



Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

3/2014

12. Juni 2014

41. Jahrgang

Seiten 261–383

Chefredaktion:

Dr. Carl v. Jagow

Redaktionsbeirat:

Dietrich Gorny

Prof. Dr. Matthias Horst

Prof. Dr. Friedhelm Hufen

Prof. Dr. Hans-Jörg Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Susanne Langguth

Thomas Mettke

Kurt-Dietrich Rathke

Prof. Dr. Olaf Sosnitza

Prof. Dr. Rudolf Streinz

Dr. Michael Winter

dfv Mediengruppe

Aus dem Inhalt



Editorial

Wallau/Unland

Kriminalisierung des Lebensmittelrechts



Abhandlungen

Gundel

Die Konkretisierung des Lebensmittel-Sekundärrechts durch die EU-Kommission: Die Praxis des „Tertiärrechts“ am Beispiel von Health-Claims-VO und LMIV

Pflüger

Verbraucherforschung im Lebensmittelrecht: Die Begleitforschung zum Internetportal „Lebensmittelklarheit“ und demoskopische Grundlagen

Steinbeck

Das Verbraucherleitbild im Lebensmittelrecht: Renaissance des flüchtigen Verbrauchers?



Rechtsprechung

EuGH – „Ehrmann“ – Hinweispflichten gemäß Art. 10 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 für im Jahr 2010 noch nicht verbotene Angaben – Kein Ausnahme für Angaben, die von den Übergangsvorschriften profitieren – Systematische Auslegung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 – *Hagenmeyer*

BGH – „Praebiotik“ – Definition der gesundheitsbezogenen Angabe – Weite Auslegung des Gesundheitszusammenhangs – Inhaltliche Übereinstimmung mit einer beantragten gesundheitsbezogenen Angabe im Rahmen der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b) Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 – *Oelrichs*

BGH – „Himbeer-Vanille Abenteuer“ – Anwendung der BGH Rechtsprechung zu „Blickfangwerbung“ auf die Aufmachung von Lebensmitteln – Annahme des Vorhandenseins bestimmter Zutaten aufgrund der Aufmachung – Vorrang der Aufklärung über die enthaltenen Zutaten durch das Zutatenverzeichnis gegenüber der sonstigen Aufmachung – *Sosnitza*

OVG Sachsen-Anhalt – „Aluminium als Aufbereitungsstoff“ – Zulässigkeit der befristeten Aufnahme eines Aufbereitungsstoffs – Beachtung des europarechtlichen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – Fragen der Gefahranalyse und Risikobewertung bedürfen der Klärung im Hauptsacheverfahren – *Winkelmüller/Hemler*



Stellungnahmen und Berichte

Grube / Schmölzer

Zum Verständnis der Begriffe „Ursprungsland“ und „Herstellungsort“ im Kontext der LMIV

Guttau

Rechtsfragen der LMIV-Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln

Joh

Lebensmittelkontrolle im Praxisformat – Anmerkungen zu *Müller/Wallau/Grube*, „Taschenbuch der Lebensmittelkontrolle“



Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

12. Juni 2014

41. Jahrgang

Seiten 261–383

Inhalt

Editorial

- Wallau, Rochus / Unland, Alina
Kriminalisierung des Lebensmittelrechts 261

Abhandlungen

- Gundel, Jörg
Die Konkretisierung des Lebensmittel-Sekundärrechts durch die EU-Kommission: Die Praxis des „Tertiärrechts“ am Beispiel von Health-Claims-VO und LMIV 264
- Pflüger, Almut
Verbraucherforschung im Lebensmittelrecht: Die Begleitforschung zum Internetportal „Lebensmittelklarheit“ und demoskopische Grundlagen 279
- Steinbeck, Anja
Das Verbraucherleitbild im Lebensmittelrecht: Renaissance des flüchtigen Verbrauchers? 302

Rechtsprechung

- Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 10.4.2014 – C-609/12 – „Ehrmann“ – Art. 10 Abs. 2, Art. 28 Abs. 5 und 6 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 – Hinweispflichten gemäß Art. 10 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 für im Jahr 2010 noch nicht verbotene Angaben – Kein Ausnahme für Angaben, die von den Übergangsvorschriften profitieren – Systematische Auslegung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 314
- Hagenmeyer, Moritz
Die VNGA gilt, sagt der EuGH – Der Rest ist Schweigen 324
- Bundesgerichtshof, Urteil vom 26.2.2014 – I ZR 178/12 – „Praebiotik“ – § 4 Nr. 11 UWG; Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 5, Art. 10 Abs. 1, Art. 14, Art. 28 Abs. 2 und Abs. 6 Buchst. b) Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 – Definition der gesundheitsbezogenen Angabe – Weite Auslegung des Gesundheitszusammenhangs – Inhaltliche Übereinstimmung mit einer beantragten gesundheitsbezogenen Angabe im Rahmen der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b) Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 326

Oelrichs, Carsten

- Die „Praebiotik“-Entscheidung des BGH – mehr Rechtssicherheit bei Gesundheitsclaims? 336

- Bundesgerichtshof, Beschluss vom 26.2.2014 – I ZR 45/13 – „Himbeer-Vanille Abenteuer“ – Art. 2 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 Richtlinie 2000/13/EG; § 11 Abs. 1 LFGB; Art. 7 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 – Anwendung der BGH Rechtsprechung zu „Blickfangwerbung“ auf die Aufmachung von Lebensmitteln – Annahme des Vorhandenseins bestimmter Zutaten aufgrund der Aufmachung – Vorrang der Aufklärung über die enthaltenen Zutaten durch das Zutatenverzeichnis gegenüber der sonstigen Aufmachung 341

Sosnitza, Olaf

- Die Sauce-Hollandaise-Doktrin auf dem Prüfstand? .. 348

- Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2013 – 3 R 53/13 – „Aluminium als Aufbereitungsstoff“ – § 3 Abs. 1 Nr. 8, § 11 Abs. 1, Abs. 3 und § 12 Abs. 1 TrinkwV, § 38 Abs. 1 S.1 VwVfG – Zulässigkeit der befristeten Aufnahme eines Aufbereitungsstoffs – Beachtung des europarechtlichen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – Fragen der Gefahranalyse und Risikobewertung bedürfen einer Klärung im Hauptsacheverfahren 351

Winkelmüller, Michael / Hemler, Caroline

- Trinkwasser-Aufbereitungsstoffe und -Verfahren – Vorläufig keine gegenseitige Anerkennung auf EU-Ebene 358

Stellungnahmen und Berichte

- Grube, Markus / Schmölzer, Andreas
Zum Verständnis der Begriffe „Ursprungsland“ und „Herstellungsort“ im Kontext der LMIV 364

