013 darstellt, wenn krankheitsbedingt ein erhöhter oder spezifischer Nährstoffbedarf besteht, der durch das Lebensmittel gedeckt werden soll. Dafür reicht es nicht aus, dass der Patient allgemein aus der Aufnahme dieses Lebensmittels einen Nutzen zieht, weil darin enthaltene Stoffe der Störung entgegenwirken oder deren Symptome lindern.<sup>51)</sup>
- 43** Auch die überraschende Einschränkung des Nährstoffbegriffs durch den EuGH übernimmt der BGH und verweist darauf, dass Bakterien keine Nährstoffe i. S. d. der Regelung aus Art. 2 Abs. 2 lit. s) LMIV sind.<sup>52)</sup>
- 44** Diese Rechtsprechung verdeutlicht, dass die Definition der LBMZ aus der VO (EU) Nr. 609/2013 und der delegierten VO (EU) 2016/128 restriktiv auszulegen ist, so dass die Positionierung von Erzeugnissen als LBMZ am Markt zukünftig vor hohen Hürden steht.

## V. Information der Öffentlichkeit

### 1. EuGH: Rechtsschutz gegen RAPEX-Meldung

- 45** Ein Knaller?! In tatsächlicher Hinsicht durchaus: Es ging in dem vom EuGH entschiedenen Fall um in Österreich in Verkehr befindliche Feuerwerkskörper chinesischer Herkunft, die von Behörden dort für nicht handhabungssicher eingestuft wurde.<sup>53)</sup> Auch in rechtlicher Hinsicht lässt das Urteil aufmerken, werden

hier doch die Rechte der Wirtschaftsakteure im Fall von fehlerhaften RAPEX-Meldungen gestärkt. Der Reihe nach: Die Landespolizeidirektion Wien (LPD) übermittelte drei Meldungen zu unsicheren pyrotechnischen Gegenständen über das System der EU zum raschen Informationsaustausch („RAPEX“). Dem Regelfall bei RAPEX entsprechend wurde die Meldung sodann durch die EU-Kommission öffentlich bekannt gemacht.<sup>54)</sup> Der in Polen ansässige Einführer der beanstandeten Produkte in die EU beantragte bei der LPD in Österreich die Vervollständigung der bereits veröffentlichten Meldungen durch die Ergänzung der Chargennummern der beanstandeten Produkte.<sup>55)</sup> Nach einer abschlägigen Entscheidung verfolgte der Einführer das Ziel, die seines Erachtens unvollständige Meldung ergänzt zu sehen, gerichtlich weiter. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof legte dem EuGH die Fragen zur Vorabentscheidung vor, (1) ob einem beteiligten Wirtschaftsakteur – hier dem Einführer – ein Anspruch zusteht, eine RAPEX-Meldung ergänzen zu lassen und (2) bejahendenfalls, gegen wen sich der Anspruch zu richten habe: Den meldenden Mitgliedstaat oder die EU-Kommission als Betreiber des RAPEX-Systems.

Der EuGH legt die Art. 20-22 der VO Nr. 765/2008, Art. 12 und Anhang II RL 2001/95/EG sowie den Durchführungsbeschluss (EU) 2019/417 dahingehend aus, dass einem Wirtschaftsakteur, dessen Interessen durch eine von einem Mitgliedstaat an die Kommission nach Art. 22 der VO Nr. 765/2008 erstattete Meldung beeinträchtigt werden könnten, das Recht zusteht, von den zuständigen Behörden des meldenden Mitgliedstaats die Vervollständigung dieser Meldung zu verlangen.<sup>56)</sup> Das gilt nach der Entscheidung des EuGH auch für den Einführer, der gar nicht unmittelbar Adressat der Maßnahme ist, welche der Meldung zu Grunde liegt.<sup>57)</sup> Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass der EuGH den auf formale Vollständigkeit und Richtigkeit abzielenden gesetzlichen Vorgaben drittschützende Wirkung zuweist, obwohl in der Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Wirtschaftsakteure keine Partei im RAPEX-Meldevorverfahren sind.<sup>58)</sup> Der EuGH arbeitet als zentrales Argument heraus, dass diese Wirtschaftsakteure durch eine (fehlerhafte) Meldung geschädigt werden könnten.<sup>59)</sup>

Es sind nach der Entscheidung des EuGH die meldenden Mitgliedstaaten, die nach den für RAPEX geltenden Vorschriften die Richtigkeit und Vollständigkeit der RAPEX-Meldungen gewährleisten müssen, unbeschadet eines daneben bestehenden formalen Prüfauftrags der EU-Kommission. Dies sei Art. 22 VO (EG) NR. 765/2008 i. V. m. Anhang II der RL 2001/95/EG und den RAPEX-Leitlinien zu entnehmen. Danach bleibt der meldende Mitgliedstaat für die gemeldeten Daten solange verantwortlich, als die Meldung auf RAPEX vorhanden ist und Änderungen bei der EU-Kommission anzeigen muss.<sup>60)</sup>

