

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

New Deal for Consumers

1 Prof. Dr. Inge Scherer

Verbraucherentscheidung für Werblocker – eine aggressive geschäftliche Handlung der Anbieter?

8 Oliver Löffel

Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht

15 Dr. Ulrich Franz

„Ein bisschen Spaß muss sein!“ · Ein Überblick über die Rechtsprechung zu Scherzen, Parodien, Ironie und Satire in der Werbung

27 Christian Schmitt

Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße?

33 Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer

Health Claims – stets eine Herausforderung

35 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer

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

41 Verbraucherzentrale Baden-Württemberg / Germanwings

EuGH, Urteil vom 15.11.2018 – C-330/17

44 Bankia / Juan Carlos Marí Merino u. a.

EuGH, Urteil vom 19.09.2018 – C-109/17

47 Tänzer & Trasper / Altenweddinger Geflügelhof

EuGH, Urteil vom 25.10.2018 – C-462/17

49 Novartis Farma / Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) u. a.

EuGH, Urteil vom 21.11.2018 – C-29/17

55 Levola Hengelo / Smilde Foods

EuGH, Urteil vom 13.11.2018 – C-310/17

58 Apothekenmuster

BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – I ZR 235/16

61 Applikationsarzneimittel

BGH, Urteil vom 26.04.2018 – I ZR 121/17

68 Jogginghosen

BGH, Urteil vom 31.10.2018 – I ZR 73/17

73 Tork

BGH, Urteil vom 17.10.2018 – I ZR 136/17

- 41 Ein Verstoß gegen § 42 Abs. 1 oder 2 BDSG ist also eine unlautere Handlung i. S. v. § 3 UWG i. V. m. § 3a UWG. Auch in diesem Fall laufen demnach die Strafbarkeit und ein Wettbewerbsverstoß Hand in Hand. Da auch die betroffene Person gem. § 42 Abs. 3 BDSG antragsbefugt ist, steht ihr somit, neben den Instrumentarien des UWG, auch die Möglichkeit zu, strafrechtlich vorzugehen.

IV. Resümee

- 42 Unternehmen müssen auch nach Einführung der DSGVO bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht Konflikte mit dem Wettbewerbsrecht fürchten. Allerdings ist insoweit das letzte Wort durch die Rechtsprechung naturgemäß noch nicht gesprochen. Zugleich droht aber auch die straf- und ordnungsrechtliche Ahndung bei gewissen Verstößen. Es muss allerdings ebenfalls konstatiert werden, dass die Änderungen durch die DSGVO geringer sind als vielfach befürchtet. Auch ist nach dem bisherigen Kenntnisstand die befürchtete Abmahnwelle ausgeblieben.¹²²⁾ Insofern ist die zu Anfang beschriebene Hysterie vielfach nicht ge-

rechtfertigt,¹²³⁾ zumal bei Verstößen gegen die Informationspflichten, selbst bei der Annahme, dass die DSGVO das UWG nicht verdrängt, nach der hierseits vertretenen Auffassung keine Abmahnung möglich ist. Zudem waren auch vor dem 25.05.2018 viele Datenschutzverstöße nach h. M. wettbewerbsrechtlich relevant und es bestand ebenfalls die Möglichkeit zur strafrechtlichen Ahndung. Bedenklich ist jedoch nur, dass die DSGVO zuweilen sehr strikte und schwer umsetzbare Anforderungen stellt und dass an gewissen Punkten, wie etwa im Bereich der Werbung, noch Unklarheiten bestehen. Dass in solchen Fällen nun wettbewerbsrechtliche und strafrechtliche Risiken drohen, macht die Situation heikel. Den Betroffenen ist daher ein besonders sensibler und vorsichtiger Umgang mit der Materie des Datenschutzes anzuraten.

122) Hierzu ebenso Köhler, WRP 2018, 1269, 1269.

123) So im Ergebnis auch Barth, WRP 2018, 790, 794, der darauf hinweist, dass die DSGVO nicht das gefundene Fressen für gierige Abmahnanwälte ist, wie es in den Medien dargestellt worden ist.