Gutttau, Thomas

- Rechtsfragen der LMIV-Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln 371

Joh, Heinz

- Lebensmittelkontrolle im Praxisformat – Anmerkungen zu Müller/Wallau/Grube, „Taschenbuch der Lebensmittelkontrolle“ 379

- Die Autoren 382

2. Bundesgerichtshof – „Praebiotik“

§ 4 Nr. 11 UWG; Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 5, Art. 10 Abs. 1, Art. 14, Art. 28 Abs. 2 und Abs. 6 Buchst. b) Verordnung (EG) Nr. 1924/2006

- 1. Eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 liegt vor, wenn nach dem Verständnis des Durchschnittsverbrauchers, das auch durch Vorerwartungen und Kenntnissen geprägt wird, ein Zusammenhang zwischen dem Bestandteil eines Lebensmittels und dem Gesundheitszustand des Konsumenten suggeriert wird.**
- 2. Bei der Prüfung, ob eine verwendete gesundheitsbezogene Angabe inhaltlich mit einer im Sinne von Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 angemeldeten Angabe übereinstimmt, ist ein strenger Maßstab anzulegen.**
- 3. Zwischen einem markentypisch auf ein Unternehmen hinweisendes Kennzeichen (hier: „Praebiotik®“) und der von einem Verband zugunsten einer Vielzahl von in Betracht kommenden Verwendern angemeldeten rein beschreibenden Angabe eines Inhaltsstoffs (hier: „Prebiotic fibre supports development of healthy intestinal flora“) besteht ein grundlegender inhaltlicher Unterschied, der bei dem anzulegenden strengen Maßstab der Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 entgegensteht.**

BGH, Urteil vom 26.2.2014 – I ZR 178/12

Aus dem Tatbestand

1. Die Parteien vertreiben Babynahrung. Die Beklagte bot unter der Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ in Deutschland Babynahrung an, die als präbiotische Komponente Galactooligosaccharide und als probiotische Komponente das Bakterium *Lactobacillus fermentum hereditum* enthielt. Auf der Verpackung verwendete die Beklagte neben der Bezeichnung die Angaben „mit natürlichen Milchsäurekulturen“ und „Praebiotik“ zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“.

2. Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich bei der Bezeichnung und den weiteren Aussagen um unzulässige gesundheitsbezogene Angaben im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (im Folgenden: Verordnung (EG) Nr. 1924/2006).

3. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen es zu unterlassen

Babynahrung

1. unter der Bezeichnung

Praebiotik® + Probiotik®

und/oder

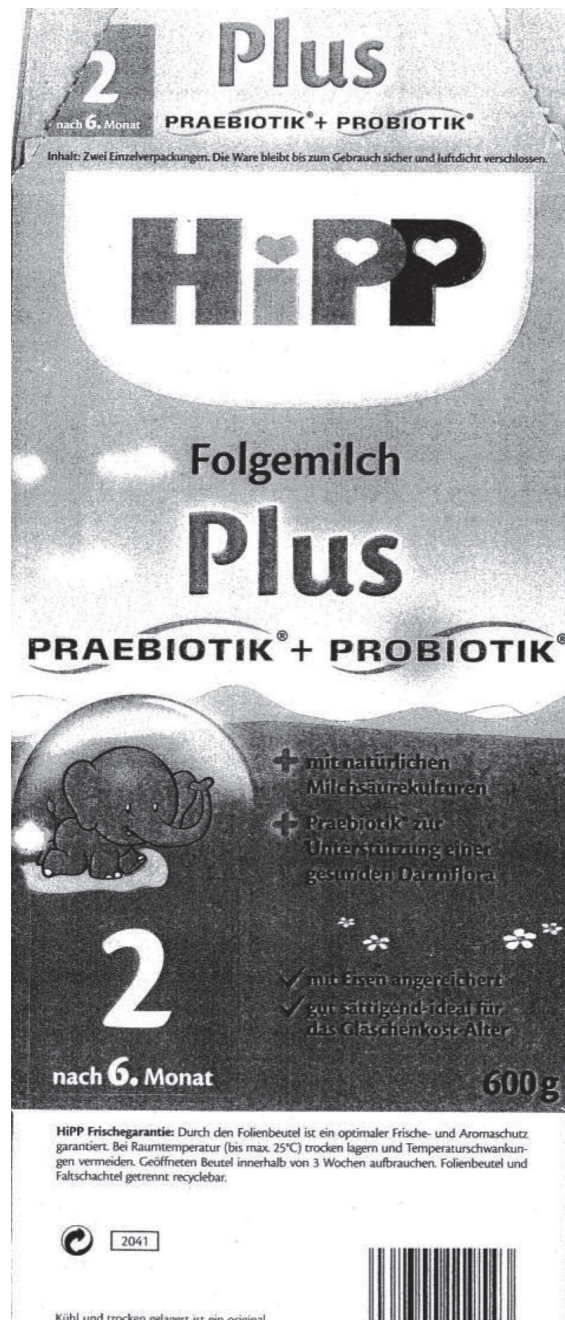
2. Bundesgerichtshof – „Praebiotik“

ZLR 3/2014

2. mit der Angabe

Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora
wie in Anlage A [eigentlich im Tenor abgebildet]


zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen.

4. Die Klägerin hat die Beklagte ferner auf Auskunft in Anspruch genommen und Feststellung der Schadensersatzpflicht beantragt.

5. Das Landgericht hat die Beklagte zur Unterlassung gemäß dem Antrag zu 1 verurteilt und die darauf bezogenen Folgeanträge auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht zugesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen (OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2012, 484).

6. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Aus den Entscheidungsgründen:

7. A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ sei keine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006. Die Bezeichnung suggeriere keine gesundheitliche Wirkung, sondern sei lediglich als Beschaffenheits- bzw. Inhaltsangabe anzusehen. Auch die Angaben

Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora

seien mit den Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 vereinbar. Die Aussage „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ sei zwar eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 dieser Verordnung. Sie dürfe jedoch nach der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung von der Beklagten verwendet werden, weil für eine inhaltlich entsprechende Angabe ein Zulassungsantrag nach Art. 14 ff. der Verordnung gestellt worden sei.

8. B. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg. Sie führt im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (dazu I). Im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu 2 und die darauf bezogenen Folgeanträge ist die Sache entscheidungsreif; die Revision führt insoweit zur Verurteilung der Beklagten (dazu II).

9. I. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, bei der Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ handle es sich nicht um eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, kann die Klage mit dem Unterlassungsantrag nicht abgewiesen werden.