Es ist ferner Aufgabe des meldenden Mitgliedstaats – unter dem Eindruck des drittschützenden Charakters der RAPEX-Meldevorschriften sowie Art. 47 GRCh (Recht auf wirksamen Rechtsbehelf) –, den Wirtschaftsakteuren einen nationalen Rechtsbehelf zu eröffnen, die von einer der RAPEX-Meldung zu Grunde liegenden Maßnahme nicht unmittelbar, sehr wohl aber mittelbar (wie hier der Einführer) betroffen sind.<sup>61)</sup>

47) EuGH, 02.03.2023 – C-760/21, WRP 2023, 557 – Kwizda Pharma GmbH/Landeshauptmann von Wien.

48) EuGH, 02.03.2023 – C-760/21, WRP 2023, 557, 562, Rn. 54 f. – Kwizda Pharma GmbH/Landeshauptmann von Wien.

49) EuGH, 02.03.2023 – C-760/21, WRP 2023, 557, 562 Rn. 64 – Kwizda Pharma GmbH/Landeshauptmann von Wien.

50) BGH, 13.07.2023 – I ZR 68/21, WRP 2023, 1459 – Bakterienkulturen; zur früheren Rechtsprechung siehe BGH, 02.10.2008 – I ZR 220/05, WRP 2008, 1513 – Mobil-Plus-Kapseln.

51) BGH, 13.07.2023 – I ZR 68/21, WRP 2023, 1459, 1462 Rn. 26 ff.

52) BGH, 13.07.2023 – I ZR 68/21, WRP 2023, 1459, 1461 Rn. 23.

53) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 27 = BB 2023, 1673 – Funke. Vgl. hierzu auch *Kappler*, BB 2023, 1667 ff.

54) Vgl. Ziffer 3.4.5.1 Durchführungsbeschluss (EU) 2019/417 der Kommission vom 08.11.2018.

55) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 30 = BB 2023, 1673 – Funke.

56) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 47 ff., 69 = BB 2023, 1673 – Funke.

57) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 47 ff. = BB 2023, 1673 – Funke.

58) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 57 f. = BB 2023, 1673 – Funke.

59) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 69 f. = BB 2023, 1673 – Funke.

60) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 54 f. = BB 2023, 1673 – Funke.

61) EuGH, 17.05.2023 – C-626/21, LMuR 2023, 456, Rn. 75 = BB 2023, 1673 – Funke.

## 2. VGH Baden-Württemberg: Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB

- 49 Der VGH Baden-Württemberg bleibt seiner grundsätzlichen behördenfreundlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unverzüglich“ im Rahmen von § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB treu.<sup>62)</sup> Danach handelt eine Behörde bei einer Öffentlichkeitsinformation jedenfalls dann noch unverzüglich, wenn ihr kein „schuldhaftes Zögern“ vorgeworfen werden kann (analog § 121 Abs. 1 BGB). Das Gericht vertritt den Ansatz, dass gerade dadurch der Behörde ermöglicht werde, die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Veröffentlichung mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen, und diese Prüfung auch im Interesse des Betroffenen liege.<sup>63)</sup>
- 50 Das Gericht konkretisiert seine Auffassung ferner dahingehend, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unverzüglichkeit der Tag der geplanten Veröffentlichung ist, da der tatsächliche Veröffentlichungstag häufig durch verfahrensverzögernde Maßnahmen des betroffenen Lebensmittelunternehmers beeinflusst würde.<sup>64)</sup>
- 51 Das Gericht lässt auch erkennen, dass seines Erachtens der Referenzpunkt der Unverzüglichkeit allein das tatsächliche Verwaltungshandeln der Information der Öffentlichkeit selbst ist und gerade nicht das Herbeiführen der Voraussetzungen, hier das Erstellen der Bußgeldprognose gemäß § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB.<sup>65)</sup> Das überzeugt indes schon anhand des Wortlauts dieser Norm nicht; die Bußgeldprognose ist Voraussetzung einer positiven Veröffentlichungsentscheidung.<sup>66)</sup>
- 52 Der VGH Baden-Württemberg beschäftigt sich zudem mit dem Tatbestandsmerkmal eines „Verstoßes in nicht unerheblichem Ausmaß“, das eine weitere eigenständige Voraussetzungen darstellt, um die Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 LFGB zu informieren. Das Gericht erinnert an die bundesverfassungsgerichtliche gezogenen Grundlinien, wonach bei der Auslegung und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht maßgeblich darauf abzustellen sei, auf welchen Umständen der jeweilige Verstoß beruht. Vielmehr sei ein Verstoß nicht unerheblichen Ausmaßes dann anzunehmen, wenn es sich um einen Verstoß mit besonders nachteiligen Folgen für den einzelnen Verbraucher handelt oder eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen ist.<sup>67)</sup> Werden mehrere verdorbene Lebensmittel vorgefunden oder Lebensmittel, deren Verbrauchsdatum abgelaufen ist, liege ein Verstoß nicht unerheblichen Ausmaßes nahe: Im konkreten Fall waren 39 Stück Obst und Gemüse in der Obst- und Gemüsetheke verdorben (matschig/faulig, geschimmelt, weißer Flaum) sowie im Kühlbereich weitere drei Packungen Salat-/Snackprodukte, deren Verbrauchsdatum abgelaufen war. Als weitere Kriterien waren zu berücksichtigen die Zahl der potentiell betroffenen Verbraucher aufgrund der zentralen Lage des Lebensmittelmarktes und seine Frequentierung.<sup>68)</sup>