RA Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer, München*

Health Claims – stets eine Herausforderung

Zugleich Anmerkung zu BGH, 12.07.2018 – I ZR 162 / 16 – B-Vitamine**

INHALT

I. Unspezifische health claims

1. Abgrenzungskriterium
2. „Beifügen“
3. Indikation, Wirkort
4. Gehirn, Gedächtnis

II. Wirknachweis

III. Anwendung

IV. Ort des „Beifügens“

V. Fazit

- 1 Mit einer nicht nur beim ersten flüchtigen Lesen schwerlich verständlichen Frage möchte der Bundesgerichtshof mit einer Vorlagefrage¹⁾ vom Europäischen Gerichtshof wissen, wie ein unspezifischer health claim einem zugelassenen, spezifischen im Sinne des Art. 10 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1924/2006 (nachfolgend: HCVO) „beizufügen“ wäre; ist der räumliche Zusammenhang dabei so eng wie es die Europäische Kommission gern sähe oder kann der spezifische irgendwo auf dem Etikett platziert werden, etwa der zugelassene health claim rückseitig, der unspezifische dagegen vorn?
- 2 Die Vorlagefragen des BGH gehen aber teils komplett am Thema vorbei. Die streitgegenständlichen Angaben „Gehirn“ und „Ge-

dächtnis“ sind spezifische und damit zulassungspflichtige health claims, die mangels Zulassung nicht verwendet werden dürfen; die zweite Frage nach dem Wirknachweis für unspezifische health claims stellt sich gar nicht. Im Einzelnen:

I. Unspezifische health claims

1. Abgrenzungskriterium

Die HCVO erklärt nicht, was sie unter Angaben des „gesundheitsbezogenen Wohlbefindens“ des Art. 10 Abs. 3 HCVO versteht.

Ein in der Praxis schwerlich umsetzbares *Abgrenzungskriterium* zeigte der BGH²⁾ in der Entscheidung „Vitalpilze“ auf. Nach seiner Vorgabe sind unspezifische gesundheitsbezogene Angaben beispielsweise solche, bei denen die Aussagen zwar auf das durch die Einnahme des Mittels zu unterstützende bzw. zu steigernde gesundheitliche Wohlbefinden Bezug nehmen, wie „zur Unterstützung einer optimalen Leistungsfähigkeit“ oder „erhöht die Ausdauer und Leistungsfähigkeit“; spezifisch seien dagegen die Angaben, welche zu „fördernde Funktionen des Körpers“ zum Ausdruck bringen bzw. nahelegen.

Die EU-Kommission sieht als *unspezifische Angaben* über das „gesundheitsbezogene Wohlbefinden“ beispielsweise folgende an: „sehr gut für Ihren Organismus“, „reint Ihr Organismus“, „trägt zu einem ausgeglichenen Stoffwechsel bei“, „hilft, Ihr gutes Körpergefühl zu erhalten“³⁾; dies gilt auch für „vitalisierend“.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 137.

** Abgedruckt in WRP 2018, 1062 ff.

1) BGH, 12.07.2018 – I ZR 162/16, WRP 2018, 1062 – B-Vitamine.

2) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179, Rn. 13 – Vitalpilze.

3) Bsp. aus Papier der Kommission: VO über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben: Mythen und Missverständnisse, MEMO/03/188, 01.10.2003.

2. „Beifügen“

- 6 Nach Maßgabe des Art. 10 Abs. 3 HCVO kann der kraft Zulassung (wie in der VO (EU) Nr. 432/2012) vorgegebene Wortlaut eines health claims für das jeweilige Lebensmittel auf den Etiketten und/oder in der Werbung durch weitere Angaben ergänzt werden, die den durch die VO vorgegebenen Wortlaut eines health claims dem Sinn nach variieren, solange die Werbebotschaft nicht einen anderen Inhalt erhält, vor allem nicht irreführend ist. In einem Papier mit dem Titel „General Principles on Flexibility of Wording for Health Claims“ von Experten der Mitgliedstaaten (vom Dezember 2012) findet sich das Beispiel: „good for your skin – X contributes to the maintenance of normal skin“.
- 7 Die zugelassene Angabe „Vitamin C trägt dazu bei, die Zellen vor oxidativem Stress zu schützen“ kann insofern auch ergänzt werden durch „Vitamin C trägt dazu bei, die Zellen vor oxidativem Schaden zu schützen“, zumal – aber auch nur deshalb – die EFSA „Stress“ und „Schaden“ als Synonyme begreift⁴). Gleiches gilt für „kognitive Funktion“ und „Konzentration“⁵); zulässig ist es daher – wie im Streitfall –, rückseitig den für Zink zugelassenen claim „trägt zu einer normalen kognitiven Funktion bei“ wiederzugeben und vorderseitig die Angabe zu verkürzen auf „Zink für Konzentration“⁶).