10. 1. Die allgemeinen Voraussetzungen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs liegen vor. Die Vorschrift des Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Ihre Verletzung ist geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und Verbraucher im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG spürbar zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 17. Januar 2013 – I ZR 5/12, GRUR 2013, 958 Rn. 22 = WRP 2013, 1179 – Vitalpilze).

11. 2. Im Streitfall sind auch die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 gegeben.

12. a) Danach sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II und den speziellen Anforderungen in Kapitel IV der Verordnung entsprechen, nach ihr zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Art. 13 und 14 der Verordnung aufgenommen sind. Da bei der angegriffenen Bezeichnung „Praebiotik® + „Probiotik®“ jedenfalls das letztere nicht der Fall ist, kommt es im Streitfall darauf an, ob die Bezeichnung eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 ist. Das Berufungsgericht hat dies verneint. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

13. b) Die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ stellt eine Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 dar. Der Begriff „Angabe“ bezeichnet jede Aussage oder Darstellung, die nach dem Unionsrecht oder den nationalen Vorschriften nicht obligatorisch ist und mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt. Die angegriffene Bezeichnung ist keine rechtlich zwingend vorgeschriebene Kennzeichnung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts versteht der angesprochene Verkehr die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ dahin, dass die von der Beklagten angebotenen Lebensmittel „Präbiotika“ und „Probiotika“, also Bestandteile enthalten, die sich als probiotisch und präbiotisch qualifizieren lassen. Damit wird durch die Verwendung von „Praebiotik® + Probiotik®“ zumindest mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass das so bezeichnete Lebensmittel präbiotische und probiotische Eigenschaften besitzt.

14. c) Das Berufungsgericht hat allerdings verneint, dass diese Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 gesundheitsbezogen ist. Es hat angenommen, eine gesundheitsbezogene Angabe setze nach dieser Bestimmung voraus, dass die in Rede stehende Aussage aus sich selbst heraus den Bezug zu einer gesundheitlichen Wirkung erkennen lasse. Deswegen fehle es an einer gesundheitsbezogenen Angabe, wenn die für ein Lebensmittel verwendete Bezeichnung aus der Sicht des Verbrauchers nur die Beschaffenheit dieses Lebensmittels wie insbesondere einen darin enthaltenen Inhaltsstoff beschreiben solle, nicht aber die gesundheitlichen Wirkungen, die mit dem Lebensmittel oder dem darin enthaltenen Wirkstoff erzielt werden könnten. Das gelte unabhängig davon, ob der Verkehr auf Grund seiner Vorerwartung dem Inhaltsstoff und damit dem Lebensmittel mehr oder weniger konkrete gesundheitliche Wirkungen zuschreibe. Allein eine solche Vorerwartung könne nicht ausreichen, um eine inhaltsbeschreibende Angabe als gesundheitsbezogen anzusehen.

15. Mit dieser Begründung kann das Vorliegen einer gesundheitsbezogenen Angabe im Sinne von Art. 10 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nicht verneint werden. Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung ein zu enges Verständnis des danach erforderlichen Gesundheitsbezugs zugrunde gelegt.

16. aa) Nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) 1924/2006 ist eine gesundheitsbezogene Angabe gegeben, wenn mit einer Angabe erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Der Begriff „Zusammenhang“ ist dabei weit zu verstehen (EuGH, Urteil vom 6. September 2012 – C-544/10, GRUR 2012, 1161 Rn. 34 = WRP 2012, 1368 – Deutsches Weintor; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 –, GRUR 2013, 1061 Rn. 22 = WRP 2013, 1311 – Green – Swan Pharmaceuticals). Der Begriff „gesundheitsbezogene Angabe“ erfasst daher jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels impliziert (EuGH, GRUR 2012, 1161 Rn. 35 – Deutsches Weintor; BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2012 – I ZR 36/11, GRUR 2013, 189 Rn. 9 = WRP 2013, 180 – Monsterbacke; BGH, GRUR 2013, 958 Rn. 10 – Vitalpilze). Darüber hinaus wird jeder Zusammenhang erfasst, der impliziert, dass für die Gesundheit negative oder schädliche Auswirkungen, die in anderen Fällen mit einem solchen Verzehr einhergehen oder sich ihm anschließen, fehlen oder geringer ausfallen. Dabei sind sowohl die vorübergehenden und flüchtigen Auswirkungen als auch die kumulativen Auswirkungen des wiederholten und längerfristigen Verzehrs eines bestimmten Lebensmittels auf den körperlichen Zustand zu berücksichtigen (EuGH, GRUR 2012, 1161 Rn. 35, 38 – Deutsches Weintor).

17. Nach Erwägungsgrund 16 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 kommt es darauf an, wie Angaben über Lebensmittel vom Verbraucher verstanden werden. Dabei ist vom normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen. Es gilt kein statistischer, sondern ein normativer Maßstab, nach dem die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden gehalten sind, von ihrer eigenen Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszugehen.

18. bb) Nach diesen Grundsätzen liegt eine gesundheitsbezogene Angabe entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch dann vor, wenn nach dem Verständnis des Durchschnittsverbrauchers, das naturgemäß auch durch Vorerwartungen und Kenntnisse geprägt wird, ein Zusammenhang zwischen dem Bestandteil eines Lebensmittels und dem Gesundheitszustand des Konsumenten suggeriert wird.

19. d) Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ sei lediglich als Beschaffenheits- oder Inhaltsangabe anzusehen.

20. Die Beurteilung der Auffassung des Verbrauchers obliegt zwar im Wesentlichen dem Tatrichter. Im Revisionsverfahren ist allerdings zu prüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff zutreffend erfasst und ohne Widersprüche zu Denkgesetzen und Erfahrungssätzen geurteilt hat und ob das gewonnene Ergebnis von den getroffenen Feststellungen getragen wird (BGH, Urteil vom 11. April 2013 – I ZR 214/11, GRUR 2013, 1239 Rn. 21 = WRP 2013, 1601 – VOLKSWAGEN/Volks.Inspektion).