## 3. OVG Münster: Lebensmittelrechtlicher Internetpranger

- 53 Die Entscheidung des OVG Münster klärt verschiedene Aspekte der Sanktions-/Bußgelderwartung gemäß § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB als Tatbestandsvoraussetzung einer Veröffentlichung von Lebensmittelverstößen (hier Schädlingsbefall).<sup>69)</sup> Es handelt

sich hierbei um eine Prognoseentscheidung der handelnden Behörde.<sup>70)</sup> Diese muss sowohl die in Frage kommende Sanktionsnorm benennen, deren Anwendbarkeit nachvollziehbar begründen (im Sinne eines schlüssigen Vortrags, da die Beweisbarkeit bei der Prognoseentscheidung denklösig erst später im Sanktionsverfahren stattfindet) und auch Ausführungen zur Sanktionshöhe machen, insbesondere dazu, ob ein Bußgeld von mindestens 350 Euro zu erwarten ist.<sup>71)</sup>

Das OVG Münster stellt klar, dass die von den Behörden getroffene Prognose gerichtlich voll überprüfbar ist und den Behörden weder bei der Sachverhaltsermittlung noch bei der Rechtsfolgenabschätzung ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>72)</sup> Grund dafür ist, dass die Gerichte dazu in der Lage sind, die maßgeblichen Tatsachen selbst festzustellen und zu bewerten. Mit anderen Worten: Die Prognose, ob und in welchem Umfang eine straf-/ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortung besteht, muss die Judikative – so sieht es zu Recht das OVG Münster – selbst leisten können und kann das nicht den Behörden überlassen.<sup>73)</sup> Kurz: Rechtsanwendung im materiellen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht steht auch bei § 40 Abs. 1a LFGB vollständig unter dem Richtervorbehalt.

## 4. OLG München: Amtshaftungsansprüche bei zu weitgehendem Rückruf (Sieber-Wurstwaren)

Wenn Behörden öffentliche Warnungen aussprechen, sind häufig Amtshaftungsansprüche zu prüfen. Eine wegweisende Entscheidung des OLG München konturiert die Anforderungen an einen derartigen Schadenersatzanspruch gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG.<sup>74)</sup> Im vorliegenden Fall, der bundesweit Schlagzeilen machte, klagte der Hersteller (bzw. der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Herstellers) gegen den Freistaat Bayern auf Entschädigung wegen einer amtlichen Warnung des Bayerischen Verbraucherschutzministeriums zu Listerienfunden in diversen Produkten, darunter einem geräucherten Wacholderwammerl. Erinstanzlich hatte das LG München die Klage noch vollumfänglich abgewiesen. Es hatte dabei dem Mitverschulden des Geschäftsführers überwiegende Bedeutung beigegeben.<sup>75)</sup>

Anders nun das OLG München: Zwar durfte das Verbraucherschutzministerium grundsätzlich eine Warnung auf Grundlage der zum Zeitpunkt der hierzu erlassenen Pressemitteilung vorliegenden Erkenntnisse aussprechen. Rechtsgrundlage hierfür sei Art. 10 BasisVO i. V. m. § 40 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 3 LFGB gewesen. Insbesondere das im Einzelhandel beprobte Wacholderwammerl war mit Listerien jenseits der Grenzwerte belastet. Der klagende Insolvenzverwalter hatte dies zuletzt nicht mehr bestritten. Auch für weitere Produkte arbeitet das OLG München heraus, dass eine Warnung mit Blick auf die hohe Gefährlichkeit von Listerien für vulnerable Verbrauchergruppen grundsätzlich angemessen war.<sup>76)</sup>

Auch sei es nicht zu beanstanden, dass in der Warnung Lebensmittel Eingang gefunden haben, die bestimmungsgemäß (und durch entsprechenden Hinweis auf der Verpackung kenntlich gemacht) vor Verzehr durchzuerhitzen waren. Insoweit überwiegt nach Auffassung des OLG München der Gesundheitsschutz, zumal Fehler bei der Zubereitung der durchzuerhitzenden Produkte nach seiner – sachverständig gestützten – Auffassung nicht unwahrscheinlich sind.<sup>77)</sup> Lebensklug erkennt der

62) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 504. mit kritischer Anmerkung *Roffael*, LMuR 2023, 505, vgl. auch *Schäfer*, WRP 2023, 531 Rn. 48 ff. zu den divergierenden Ansätzen des VGH Bayern und des OVG Lüneburg.

63) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 504.

64) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 504.

65) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 504.

66) So auch deutlich *Roffael*, LMuR 2023, 499, 505, 507.

67) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 501.

68) VGH Baden-Württemberg, 17.05.2023 – 9 S 313/23, LMuR 2023, 499, 501.

69) OVG Münster, 03.11.2022 – 9 B 1077/22, LMuR 2023, 270, Rn. 19.

70) OVG Münster, 03.11.2022 – 9 B 1077/22, LMuR 2023, 270, Rn. 20.

71) OVG Münster, 03.11.2022 – 9 B 1077/22, LMuR 2023, 270, Rn. 21 f.

72) OVG Münster, 03.11.2022 – 9 B 1077/22, LMuR 2023, 270, Rn. 24 f.

73) OVG Münster, 03.11.2022 – 9 B 1077/22, LMuR 2023, 270, Rn. 25 f.

74) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577.

75) LG München, 10.02.2021 – 15 O 18592/17, BeckRS 2021, 44676.

76) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577 Rn. 35 ff.

77) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 47.



Senat im Übrigen kraft eigener Anschauung, dass bei Würstchen ein Verzehr in rohem Zustand auch deshalb nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, weil diese unter anderem auf (Grill-)Festen und nicht selten unter dem Einfluss alkoholischer Getränke konsumiert werden.<sup>78)</sup>

- 58 Die Warnung war aber nach Auffassung des OLG München deshalb rechtswidrig und stellte eine fahrlässige Amtspflichtverletzung dar, weil die Behördenmitarbeiter nicht hinreichend ermittelt haben, ob und welche Erzeugnisse vor dem Inverkehrbringen ordnungsgemäß in der Verpackung nachpasteurisiert wurden. In der Pressemitteilung warnte das Verbraucherschutzministerium undifferenziert auch vor dem Verzehr solcher Produkte, die marktüblich nachpasteurisiert werden. Das stelle eine fahrlässige Amtspflichtverletzung dar, weil bei Zugrundelegung der üblichen Sorgfalt dem Ersteller der Warnung hätte auffallen müssen, dass von derartigen Produkte keine Gesundheitsgefahr für Verbraucher ausgeht. Denn Listerien werden durch das Nachpasteurisieren zuverlässig abgetötet.<sup>79)</sup> Das OLG München nimmt insoweit eine umfassende Beweisaufnahme und -würdigung zur Frage vor, ob und bei welchen Produkten im Produktionsbetrieb das Nachpasteurisieren üblich war.<sup>80)</sup> Das Zivilgericht ist bei seiner Bewertung nicht tatbestandlich an die anderslautenden Feststellungen der im Eilrechtsschutz ergangenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gebunden.<sup>81)</sup>
- 59 Den Fahrlässigkeitsvorwurf knüpft das OLG München daran, dass die Behördenmitarbeiter aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes und der potentiell schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen für das Unternehmen dazu verpflichtet gewesen wären, zu ermitteln, welche – marktüblich – pasteurisierten Produkte es im Sortiment führt.<sup>82)</sup> Das hat die Behörde unterlassen und dem Geschäftsführer des Unternehmens auch keine Möglichkeit gegeben, sich zu diesem Punkt einzulassen. Das Gericht hält es vor diesem Hintergrund für unerheblich, ob die Behördenmitarbeiter tatsächlich – wie von Klägerseite behauptet – positive Kenntnis vom Nachpasteurisieren hatten. Allein der Umstand, diese naheliegende Möglichkeit nicht mit in den Blick genommen zu haben und daraufhin eine undifferenzierte Warnung ausgesprochen zu haben, begründet den Vorwurf der Fahrlässigkeit.<sup>83)</sup>
- 60 Damit hat das OLG München den Schadenersatzanspruch gegen den Freistaat Bayern dem Grunde nach begründet. Die Schadensausfüllung ist nun Aufgabe des erstinstanzlichen Gerichts, wobei schwierige Beweisthemen (§ 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO) der Klärung harren (Unternehmensbewertung; Zeitpunkt der Insolvenzreife; alternative Kausalverläufe). Diese Themen betreffen indes nur die Höhe des Anspruchs.<sup>84)</sup> Das OLG München gibt der ersten Instanz dabei aber noch mit auf, das Mitverschulden des Geschäftsführers (§ 254 BGB) anspruchsmindernd zu berücksichtigen.<sup>85)</sup> Das hatte zwar auch das LG München schon so gesehen. Jedoch stellt das OLG München nun klar, dass ein vollständiger Anspruchsausschluss – wie ihn das LG München noch angenommen hatte – nicht in Betracht kommt. Das OLG München taxiert – insoweit mit Bindungswirkung für die weitere Entscheidung zur Schadensausfüllung in der ersten Instanz – die Mitverschuldensquote auf ein Drittel.<sup>86)</sup> Der letztlich ausgeworfene Anspruch wird daher um diese Quote zu kürzen sein.

78) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 47.

79) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 47.

80) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 48 ff.

81) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 47.

82) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 58.

83) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 58.

84) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 60.

85) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 61.

86) OLG München, 31.01.2023 – 1 U 1316/21, LMuR 2023, 577, Rn. 61.

## VI. Produkthaftung

### 1. BGH: Verunreinigtes Düngemittel

Der BGH hatte sich in einem Urteil grundsätzlich mit der produkthaftungsrechtlich relevanten Frage der Herstellereigenschaft auseinandergesetzt.<sup>87)</sup> Dem lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger ist Haupterwerbslandwirt und kaufte von der Beklagten zu 1 ein Düngemittel, das die Beklagte zu 1 wiederum von der Beklagten zu 2 erworben hatte. Die Beklagte zu 2 hatte die Flüssigkeit von einer dritten Partei, Streithelferin im hiesigen Rechtsstreit, empfangen. Dabei übernahm die Beklagte zu 2 als Fachbetrieb für Abfallentsorgung von der Streithelferin die phosphat- und kaliumhaltige Flüssigkeit als Abfall, bezeichnete sie sodann als „EG-Düngemittel für Ackerbau“ und erstellte hierfür eine Produktinformation.

Die Lieferung erfolgte dergestalt, dass die Beklagte zu 1 die Flüssigkeit auf Veranlassung der Beklagten zu 2 mit einem Tanklastzug bei der Streithelferin abholte und direkt an den Kläger lieferte. Der Kläger brachte die Flüssigkeit auf seinen Rapsfeldern aus. Etwa zehn Tage später stellte er fest, dass sich die Rapspflanzen überwiegend violett färbten und nicht mehr wuchsen. Der Kläger behauptet, die Flüssigkeit sei mit Herbiziden verunreinigt gewesen und macht entgangenen Ertrag, die Kosten der Schadensermittlung und -beseitigung sowie den Kaufpreis des Düngemittels als Schaden geltend.<sup>88)</sup>

Vor dem BGH ging es nun ausschließlich noch um Ansprüche gegen die Beklagte zu 2, mit der der Kläger keine unmittelbare Vertragsbeziehung unterhielt. Eine solche Beziehung bestand nur zur Beklagten zu 1, gegen die das Vorliegen entsprechender kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche zwischenzeitlich festgestellt worden war.<sup>89)</sup>

Der BGH schloss sich der Vorinstanz insoweit an, als er einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 2 aus dem Produkthaftungsgesetz verneint. Das ergibt sich durch simple Auslegung von § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 ProdHaftG: Da die beschädigte Sache, hier die Rapspflanzen, nicht für den privaten Ge- und Verbrauch bestimmt waren, scheidet eine (verschuldensunabhängige) Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz aus.<sup>90)</sup>

Der BGH erkennt indes einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB mit dem Argument an, die Beklagte zu 2 habe Verkehrssicherungspflichten verletzt.<sup>91)</sup> Für die Frage, welche Verkehrssicherungspflichten den im Zusammenhang mit der Herstellung oder Verteilung einer Ware in Anspruch Genommenen treffen, ist entscheidend, in welcher Funktion er tätig wird. Den Hersteller trifft grundsätzlich die umfassende Verantwortung für einen in seinem Tätigkeits- und Wissensbereich entstandenen Produktfehler, einschließlich Konstruktions- und Fabrikationsfehler.<sup>92)</sup> Demgegenüber sind Vertriebshändler für die Sicherheit der von ihnen vertriebenen Produkte nur sehr eingeschränkt verantwortlich. Insbesondere eine Haftung für Konstruktions- und Fabrikationsfehler scheidet grundsätzlich aus.<sup>93)</sup> Durch die Umbezeichnung einer chemisch unveränderten Substanz und Erstellung einer entsprechenden Produktinformation schuf – so der BGH – die Beklagte zu 2 ein neues Erzeugnis und brachte dieses als Hersteller erstmalig in Verkehr.<sup>94)</sup> Der Bezeichnung eines Pro-

87) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572 mit Anmerkung *Rutloff/Wagner* LMuR 2023, 575 = BB 2023, 1424 mit BB-Kommentar *Schucht*, BB 2023, 1428.

88) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 7 = BB 2023, 1424.

89) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 8 = BB 2023, 1424.

90) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 13 = BB 2023, 1424.

91) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 16 ff. = BB 2023, 1424.

92) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 19 = BB 2023, 1424.

93) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 20 = BB 2023, 1424.

94) BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572, Rn. 22 = BB 2023, 1424.



dukts kommt damit im Sinne der Herstellereigenschaft künftig größere Bedeutung zu. Das wird auch für den Lebensmittelvertrieb Bedeutung haben.

## 2. OLG Hamm: Verunreinigte Trockenfrüchte

- 66 Das OLG Hamm hatte sich mit einer Mangelthematik auseinandersetzen, die verdeutlicht, dass dem Zivilrecht eine Kettenverantwortung (des Händlers/Verkäufers für seine Vorstufen) noch fremd ist, zumindest bislang.<sup>95)</sup> Inwieweit neue Elemente des Lieferkettenrechts hier Veränderungen bringen, wird zu beobachten sein.
- 67 Die Klägerin ist Herstellerin von Vollwertmüslis. Sie macht gegen ihre Lieferantin (nach Insolvenz nunmehr gegen die Insolvenzverwalterin) Schadenersatzansprüche wegen der Lieferung verunreinigter Trockenfrüchte, konkret Rosinen, geltend. Klägerin und Lieferantin haben im Rahmen ihrer vertraglichen Vereinbarung eine Absprache dazu getroffen, wie die sog. Entwesung, d. h. die Vernichtung tierischer Schädlinge vor Lieferung der Rosinen, zu erfolgen habe. Die Lieferantin beschaffte die Rosinen bei ihrer eigenen Zulieferin aus der Türkei und vereinbarte mit dieser die Entwesung im Einklang mit den Parametern, die sie mit der Klägerin vertraglich vereinbart hatte. Die türkische Zulieferin entweste die Rosinen (nicht vollständig vertragsgemäß) und lieferte sie sodann im Streckengeschäft direkt an die Klägerin, wo sie – nach unauffälliger stichprobenartiger Sichtkontrolle – eingelagert wurden. Im Zuge der Verarbeitung entdeckte die Klägerin einen Befall mit schädlichen Getreideplattkäfern, der auf die mangelhafte Entwesung bei der türkischen Zulieferin zurückzuführen war.<sup>96)</sup>
- 68 Das OLG Hamm bejaht hier zwar das Vorliegen eines Sachmangels, erteilt allerdings einem klägerseitig verfolgten Schadenersatzanspruch eine Absage.<sup>97)</sup> Denn Voraussetzung für das Bestehen eines derartigen Anspruchs auf Ersatz des sog. Mangel- folgeschadens ist grundsätzlich ein schuldhaftes Handeln der Lieferantin, mithin vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten, vgl. § 280 Abs. 1 BGB. Dieses sah das Gericht nicht:
- 69 Der Lieferantin sei zum einen nicht das Verschulden der eigenen Vorlieferantin zuzurechnen. Hier gelte im Lebensmittelrecht nichts anderes als im allgemeinen Haftungsrecht. Die Lieferantin schuldet die Übergabe und Übereignung der Ware und gerade nicht deren Herstellung.<sup>98)</sup> Die Vorlieferantin ist demnach nicht Erfüllungsgehilfin der Lieferantin (§ 278 BGB). Etwas anderes hätte allenfalls dann gegolten, wenn sich die Lieferantin als Herstellerin geriert hätte.<sup>99)</sup>
- 70 Zum anderen sei der Lieferantin kein eigenes Verschulden vorzuwerfen, da sie als reine Zwischenhändlerin – auch als Importeurin in den europäischen Binnenmarkt – grundsätzlich nicht zu einer Untersuchung der angekauften und weiterverkauften Waren verpflichtet ist. Eine Untersuchungspflicht ist allenfalls dort zu bejahen, wo bereits ein konkreter Mangelverdacht besteht oder sich eine Untersuchungspflicht aus sonstigen Umständen des Falls ergibt.
- 71 Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass das OLG Hamm gewisse Sympathien für eine lebensmittelrechtlich

begründete Verantwortlichkeit des Händlers für seine Vorlieferanten zeigt, die aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 14 f. BasisVO begründet werden könnte (Kettenverantwortung). Damit würden verschärfte Untersuchungspflichten des Zwischenhändlers einhergehen.<sup>100)</sup> Das OLG Hamm hält diese grundsätzlich für naheliegend beim Import aus Drittstaaten und zwar wegen der herausragenden Bedeutung der Lebensmittelsicherheit auf sämtlichen Stufen der Lieferkette.<sup>101)</sup> Im Ergebnis lässt das OLG Hamm die Frage im vorliegenden Fall allein deswegen dahinstehen, weil es im Rahmen einer Hilferwägung zum Ergebnis kommt, dass auch die Durchführung einer eigenen Untersuchung durch die Lieferantin den Mangel nicht aufgedeckt hätte.<sup>102)</sup> Man hat aber durchaus den Eindruck, dass der erkennende Senat des OLG Hamm – bei entsprechender Fallgestaltung – der Idee einer Kettenverantwortung zugeneigt wäre.