3. Indikation, Wirkort

- 8 Untunlich ist dagegen eine Ergänzung außerhalb der zugelassenen Indikation. Der zugelassene claim „copper contributes to normal energy yielding metabolism“ darf nicht ergänzt werden um „copper contributes to the normal breaking down of fats in fat tissue“⁷).
- 9 Mit Bedacht im Konjunktiv in der Genehmigung mit Verordnung (bzw. entsprechender Empfehlung der EFSA) formulierte claims sollten demzufolge auch nicht erfolgsbezogen umformuliert werden, anstelle von „Cholin trägt zur Erhaltung einer normalen Leberfunktion bei“ nicht etwa „Cholin reduziert nachweislich die Fettsäureakkumulation in der Leber“.
- 10 Die Angabe „Vitamin C trägt dazu bei, die Zellen vor oxidativem Stress zu schützen“ darf auch nicht ergänzt werden durch Benennung des Wirkorts (Leber).

4. Gehirn, Gedächtnis

- 11 Die streitgegenständlichen Angaben bezogen auf „Gehirn“ und „Gedächtnis“ sind insofern nicht zulässig. Sie variieren nicht lediglich den durch VO vorgegebenen Wortlaut eines zugelassenen health claims dem Sinn nach, sondern gehen weit über die Indikation hinaus. Der für Zink zugelassene health claim besagt nur, dass die Aufnahme des Mineralstoffs „zu einer normalen kognitiven Funktion“ beitragen könne; der Wirkort wird nicht genannt (Gehirn), ein etwaiger Erfolg (Gedächtnis) nicht bestätigt. Die bloße Unterstützung kognitiver Fähigkeiten bzw. der Konzentration besagt im Übrigen noch lange nicht, dass damit zugleich die Fähigkeit einherginge, Bewusstseinsinhalte, Sinneswahrnehmungen oder psychische Vorgänge im Gehirn zu speichern, sodass sie bei geeigneter Gelegenheit ins Bewusstsein treten bzw. zurückgerufen werden können. Im Urteil vom 07.04.2016⁸) führte der BGH noch zu Recht aus, eine Angabe sei als gesundheitsbezogen i. S. v. Art. 10 Abs. 1 HCVO anzusehen, wenn damit ein wissenschaftlicher Nachweis züglicher Wirkungszusammenhang zwischen einem Stoff einer-

seits und einer konkreten Körperfunktion andererseits hergestellt werde; dabei sei unerheblich, wenn die Angabe dazu kein medizinisches, sondern ein umgangssprachliches Vokabular verwende.

Es kommt folglich nicht allein auf die Formulierung/den Wortlaut eines Claims an, sondern auf die Assoziation des Durchschnittsverbrauchers („Wirkzusammenhang herstellt“) mit der gewählten Angabe. Mit „für Gehirn und Gedächtnis“ dürfte stets ein Erfolg assoziiert werden; der Durchschnittsverbraucher dürfte annehmen, dass mit dem Verzehr des Lebensmittels die Gehirnfunktion und das Gedächtnis tatsächlich gefördert/gestärkt, und eben nicht bloß die normale kognitive Funktion unterstützt wird.

In diesem Kontext abwegig ist die Argumentation des in der Vorinstanz tätigen OLG Düsseldorf⁹) und des BGH, die Angaben bezüglich Gehirn und Gedächtnis seien deshalb unspezifisch und ihre Verwendung im konkreten Fall zulässig, weil die behaupteten Wirkungen sich nicht auf bestimmte Nährstoffe oder sonstige Lebensmittelbestandteile bezögen. Gerade dies begründet aber ihre Unzulässigkeit. Zutreffend führte der BGH in seinem Urteil über „Repair Kapseln“ noch aus¹⁰), eine gesundheitsbezogene Angabe, die nicht erkennen lasse, auf welchen der in der Liste der zugelassenen Angaben die behauptete Wirkung eines Produkts beruhe, wäre mit den zugelassenen Angaben nicht inhaltsgleich und daher unzulässig.

In den „Principles on Flexibility“ weist die Kommission zutreffend darauf hin, dass eine klare Verbindung zwischen health claim und der Substanz bestehen müsse. Die Kommission führt hierzu folgendes Beispiel an: zulässig sind Angaben wie „DHA trägt zur Erhaltung normaler Sehkraft bei“ oder „EPA und DHA tragen zu einer normalen Herzfunktion bei“, nicht aber: „DHA und EPA tragen zur Erhaltung normaler Sehkraft und zu einer normalen Herzfunktion bei“, da der Verbraucher nicht klar erkennen kann, welchem Stoff welche Wirkung zugeordnet werden kann.