21. Im Streitfall kann auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht angenommen werden, dass der Verkehr in der Bezeichnung „Praebiotik[®] + Probiotik[®]“ allein den Hinweis auf die Inhaltsstoffe des so bezeichneten Lebensmittels sieht. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass das Lebensmittel als Inhaltsstoffe die präbiotische Komponente Galactooligosaccharide und als probiotische Komponente das Bakterium *Lactobacillus fermentum hereditum* enthält. Es ist ferner davon ausgegangen, dass der angesprochene Verkehr die Bezeichnung „Praebiotik[®] + Probiotik[®]“ dahin versteht, dass das von der Beklagten angebotene Lebensmittel Probiotika und Präbiotika, also Bestandteile enthält, die sich als probiotisch und präbiotisch qualifizieren lassen. Durch die Eigenschaften „probiotisch“ und „präbiotisch“ eines Lebensmittels wird ein Wirkungsbezug zum Gesundheitszustand des Konsumenten hergestellt. So hat das Landgericht festgestellt, dass damit die Fähigkeit ausgedrückt wird, die natürliche Darmfunktion und die Abwehrkräfte zu stimulieren. Dies entspricht der Lebenserfahrung (vgl. auch *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 725 mwN) und wird auch dadurch gestützt, dass die Kommission der Europäischen Union in der Angabe „contains probiotics/prebiotics“ ein typisches Beispiel für die Erklärung einer gesundheitsfördernden Wirkung im Sinne einer gesundheitsbezogenen Angabe gesehen hat (vgl. Guidance on the implementation of Regulation No 1924/2006 on nutrition and health claims made on foods conclusions of the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health vom 14. Dezember 2007, S. 11, vgl. dazu auch *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 727; *Omsels*, jurisPR-WettbR 9/2012, Anm. 3, E). Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, die dafür sprechen könnten, dass die normativ zu bestimmende Auffassung des Durchschnittsverbrauchers nicht allein in den Angaben „Galactooligosaccharide“ und „*Lactobacillus fermentum hereditum*“ die Beschreibung eines Inhaltsstoffs sieht, sondern auch in der Bezeichnung „Praebiotik[®] + Probiotik[®]“, die erkennbar eng an die Wörter „Praebiotikum“ und „Probiotikum“ und damit an Begriffe angelehnt sind, die – wie etwa Narkotikum und Analgetikum – nach der Lebenserfahrung regelmäßig ein Mittel speziell in seiner Eigenschaft benennen, eine bestimmte Wirkung auf Körperfunktionen zu erzielen.

22. 3. Die Abweisung des Klageantrags zu 1 ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Die Verwendung der Bezeichnung „Praebiotik[®] + Probiotik[®]“ ist nicht durch Art. 1 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 erlaubt. Danach dürfen Handelsmarken, Markennamen oder Phantasiebezeichnungen, die in der Kennzeichnung, Aufmachung oder Werbung für ein Lebensmittel verwendet werden und als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe aufgefasst werden können, ohne die in der Verordnung vorgesehenen Zulassungsverfahren verwendet werden, sofern der betreffenden Kennzeichnung, Aufmachung oder Werbung eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist, die der Verordnung entspricht. Wie bei der Prüfung des Klageantrags zu 2 dargelegt werden wird, ist der Bezeichnung „Praebiotik[®] + Probiotik[®]“ mit der Wendung „zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ eine gesundheitsbezogene Angabe beigelegt. Die Annahme des Berufungsgerichts,

diese Angabe entspreche ebenfalls der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, weil sich die Beklagte auf die Übergangsvorschrift nach Art. 28 Abs. 6 Buchst. b dieser Verordnung berufen könne, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern (dazu unter II). Es kann deshalb offenbleiben, ob es für die Privilegierung des Art. 1 Abs. 3 der Verordnung ausreicht, dass der zulassungsbedürftigen Marke Angaben beigefügt werden, die nicht positiv zugelassen sind, sondern hinsichtlich deren lediglich die Übergangsvorschrift nach Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung eingreift. Auch die Beifügung der Angabe „Mit natürlichen Milchsäurekulturen“ rechtfertigt die Verwendung der Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ nicht (vgl. *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 730f.). Abweichendes macht auch die Revisionserwiderung nicht geltend.

23. 4. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob der Klägerin der mit dem Unterlassungsantrag zu 1 geltend gemachte Anspruch und die darauf bezogenen Folgeansprüche in Bezug auf die Verwendung der Bezeichnung „Praebiotik® + Probiotik®“ zustehen. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob die Verwendung dieser Bezeichnung auch dann, wenn sie als gesundheitsbezogene Angabe anzusehen ist, nach der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 zulässig ist. Danach dürfen Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen, die als eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe im Sinne der Verordnung aufgefasst werden können (vgl. EuGH, GRUR 2013, 1061 Rn. 36 – Green-Swan Pharmaceuticals) und die der Verordnung nicht entsprechen, bis zum 19. Januar 2022 weiterhin in den Verkehr gebracht werden. Die Revisionserwiderung weist insoweit im Wege der Gegenrüge auf den Vortrag der Beklagten hin, wonach die Marken „Praebiotik® und Probiotik®“ bereits vor dem 1. Januar 2005 zur Kennzeichnung von Lebensmitteln benutzt worden seien.

24. II. Mit Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der auf die Untersagung der Verwendung

Praebiotik® + Probiotik®

Mit natürlichen Milchsäurekulturen

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora

gerichtete Unterlassungsantrag zu 2 und die darauf bezogenen Folgeanträge seien unbegründet.

25. 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, die Aussage

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora

sei zwar eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006. Sie dürfe jedoch nach der Übergangsbestimmung des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b dieser Verordnung von der Beklagten derzeit noch verwendet werden. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

26. a) Nach Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 dürfen gesundheitsbezogene Angaben, die – wie im Streitfall – keiner Bewertung durch einen

Mitgliedstaat unterzogen und nicht zugelassen wurden, weiterhin verwendet werden, sofern vor dem 19. Januar 2008 ein Antrag nach der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 gestellt wurde; gesundheitsbezogene Angaben, die nicht nach diesem Verfahren zugelassen wurden, dürfen bis zu sechs Monate nach einer Entscheidung im Sinne des Art. 17 Abs. 3 der Verordnung weiter verwendet werden.

27. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Dachorganisation der Hersteller diätetischer Lebensmittel IDACE am 18. Januar 2008 nach Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 bei der Wettbewerbsbehörde Frankreichs einen Antrag auf Zulassung unter anderem der Angabe

Prebiotic fibre supports development of healthy intestinal flora
gestellt hat. Dagegen erhebt die Revision keine Beanstandung.

28. b) Im Streitfall kann offenbleiben, ob ein Antrag eines Verbandes für die Anwendung des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 ausreicht oder ob ein Antrag von jedem Unternehmen gesondert gestellt werden muss, das die Angabe verwenden möchte (vgl. dazu *Meisterernst/Haber* aaO Art. 28 Rn. 28 g f.). Zugunsten der Beklagten kann weiter unterstellt werden, dass die Antragstellung bei einem Mitgliedstaat ausreicht, also kein entsprechender Antrag für jeden Mitgliedstaat der Europäischen Union gestellt werden muss (vgl. dazu OLG Hamburg, WRP 2013, 99, 101; *Meisterernst* in *Meisterernst/Haber*, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, 19. Lfg. Feb. 2013, Art. 28 Rn. 28h). Offenbleiben kann schließlich, ob die Beklagte die angegriffene Angabe bereits vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 am 19. Januar 2007 im Sinne von Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung verwendet hat (vgl. dazu OLG Hamburg, WRP 2013, 99, 102; *Meisterernst* in *Meisterernst/Haber* aaO Art. 28 Rn. 26; *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 733). Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts kann jedenfalls nicht angenommen werden, dass der Antrag der IDACE die Verwendung der Aussage „Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“ inhaltlich rechtfertigt.