## VII. Sonstiges

### 1. EuGH: Buchweizenkeimlingsmehl mit erhöhtem Spermidin Gehalt (Novel Food)

Dem Urteil des EuGH liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des LG Graz zu Grunde.<sup>103)</sup> Das Verfahren wurde zwischen zwei Lebensmittelherstellern geführt, die beide Buchweizenkeimlingsmehl mit einem hohen Spermidin Gehalt herstellen, jedoch in unterschiedlicher Weise. Spermidin ist ein biogenes Polyamin, das in den Zellen aller Organismen in unterschiedlichen Konzentrationen vorkommt. Eine Zulassung durch die Europäische Kommission als neuartiges Lebensmittel nach der VO (EU) 2015/2283 gibt es nicht.

Der wesentliche Punkt der Entscheidung betrifft den Begriff „Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel in der Union“ aus Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) Ziff. iv) VO (EU) 2015/2283. Nach Auffassung des EuGH ist dieser gleichbedeutend mit dem Begriff „Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel in einem Drittland“, wie er in Art. 3 Abs. 2 Buchst. b) der VO (EU) 2015/2283 definiert ist. Es gebe keinen Grund für die Annahme, dass dem Begriff je nachdem unterschiedliche Bedeutung zukäme, ob auf ein Drittland oder auf ein Unionsland Bezug genommen werde. Damit steht fest, dass für den Nachweis einer Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel Daten über seine Zusammensetzung und Erfahrungen mit seiner fortgesetzten Verwendung über mindestens 25 Jahre hinweg als Bestandteil der üblichen Ernährung einer signifikanten Anzahl an Personen in mindestens einem Unionsland vorzulegen sind.<sup>104)</sup>

### 2. OLG Düsseldorf: Ei, Ei, Ei, Ei, Ei

Dem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf liegt eine Auseinandersetzung von zwei Herstellern von Eierlikör zu Grunde, die über die Verletzung der Wortmarke „Eieiei“ durch eine Werbeanzeige mit der Angabe „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ streiten.<sup>105)</sup>

Alles Ei(n)erlei? Mitnichten. Das OLG legt in seiner Entscheidung ausführlich dar, dass nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung bereits keine markenmäßige Verwendung vorliege. Streitgegenständlich war die fünffache Aufzählung des Begriffs „Ei“ jeweils im Rahmen einer Internet-Werbung für ein Produkt-Paket, das fünf verschiedene Sorten Eierlikör enthält. Dabei wurde die Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ nicht in Alleinstellung verwendet, sondern in der konkreten Aufmachung war jedem

95) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590.

96) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590 Rn. 3 ff.

97) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590 Rn. 3 ff.

98) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590, Rn. 52.

99) Dazu LG Meiningen, 17.12.2015 – 65 HK 65/14, Rn. 28 juris. Vgl. auch obenstehend die Entscheidung BGH, 21.03.2023 – VI ZR 1369/20, LMuR 2023, 572 = BB 2023, 1424 – Verunreinigtes Düngemittel.

100) Die Auseinandersetzung zwischen sog. Ketten- und Stufenverantwortung oder – moderner – Primärverantwortung und Sekundärverantwortung ist ein altes, aber immer noch prägendes Element des Lebensmittelrechts, vgl. zur Einführung mit vielen Nachweisen *Roffaet/Wallau* in: Sosnitzer/Meisterernst (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Stand 187. EL August 2023, vor § 58 Rn. 140 ff.

101) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590, Rn. 56.

102) OLG Hamm, 26.01.2023 – 2 U 49/21, LMuR 2023, 590, Rn. 57.

103) EuGH, 25.05.2023 – C-141/22, LMuR 2023, 372 = WRP 2023, 1279, Ls. – Buchweizenkeimlingsmehl mit erhöhtem Spermidin Gehalt.

104) EuGH, 25.05.2023 – C-141/22, LMuR 2023, 372, 374, Rn. 21 ff. = WRP 2023, 1279, Ls.

105) OLG Düsseldorf, 27.04.2023 – 20 U 41/22, WRP 2023, 735 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei.