II. Wirknachweis

Die Vorgabe des BGH ist bedenklich: der Unternehmer könnte einfach die Zuordnung zu einem konkreten Stoff kappen und obendrein eine erfolgsbezogene Angabe wählen, die nie zugelassen würde, eben „B-Vitamine für Gehirn und Gedächtnis“; dafür müsste nicht einmal ein Nachweis erbracht werden.

Der BGH fragt den EuGH des Weiteren nach dem Wirknachweis für unspezifische health claims; er geht dabei davon aus, dass für unspezifische health claims keine Nachweise gem. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der HCVO verlangt werden dürften. Dies fragte der BGH den EuGH schon einmal¹¹); der EuGH verweigerte jedoch die Antwort¹²). Daher legte der BGH offenbar erneut vor, obgleich sich die Frage gar nicht stellt.

Die unspezifischen health claims sind aber lediglich danach zu untersuchen, ob diese sich, wie es Art. 10 Abs. 3 HCVO ausdrückt, in „Verweisen auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile“ erschöpfen, und wenn ja, ob sich diese Angaben im Rahmen der Indikation des zugelassenen health claims bewegen. Dies ist bezüglich Konzentration – wie oben dargelegt – der Fall. Der für Vitamin B₂ zugelassene health claim („Riboflavin trägt zu einer normalen Funktion des Nervensystems bei“, VO (EU) Nr. 432/2012) kann plakativ verkürzt werden auf „Vitamin B₂ für Nerven“.

4) EFSA Journal 2009; 7,9:1226 und 2010; 8,10:1815.

5) EFSA Journal 2009; 7,9:1229.

6) S. auch BGH, 10.12.2015 – I ZR 222/13, WRP 2016, 471 – Lernstark (Rotbäckchen).

7) Experten der Mitgliedstaaten, „General Principles on Flexibility of Wording for Health Claims“ (Dezember 2012) unter Bezugnahme auf EFSA Journal; 7,9:1211.

8) BGH, 07.04.2016 – I ZR 81/15, WRP 2016, 1359 – Repair Kapseln.

9) OLG Düsseldorf, 30.06.2016 – I-15 U 8/15, juris.

10) BGH, 07.04.2016 – I ZR 81/15, WRP 2016, 1359 – Repair Kapseln.

11) BGH, 12.03.2015 – I ZR 29/13, WRP 2015, 721 – Rescue-Produkte I.

12) EuGH, 23.11.2016 – C-177/15, WRP 2017, 292 – Nelsons/Ayonnax Nutripharm u. a.

- 18 Nur zur Vervollständigung: manche Gerichte sehen werbende Unternehmen in der Pflicht, bezüglich nicht zugelassener gesundheitsbezogener Angaben deren Zulässigkeit darzulegen und zu beweisen¹³, dabei sind diese schlicht verboten, eben mangels Zulassung.

III. Anwendung

- 19 Der BGH ist just in seinen eigenen Fallstricken verfangen, denn die Frage nach dem Wirknachweis für unspezifische health claims stellt sich nur, wer – wie der BGH – verfehlt davon ausgeht, Art. 10 Abs. 3 HCVO fände noch gar keine Anwendung, da die Gemeinschaftsliste für health claims nicht abgeschlossen wäre.
- 20 Art. 10 Abs. 3 HCVO findet Anwendung in Bezug auf die bislang individuell (Art. 13 Abs. 5 und Art. 14 HCVO) oder in Bezug auf das Sammelverfahren (vor allem mit VO (EU) Nr. 432/2012) zugelassenen health claims¹⁴. Auch der EuGH geht von der Anwendung aus¹⁵.
- 21 Eine andere Auffassung vertritt dagegen der BGH, der davon ausgeht, mit der VO (EU) Nr. 432/2012 hätte sich die Rechtslage nicht maßgeblich geändert, demnach fände Art. 10 Abs. 3 HCVO auch bezüglich der mit der VO (EU) Nr. 432/2012 zugelassenen health claims keine Anwendung¹⁶. Der BGH verkennt, dass die „Gemeinschaftsliste“ nie abschließend sein wird, da sie stets ergänzt/geändert werden kann (s. Art. 13 Abs. 5 HCVO).
- 22 Nicht wenige Instanzgerichte verweigern dem BGH aber die Gefolgschaft¹⁷.
- 23 Bezüglich „on hold“ gesetzter claims gilt Art. 10 Abs. 3 HCVO nicht, denn hier greift Art. 28 Abs. 5 HCVO, sprich diese werden nach den Kriterien der Irreführung geprüft. Hier wiederum spielen die Anforderungen an einen Nachweis für die behauptete Wirkung eine Rolle.
- 24 Das OLG Hamm geht bezüglich sogenannter „Botanicals“ von der Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 3 HCVO aus¹⁸. Diese hätte zur Folge, dass unspezifischen health claims lediglich beantragte, aber nicht von der EFSA geprüfte, geschweige denn zugelassene „beigefügt“ werden müssten.