29. aa) Bei der Prüfung, ob eine verwendete gesundheitsbezogene Angabe inhaltlich mit einer im Sinne von Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 angemeldeten Angabe übereinstimmt, ist ein strenger Maßstab anzulegen (OLG Hamburg, 101; *Meisterernst* in *Meisterernst/Haber* aaO Art. 28 Rn. 28h). Dafür spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Danach kann diejenige Angabe weiterhin verwendet werden, hinsichtlich deren ein Antrag nach der Verordnung gestellt worden ist. Es muss sich also um die nämliche Angabe handeln. Auch der Sinn und Zweck sowie die Systematik der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 sprechen dafür, an die Übereinstimmung der verwendeten mit der beantragten Angabe strenge Anforderungen zu stellen. Die Übergangsbestimmung des Art. 28 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 ist eine Ausnahme vom Verbotstatbestand des Art. 10 Abs. 1 der Verordnung. Das dort statuierte grundsätzliche Verbot der Verwendung nicht zugelassener Angaben dient dem Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten (Erwägungsgründe 1, 36). Aus der systematischen Konzeption der Ver-

ordnung, wonach die Zulassung von gesundheitsbezogenen Angaben grundsätzlich die Aufnahme in eine Positivliste nach einer wissenschaftlichen Nachprüfung voraussetzt, folgt ferner, dass dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit besondere Bedeutung zukommt (vgl. auch Erwägungsgrund 31). Damit stünde es nicht im Einklang, im Wege einer extensiven Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 die Verwendung von Angaben zu gestatten, die sich nicht eng mit der beantragten Angabe decken.

30. bb) Diese Anforderungen an die inhaltliche Übereinstimmung der werblichen Behauptung

Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora
mit der Angabe im Zulassungsantrag

Prebiotic fibre supports development of healthy intestinal flora

sind im Streitfall nicht erfüllt. In der angemeldeten Angabe wird einem Inhaltsstoff („fibre“, also „Faser/Ballaststoff“) eine probiotische Wirkung zur Unterstützung der Entwicklung einer gesunden Darmflora zugeschrieben. Dagegen handelt es sich bei dem von der Beklagten verwendeten Begriff „Praebiotik“ um ein Kunstwort, das der Verbraucher – auch nahegelegt durch das stilisierte „R“ im Kreis (®) (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 – I ZR 1/88, GRUR 1990, 364, 366 – Baelz; Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 219/06, GRUR 2009, 888 Rn. 15 = WRP 2009, 1080 – Thermo-
roll; Urteil vom 10. Januar 2013 – IZR 84/04, GRUR 2013, 840 Rn. 35 = WRP 2013, 1039 – PROTI II) – als Marke und damit als Herkunftshinweis auf ein bestimmtes Unternehmen versteht. Dass das Markenwort sich an den Begriff „Praebiotikum“ anlehnen und im Sinne eines sprechenden Zeichens beschreibende Anklänge im Sinne eines Mittels mit probiotischer Wirkung aufweisen mag, ändert nichts daran, dass der Begriff – auch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts – eindeutig als ein Kennzeichen gebildet ist und auch als solches erkannt wird.

31. Zwischen einem markentypisch auf ein einziges Unternehmen hinweisenden Kennzeichen und der – zudem von einem Verband zugunsten einer Vielzahl von in Betracht kommenden Verwendern angemeldeten – rein beschreibenden Angabe eines Inhaltsstoffs besteht aber ein grundlegender inhaltlicher Unterschied, der der Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 entgegensteht (ebenso OLG Hamburg, WRP 2013, 99, 101 f.; *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 732).

32. Die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts läuft auf eine Privilegierung der Verwendung von Marken mit beschreibenden Anklängen hinaus, die mit der Systematik und dem Sinn und Zweck der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nicht im Einklang steht. Nach Erwägungsgrund 4 der Verordnung findet diese auch auf Handelsmarken und sonstige Markennamen Anwendung, die als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe ausgelegt werden können. Eine Privilegierung solcher Marken sieht die Verordnung allein insoweit vor, als dem Verwender nach Art. 1 Abs. 3 der Verordnung ein Wahlrecht im Hinblick auf die Beifügung einer gesundheits- oder ernäh-

rungsbezogenen Angabe zusteht und ihm in Art. 28 Abs. 2 der Verordnung eine weitreichende Übergangsfrist gewährt wird. Dagegen ist nichts dafür ersichtlich, dass dem Verwender einer solchen Marke darüber hinaus auch eine Privilegierung dahingehend zukommen soll, dass bei der Prüfung der Übereinstimmung der angemeldeten mit der verwendeten Angabe im Sinne des Art. 28 Abs. 6 Buchst. b der Verordnung der Kennzeichencharakter der verwendeten Angabe außer Betracht gelassen werden kann. Vielmehr steht dem der Zweck der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 entgegen, ein hohes Verbraucherschutzniveau und eine transparente und rechtssichere Handhabung der Erlaubnistatbestände zu gewährleisten.

33. c) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht geboten, da keine vernünftigen Zweifel an der Auslegung der hier entscheidungserheblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 bestehen (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, 1258 – C.I.L.F.I.T.).

34. 2. Die auf den Unterlassungsantrag zu 2 bezogenen Folgeanträge sind ebenfalls begründet. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch folgt aus § 9 UWG, der Auskunftsanspruch ergibt sich aus § 242 BGB.