## Dämmer, Zu den Grenzen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes

„Ei“ jeweils bildlich eine Eierlikörflasche zugeordnet. Die fünf-fache Wiederholung des Wortes „Ei“ als rhetorisches Stilmittel findet ihre Entsprechung in den fünf beworbenen Eierlikörflaschen in fünf verschiedenen Geschmacksrichtungen. Sowohl die Farbgebung als auch die Positionierung der Flasche innerhalb der Eiform würden jeweils den Eindruck eines dottergelben Eigelbs erwecken und dadurch den rein beschreibenden Charakter des Begriffs „Ei“ nochmals verstärken.<sup>106)</sup> Die Annahme, der Verkehr erblicke in den angegriffenen Zeichen ein Unterscheidungsmittel für deren Herkunft, sei fernliegend. Vielmehr erfasse der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als Zutatenhinweis ohne Weiteres und auf den ersten Blick.<sup>107)</sup>

Das OLG sah den Vortrag der Klägerin zur Bekanntheit der Marke und zu Kennzeichnungsgewohnheiten in der Spirituosenbranche als präkludiert an und hielt darüber hinaus die eingereichten Unterlagen auch nicht für ausreichend, um eine Verwechslungsgefahr aufgrund der Annahme einer wirtschaftlichen Kooperation zu begründen.<sup>108)</sup> Wem nun auch eine Melodie in den Sinn kommt, der mag daran zweifeln, ob die Abfolge „Ei, ei, ei ...“ tatsächlich stets nur beschreibend für die Zutaten eines Eierlikörs ist.

106) OLG Düsseldorf, 27.04.2023 – 20 U 41/22, WRP 2023, 735, 737, Rn. 22 ff.

107) OLG Düsseldorf, 27.04.2023 – 20 U 41/22, WRP 2023, 735, 739, Rn. 40.

108) OLG Düsseldorf, 27.04.2023 – 20 U 41/22, WRP 2023, 735, 738, Rn. 35.

RA Dr. Jakob F. Dämmer, Frankfurt a. M.\*

## Wettbewerbliche Eigenart vs. Konzeptschutz – Zu den Grenzen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes

Zugleich Besprechung von BGH, 07.12.2023 – I ZR 126/22 – Glück\*\*

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Zur wettbewerblchen Eigenart
  1. Zur Berücksichtigung der konkreten Angebotssituation
  2. Zu den Besonderheiten bei Produkt-Serien
  3. Zur Abgrenzung zum Konzeptschutz
- III. Zur Nachahmung
- IV. Zur vermeidbaren Herkunftstäuschung
- V. Fazit

*An kaum einer anderen Stelle erlangt die Abgrenzung zwischen dem dem Sonderrechtsschutz nicht zugänglichen Ideenschutz einerseits und der grundsätzlich schutzfähigen Ausgestaltung von Produkten andererseits derart große Bedeutung wie im wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz. In seiner aktuellen Entscheidung hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob die Verwendung plakativ hervorgehobener Emotionsschlagwörter wie „Glück“ und „LieBee“ auf Marmeladen- bzw. Honiggläsern von dem wettbewerblchen Leistungsschutz erfasst ist oder ob es sich hierbei lediglich um ein schutzunfähiges Konzept handelt.*

### I. Einleitung

- 1 Dem in § 4 Nr. 3 UWG in drei Tatbeständen zusammengefassten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz kommt branchenübergreifend erhebliche praktische Bedeutung zu. Ziel der Norm ist der Schutz des Leistungsergebnisses eines Mitbewerbers vor einer nachahmenden Übernahme mit unlauteren Mitteln oder Me-

thoden.<sup>1)</sup> Von grundlegender Bedeutung für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz ist das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der wettbewerblchen Eigenart. Es hat die Funktion, den Schutz vor Nachahmung auf solche Leistungsergebnisse zu beschränken, die unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit schutzwürdig sind.<sup>2)</sup> Fehler bei der Bestimmung der wettbewerblchen Eigenart führen regelmäßig zu Folgefehlern bei der Beurteilung der weiteren Tatbestandsmerkmale. So setzt etwa das Vorliegen einer Nachahmung die Übernahme eben jener Merkmale voraus, die die wettbewerblche Eigenart des Originals begründen.<sup>3)</sup>

Anlass für vorliegenden Aufsatz ist die aktuelle „Glück“-Entscheidung des BGH.<sup>4)</sup> Die dortige Klägerin bietet nachfolgend gezeigte Konfitüren mit der Bezeichnung „Glück“ an:



Sie erblickt in der folgenden Produktaufmachung eines Honigs unter der Bezeichnung „LieBee“ eine unlautere Nachahmung:

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 527.

\*\* Abgedruckt in WRP 2024, 184 ff.

1) BGH, 28.05.2009 – I ZR 124/06, WRP 2010, 94, Rn. 17 – LIKEaBIKE; Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 42. Aufl. 2024, UWG § 4 Rn. 3.2. Vgl. insgesamt zum Thema auch Weimer/Gill, WRP 2024, 165 ff.

2) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG (Fn. 1), § 4 Rn. 3.24.

3) BGH, 02.12.2004 – I ZR 30/02, WRP 2005, 476 – Klemmbausteine III; BGH, 19.10.2000 – I ZR 225/98, WRP 2001, 534 – Viennetta.

4) BGH, 07.12.2023 – I ZR 126/22, WRP 2024, 184 – Glück.