IV. Ort des „Beifügens“

- 25 Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass „dem Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit

beigefügte, zugelassene spezielle gesundheitsbezogene Angaben neben oder unter diesem Verweis angebracht werden“ müssen¹⁹.

Dies lässt sich aber Art. 10 Abs. 3 HCVO nicht entnehmen und ist nur Kaffeesatzleserei wie viele andere Versuche einer Erklärung; wenn hierbei der Beklagtenvertreter im BGH-Verfahren mit einer zu seinen im Verfahren geäußerten Argumenten gegenteiligen Auffassung und ein Autor mit zwei gänzlich diametralen Auffassungen vom BGH zitiert wird, ist das zumindest eigen und gibt zu denken. Es sollte eigentlich allgemeines Rechtsverständnis sein, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Recht zu werben nur restriktiv eingeschränkt werden darf. Es sollte daher doch zulässig sein, die spezifischen von den „beigefügten“ unspezifischen health claims durch andere Angaben oder grafische Elemente zu trennen und z. B. auch auf verschiedenen Verpackungsseiten abzdrukken.

V. Fazit

Individuell (Art. 13 Abs. 5 und Art. 14 HCVO) oder in Bezug auf das Sammelverfahren (vor allem mit VO (EU) Nr. 432/2012) zugelassene health claims dürfen „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden“ gem. Art. 10 Abs. 3 HCVO „beigefügt“ werden. Dabei ist es zulässig, die spezifischen von den „beigefügten“ unspezifischen health claims zu trennen und z. B. auf verschiedenen Verpackungsseiten abzdrukken. Hinweise auf „Gehirn“ und „Gedächtnis“ sind aber spezifische health claims und ihre Verwendung ist mangels Zulassung nicht erlaubt.

13) LG Berlin, 28.11.2016 – 101 O 94/16, n. v.

14) Generalanwalt *Wathelet*, EuGH BeckRS 2013, 82168 Rn. 65 – *Monsterbacke*; öster. Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Orientierungserlass GZ BMGFJ-75 100/0018-IV/B7/2007, Nr. 3, Ernährung/Nutrition, 2007, 333.

15) EuGH, 10.04.2014 – C-609/12, WRP 2014, 819 – *Monsterbacke*; siehe Rn. 36 des Urteils: „unbeschadet einer etwaigen Anwendung von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006“.

16) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12 WRP 2013, 1179, Rn. 13 – *Vitalpilze*.

17) OLG Hamm, 20.05.2014 – 4 U 19/14 – „vitalisierend“; KG, 10.07.2015 – 5 U 131/13 und KG, 04.11.2016 – 5 U 91/15; OLG Celle, 04.10.2017 – 13 U 78/17, n. v.

18) OLG Hamm, 07.10.2014 – I 4 U 138/13, n. v.

19) Kommission, Durchführungsbeschluss 24.1.2013 (2013/63/EU), ABl. EU L 22, 25.

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg*

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

INHALT

I. Einleitung: War früher alles besser?

II. Die Rechtsprechung des Jahres 2017

1. Bundesgerichtshof

- BGH – *Rescue II*
- BGH – *Märchensuppe*

c) BGH – *Detox*

- OLG Bamberg – *Blutorangenextrakt*
- OLG Celle – *Regeneration*
- OLG Hamburg – *HMB*
- OLG Düsseldorf – *Bachblüten*
- KG – *ArterioClean*
- OLG Hamburg – *Gut für die Stimme*
- VG München – *Figur Fit*

III. Fazit für die Praxis: Die Zeiten ändern sich

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 137.

** Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 27.02.2018 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zur Volljährigkeit seines Nachwuchses.