35. 3. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Unterlassungsantrag zu 2 und die darauf bezogenen Folgeanträge auf Auskunft und Schadensersatzfeststellung seien unbegründet, erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht bedarf es insoweit nicht, weil der Senat auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts selbst entscheiden kann und weiterer Sachvortrag der Beklagten hierzu nicht zu erwarten ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

36. III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 62 Abs. 1 ZPO).

37. 1. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuweisen, soweit es in Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Unterlassungsantrag zu 1 und die darauf bezogenen Folgeanträge abgewiesen hat (§ 563 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Marken „Praebiotik“ und „Probiotik“ bereits vor dem 1. Januar 2005 zur Kennzeichnung von Lebensmitteln benutzt worden sind. War dies nicht der Fall, scheidet die Anwendung der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 von vornherein aus. Nach ihrem eindeutigen Wortlaut erlaubt diese Bestimmung die Fortsetzung des Vertriebs von Produkten, die bereits vor dem 1. Januar 2005 in den Verkehr gebracht wurden. Dass zu diesem Zeitpunkt lediglich die beanstandete Marke bestand, reicht nicht aus (vgl. EuGH, GRUR 2013, 1061 Rn. 37 und Leitsatz 3 – Green-Swan Pharmaceuticals; *Schoene*, GRUR-Prax 2013, 369; aA *Blass* in Blass/Brustbauer/Hauer/Kainz/Königshofer/Mahmood/Natterer/Stangl/Stuller, Lebensmittelrecht, 8. Lieferung, März 2013, Art. 28 EG-ClaimsVO Rn. 5; *Oechsler*, LMK 2013, 351275). Sollte das Berufungsgericht eine Verwendung der beanstandeten Bezeichnungen für Lebensmittel vor dem Stichtag feststellen, wird es der weiteren Frage nachgehen müssen, ob es sich bei der vom Unter-

lassungsantrag zu 1 erfassten Babynahrung um ein Produkt handelt, dass vom vor dem 1. Januar 2005 unter diesen Bezeichnungen in den Verkehr gebrachten Lebensmittel im Hinblick auf Rezeptur oder Eigenschaften abweicht. Liegt eine solche Abweichung vor, stellt sich die weitere, vom Gerichtshof der Europäischen Union noch nicht entschiedene Frage, ob es für die Anwendung des Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 ausreicht, dass es vor 2005 überhaupt Produkte mit der beanstandeten Kennzeichnung gab oder ob die Privilegierung dieser Vorschrift nur für solche gekennzeichneten Lebensmittel gilt, die seit dem 1. Januar 2005 unverändert vertrieben werden (vgl. *Meisterernst* in *Meisterernst/Haber* aaO Art. 28 Rn 11; *Hüttebräuker*, ZLR 2013, 578, 584f.; *Gerstberger*, ZLR 2012, 723, 728f.; *Ziegler*, ZLR 2007, 529, 536).

Anmerkung

Die „Praebiotik“-Entscheidung des BGH – mehr Rechtssicherheit bei Gesundheitsclaims?

1. Der Gang bis zum Bundesgerichtshof – drei Spruchkörper mit drei verschiedenen Entscheidungen

a) Dem Urteil des BGH liegt eine Wettbewerbsauseinandersetzung zweier Anbieter von Säuglingsnahrung zugrunde. Wegen freiwilliger Werbeangaben zu einer Folgenahrung mit einer präbiotischen Komponente (Galactooligosaccharide) und einer probiotischen Komponente (*Lactobacillus fermentum hereditum*) machte die Klägerin Unterlassungsansprüche verbunden mit Ansprüchen auf Auskunft und Feststellung von Schadensersatz geltend. Dabei ging es zum einen um die Bezeichnung *Praebiotik*® + *Probiotik*® und zum anderen um diese Angabe verbunden mit den Hinweisen „mit natürlichen Milchsäurekulturen“ und „*Praebiotik*® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“. Die Klägerin meinte, beide Aussagen seien unzulässige gesundheitsbezogene Angaben nach Art. 10 Abs. 1 Verordnung (EG) 1924/2006 (nachfolgend: HCVO).

b) Die einzelnen Instanzen bewerteten die Rechtslage völlig unterschiedlich. Das Landgericht Frankfurt a.M. verurteilte unter Klagabweisung im Übrigen die Beklagte zur Unterlassung der ersten Bezeichnung „*Praebiotik*® + *Probiotik*®“ und sprach der Klägerin insoweit die entsprechenden Folgeanträge auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht zu. Das OLG Frankfurt a.M. wies später nicht nur die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin zurück, sondern auf die Berufung der Beklagten hin die Klage insgesamt ab (OLG Frankfurt a.M., ZLR 2012, 717). Im Revisionsverfahren entschied der BGH schließlich genau gegensätzlich. Er hob das Berufungsurteil auf und gab der Klage im Hinblick auf den zweiten Antrag statt. Bezüglich des ersten Unterlassungsantrages wies er die Sache an das Berufungsgericht zurück. Wie kam es dazu?

2. Unterschiedliche Ansätze zur Auslegung des Gesundheitszusammenhangs

a) Der BGH bewertete die erste Bezeichnung *Praebiotik*® + *Probiotik*® als gesundheitsbezogene Angabe im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO. Das OLG Frankfurt

hatte demgegenüber noch angenommen, diese Bezeichnung beschreibe keine gesundheitliche Wirkung, sondern sei lediglich eine objektive Beschaffenheits- bzw. Inhaltsangabe. Voraussetzung einer gesundheitsbezogenen Angabe sei auch bei einer – wegen des Regelungswortlautes vorzunehmenden – weiten Auslegung des Art. 2 Abs. 2. Nr. 5 HCVO, dass diese aus sich selbst heraus den Bezug zu einer gesundheitlichen Wirkung erkennen lasse. Das sei aber nicht der Fall, wenn sie lediglich einen Inhaltsstoff nenne, ohne dessen Wirkung selbst zu beschreiben. Eine bloße Vorerwartung des Verkehrs zu diesem Inhaltsstoff reiche nicht aus, um von einer gesundheitsbezogenen Angabe im Sinne des Gesetzes auszugehen. Die Angabe „*Praebiotik*® + *Probiotik*®“ vermittele dem verständigen Verbraucher lediglich, dass das Lebensmittel präbiotische und probiotische Inhaltsstoffe enthalte. Nur wenn man aufgrund entsprechender Vorkenntnisse mit diesen Inhaltsstoffen eine Wirkung assoziiere, komme man zu der Vorstellung einer Gesundheitswirkung. Würde die mit einer derartigen Vorerwartung verbundene Assoziation bereits genügen, liefe dies darauf hinaus, dass die Möglichkeit zur Verwendung von Inhaltsangaben entgegen der Zielsetzung der HCVO stark beschränkt werde (so das OLG Frankfurt a. M., ZLR 2012, 717, 719f. mit Verweis auf *Meisterernst*, WRP 2010, 481, 485).

b) Dieser Ansatz des OLG Frankfurt a. M. ist plausibel und praktikabel. Er ermöglicht insbesondere, aber nicht nur bei der Bewerbung von Gesundheitsprodukten (wie z. B. Nahrungsergänzungsmitteln oder diätischen Lebensmitteln), eine recht klare Abgrenzung von Gesundheitsangaben zu nährwertbezogenen Angaben oder Hinweisen zu Inhaltsstoffen. Verzichtet man auf das Erfordernis, dass die Aussage die Gesundheitswirkung aus sich selbst erkennen lässt, gestaltet sich die Abgrenzung problematisch, da gerade bei den anderen Angaben eine Assoziation zu ernährungsphysiologischen Wirkungen durch Vorerfahrungen der Verbraucher häufig naheliegt. Letztendlich dürfte für Vitamine und Mineralstoffe – die schlechthin als „gesund“ gelten und mit denen aus Verbrauchersicht häufig konkrete Gesundheitsvorteile verbunden werden („Kalzium für die Knochen“) – nichts anderes gelten als für die Gruppe der probiotischen oder präbiotischen Inhaltsstoffe. Warum die Angabe „kalziumreich“ bei einem entsprechenden Vorverständnis nur eine nährwert- und nicht auch eine gesundheitsbezogene Angabe sein sollte, bliebe dann offen. Die Begründung des OLG Hamburg vom 14. Juni 2012 (ZLR 2012, 704, 716) im Parallelverfahren zu „*Praebiotik*® + *Probiotik*®“, der erforderliche Funktionszusammenhang zu Gesundheit werde durch die „Hervorhebung einer positiven Produkteigenschaft“ hergestellt, ermöglicht eine solche Abgrenzung jedenfalls nicht. Dieses Kriterium trifft nämlich in der Regel gleichermaßen auf einen werblich herausgehobenen Inhaltsstoff wie auf eine nährwertbezogene Angabe zu.

c) Trotz dieses praktikablen Ansatzes des OLG Frankfurt a. M. konnte es nicht überraschen, dass der BGH im Revisionsverfahren dessen Verständnis zur Einstufung einer Gesundheitsangabe als zu eng ansah. Kurz nach dem Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 9.8.2012 entschied nämlich der Europäische Gerichtshof, dass ein weiter Zusammenhang zwischen der Lebensmittelkategorie, dem Lebensmittel oder einem

Bestandteil einerseits und der Gesundheit andererseits zur Einstufung eines Hinweises als Gesundheitsangabe i. S. v. Art 2. Abs. 2 Nr. 5 HVCO ausreiche. Dabei soll schon jeder Zusammenhang in Frage kommen können, der eine (auch nur vorübergehende oder flüchtige) Auswirkung impliziere wie der Hinweis „bekömmlich“ bei alkoholhaltigen Getränken (EuGH, ZLR 2012, 602, 611 – „Deutsches Weintor“; vgl. auch EuGH, ZLR 2013, 569, 575 – „Green Swan“). Anknüpfend an diese beiden Entscheidungen verweist der BGH in seiner Begründung auf Erwägungsgrund 16 der HCVO. Danach ist für die Bewertung von Angaben über Lebensmittel auf den normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen; wegen der vielfältigen Besonderheiten sind für dessen Sichtweise aber nicht statistische Grundlagen maßgeblich, sondern ein normativer Maßstab, der insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH abstellt. Offenbar ist der BGH davon ausgegangen, dass nach dessen Einschätzung auch bei bloßer Nennung von Inhaltsstoffen das Suggestieren eines entfernten Zusammenhanges zwischen dem Bestandteil eines Lebensmittels und dem Gesundheitszustand des Verbrauchers ausreicht. Dies mag angesichts der Formulierungen des EuGH naheliegen, ist aber nicht zwingend. Da nach der Feststellung der Vorinstanzen der Verkehr aufgrund der Bezeichnung *Praebiotik*® + *Probiotik*® darauf schließe, dass die Folgenahrung Bestandteile enthalte, die sich als probiotisch und präbiotisch qualifizieren lassen, und deshalb damit auch verbinde, dass die natürliche Darmfunktion und die Abwehrkräfte stimuliert würden (vgl. auch Gerstberger, ZLR 2012, 723, 725, 727f. m.w.N.), ging der BGH von einer Gesundheitsangabe aus.

d) Eine zulässige Verwendung der Bezeichnung *Praebiotik*® + *Probiotik*® nach Art. 1 Abs. 3 HCVO schloss der BGH trotz des deutlichen Markenhinweises aus. Voraussetzung hierfür wäre gewesen, dass der Marke eine gesundheitsbezogene Angabe beigelegt sei, die der HCVO entspricht. Eine entsprechende eingetragene spezifische Bezeichnung lag nicht vor. Eine von der Übergangsvorschrift in Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCVO gedeckte spezifische Angabe hielt der BGH nicht für gegeben (dazu unten 3.). Allerdings blieb offen, ob die Beklagte sich möglicherweise auf die Übergangsregelung in Art. 28 Abs. 2 HCVO berufen kann. Danach dürfen bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehende Handelsmarken oder Markennamen, die der Verordnung nicht entsprechen, noch bis zum 19. Januar 2022 weiter verwendet werden. Da das OLG Frankfurt diese Marke schon nicht als gesundheitsbezogene Angabe eingestuft hatte, hatte es auch folgerichtig keine Feststellungen zu dieser Frage getroffen. Daher wies der BGH die Sache insoweit an die Vorinstanz wegen fehlender tatrichterlicher Feststellung zurück.

3. Anforderungen für eine übergangsweise Verwendung nach Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCVO

a) Entgegen der Einschätzung des OLG Frankfurt a.M. hielt der BGH auch die mit dem zweiten Unterlassungsantrag angegriffene umfassendere Aussage für unzulässig. Bei dieser gingen beide Spruchkörper zwar davon aus, dass eine gesundheitsbezogene Angabe vorlag. Dies ergab sich auch ohne weiteres aufgrund des Zusatzes „zur Unterstützung einer gesunden Darmflora“.

Anders als der BGH hatte das OLG Frankfurt a.M. jedoch zuvor noch angenommen, dass die Verwendung dieser Angabe wegen der Übergangsbestimmung in Art. 28 Abs. 6 lit b HCVO zulässig sei (vgl. OLG Frankfurt, ZLR 2012, 717, 722). Nach dieser Bestimmung dürfen auch noch nicht bewertete und zugelassene Angaben über die Entwicklung und Gesundheit von Kindern weiter verwendet werden, sofern vor dem 19. Januar 2008 ein Zulassungsantrag gestellt worden ist. Zwar hatte die Beklagte einen solchen Antrag nicht selbst gestellt. Allerdings war ein Antrag durch eine Dachorganisation von Herstellern diätetischer Lebensmittel (IDACE) in Frankreich fristgerecht gestellt worden. Gegenstand dieses Antrags ist die gesundheitsbezogene Angabe: „Prebiotics fiber supports development of healthy intestinal flora“.

b) Der Unterschied zwischen der angemeldeten spezifischen Gesundheitsangabe und der angegriffenen Angabe lag also lediglich in der Abweichung des Kunstwortes „Praebiotik[®]“ und dem Inhaltsstoff „Prebiotics fiber“. Das OLG Frankfurt sah insoweit eine inhaltliche Übereinstimmung mit dem vorgenannten Gesundheitsclaim und hielt dies – entgegen der Auffassung der OLG Hamburg (GRUR-RR 2012, 423, 425 f) – auch bei Verwendung einer dem Inhaltsstoff ähnlich klingenden Marke für ausreichend. Dies sah der BGH anders. Er ließ in seinen Entscheidungsgründen zwar offen, ob der Werbende selbst den Ausnahmeantrag nach Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCVO stellen muss und dieser auch selbst die Angabe bereits vor dem Inkrafttreten der HCVO am 19. Januar 2007 verwendet haben muss (das OLG Hamburg hatte dies im Parallelverfahren ausdrücklich für nicht erforderlich gehalten, vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2012, 423, 425 f.). Er meinte jedoch – in Übereinstimmung mit dem OLG Hamburg und anders als das OLG Frankfurt a.M. –, dass der gestellte Antrag inhaltlich nicht die angegriffene Aussage „*Praebiotik[®] zur Unterstützung einer gesunden Darmflora*“ rechtfertige. Insoweit sei keine inhaltliche Übereinstimmung gegeben.

Bei der Bewertung dieser Frage sei nämlich – entgegen der Einschätzung des OLG Frankfurt – ein strenger Maßstab anzulegen. Hierfür sprechen neben dem Regelungswortlaut, Sinn und Zweck der Regelung auch die systematische Erwägung, dass die Übergangsbestimmung in Art. 28 Abs. 6 HCVO als Ausnahme vom Verbotstatbestands des Art. 10 Abs. 1 HCVO eng auszulegen sei. Für eine enge Auslegung spräche ferner der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Unterschiede zwischen verwendeter Angabe und angemeldeten Claim seien gegeben, weil dem der Anmeldung zugrundeliegenden Inhaltsstoff (Ballaststoff) eine probiotische Wirkung zur Unterstützung der Entwicklung einer gesunden Darmflora zugeschrieben werde. Dagegen handele es sich bei dem von der Beklagten verwendeten Begriff „*Praebiotik*“ um ein Kunstwort, das durch das stilisierte [®] ersichtlich als Marke, also als Herkunftskennzeichen auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden werde. Daran ändere auch nichts, dass dabei eine probiotische Wirkung anklinge. Zwischen einem markentypisch auf ein Unternehmen hinweisenden Kennzeichen und einer rein beschreibenden Angabe eines Inhaltsstoffes für eine Vielzahl von in Betracht kommenden Verwendern bestehe aber ein grundlegender Unterschied.

c) Diese Ausführungen erscheinen recht formalistisch und auch im Ergebnis nicht überzeugend (jedenfalls dann nicht, wenn der Inhaltsstoff, dem die positive Gesundheitswirkung zugeschrieben wird, im streitbefangenen Erzeugnis vorhanden ist). Letztendlich laufen die Erwägungen des BGH auf ein gespaltenes normatives Verbraucherverständnis hinaus. Einerseits stuft der BGH in Anlehnung an das weite Verständnis des EuGH eine selbst als Marke erkennbare Inhaltsangabe als Gesundheitssaussage ein. Andererseits will er gerade wegen des Markenbezuges zwischen der streitbefangenen Angabe und der nahezu identischen Anmeldung differenzieren. Dies leuchtet nicht ein, zumal der BGH gerade voraussetzt, dass der Markenbestandteil („Praebiotik®“) die Gesundheitswirkung für das Lebensmittel impliziert, die auch Gegenstand der Anmeldung für den Inhaltsstoff ist. In beiden Fällen wird die angenommene Gesundheitswirkung dem Lebensmittel zugeschrieben.

Auch der Regelungswortlaut legt diese strenge Unterscheidung nicht nahe, weil Art. 28 Abs. 6 lit b) HCVO auf den (weiten) Wortlaut der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO Bezug nimmt und die Bestimmung in Art. 1 Abs. 3 HCVO gerade explizit davon ausgeht, dass auch eine Marke als gesundheitsbezogene Angabe in Frage kommen kann. Sinn und Zweck der Regelung und Gesetzssystematik sprechen ebenfalls nicht für die vom BGH vorgenommene Auslegung. Zwar begründet Art. 28 Abs. 6 HCVO Ausnahmen vom Listenerfordernis – dies allerdings nur als Übergangsmaßnahme, d. h. zeitlich beschränkt und nur unter Beachtung der nationalen Rechtsvorschriften vor dem Inkrafttreten der Verordnung. Daraus lässt sich kein Hinweis für eine enge Auslegung der Ausnahmegesetzvorschrift ableiten. Dies gilt erst recht nicht für als (Alt)Marken geschützte gesundheitsbezogene Angaben, für deren Verwendung Art. 28 Abs. 2 HCVO eine umfassende und langfristige Ausnahme von den Anforderungen der HCVO vorsieht.

Außerdem spricht gegen den Ansatz des OLG Hamburg und des BGH, dass die zur Anmeldung in die Listen vorgesehenen spezifischen Angaben nach Art. 10 Abs. 1 i. V. m. Art. 13 f. HCVO nicht wortgleich verwendet werden müssen. Dies verdeutlicht zugleich, dass der von BGH und OLG Hamburg befürwortete Auslegungsansatz gerade nicht der Rechtssicherheit dient. Jeder Werbende, der sich mit einer Gesundheitsangabe ganz eng an einen angemeldeten Claim orientiert und diesen (wie im vorliegenden Fall) nur mit einem Markenhinweis versehen hat, kommt nun zu der Erkenntnis, dass nach gegenwärtiger Rechtsprechung die Verwendung nicht rechtmäßig ist. Diese Erkenntnis wird für viele Betroffene überraschend sein. Vor allem sind aber die zukünftigen Konsequenzen der Entscheidung unklar. Was gilt, wenn die der Werbeangabe zugrundeliegende angemeldete Gesundheitsangabe später zugelassen wird? Soll dann die nahezu identische Werbeaussage noch immer gegen Art. 10 Abs. 1 HCVO verstoßen oder soll sie – trotz Bestehen der Übergangsregelung in Art. 28 Abs. 6 lit. b) HCVO – erst dann rechtmäßig werden?

Weder die Begründung des BGH noch dessen Ergebnis erscheint deshalb schlüssig.

Rechtsanwalt Dr. Carsten Oelrichs, Hamburg