

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: Sebastian Louven

Pionierin unter den Kartellbehörden

- 405 Nachruf: Prof. Dr. Otto Teplitzky zum Gedenken**
Dr. Bernhard v. Linstow
- 406 Prof. Dr. Stefan Leible und Felix Ortgies**
Rechtsprechungsreport Lebensmittelrecht 2018
- 413 Andreas Meisterernst und Dr. Bernd Haber**
12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?
- 422 Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer**
Elfte Beleuchtung der Rechtsprechung zur VO (EG) Nr. 1924/2006
über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben
- 429 Rolf Becker und Dipl.-Wirtschaftsjurist Martin Rätze**
Belehrung über das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht:
Probleme und Lösungsmöglichkeiten
- 438 Prof. Dr. Roger Mann**
„Wenn der Postmann zweimal klingelt ...“ – Presserechtliche
Informationsschreiben
- 440 Oliver Wolf, LL.M.**
Social Bots im Wahlkampf – Das UrhG als Handhabe gegen
„Meinungsroboter“?
- 446 Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann/Land
Berlin**
EuGH, Urteil vom 30.01.2019 – C-220/17
- 452 S/EA u. a.**
EuGH, Urteil vom 19.12.2018 – C-367/17
- 455 Imran Syed**
EuGH, Urteil vom 19.12.2018 – C-572/17
- 458 Museumsfotos**
BGH, Urteil vom 20.12.2018 – I ZR 104/17
- 464 Meda Gate**
BGH, Urteil vom 24.01.2019 – I ZR 164/17
- 481 Drittunterwerfung im Persönlichkeitsrecht**
BGH, Urteil vom 04.12.2018 – VI ZR 128/18
- 502 Bestellabschlussseite**
OLG München, Urteil vom 31.01.2019 – 29 U 1582/18
- 504 Zur Angabe einer bereits vorhandenen Servicetelefon-
nummer in Widerrufsbelehrung**
OLG Schleswig, Urteil vom 10.01.2019 – 6 U 37/17

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

dem Angebot anderer Wettbewerber, etwa in Supermärkten, ab.¹³⁴⁾ Die von der Klägerin vorgegebenen begleitenden Beratungsleistungen seien allein schon deshalb gerechtfertigt, um den mit einer unangepassten Ernährung verbundenen Beeinträchtigungen oder Gefahren entgegenzuwirken.¹³⁵⁾

30 2. Zu durch den naturwissenschaftlichen Fortschritt entstandenen Auslegungsfragen unionsrechtlicher Gentechnik-Vorschriften urteilte der EuGH.¹³⁶⁾ Dem Vorabentscheidungsverfahren lag eine Vorlage des französischen Conseil d'État zu Grunde. Die klagenden Vereinigungen beehrten die Aufhebung eines Artikels des französischen Umweltgesetzbuchs, nach welchem die aus dem Verfahren der Mutagenese resultierenden Organismen nicht dem französischen Gentechnikrecht unterfallen.¹³⁷⁾ Im Ergebnis entsprach die gegenständliche Norm dem Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I B Nr. 1 der Richtlinie¹³⁸⁾ beziehungsweise § 3 Nr. 3b S. 2 lit. a) GenTG.¹³⁹⁾ Das weitreichende Urteil des EuGH fiel anders aus als von vielen erwartet: Den Ausführungen des Generalanwalts¹⁴⁰⁾ nicht folgend urteilte das Gericht, dass auch die Organismen, die mittels neuer genomeditierender Züchtungsmethoden (z. B. CRISPR/Cas) entstanden sind, als Gentechnik zu qualifizieren seien.¹⁴¹⁾

31 3. Die Pflicht zur vollständigen Bio-Kennzeichnung bestätigte das OLG Celle.¹⁴²⁾ Die Verfügungsbeklagte bot im Internet Kokosöl mit dem Zusatz „Bio-“ zum Kauf an, ohne nach Art. 27 Abs. 10 Öko-VO¹⁴³⁾ zu der in Art. 24 Abs. 1 lit. a) Öko-VO näher bezeichneten Kontrollbehörde oder Kontrollstelle Angaben zu machen. Der Verfügungskläger beantragte deshalb eine einstweilige Verfügung, die das LG erließ.¹⁴⁴⁾ Auch das OLG Celle urteilte – dem EuGH¹⁴⁵⁾ folgend –, dass die Angabe der Codenummer nach Art. 27 Abs. 10 Öko-VO eine verpflichtende Information über Lebensmittel nach Art. 2 lit. c) LMIV darstelle. Zu diesen Informationen zählten diejenigen Angaben, die dem Endverbraucher aufgrund von Unionsvorschriften bereitgestellt werden müssten. Bei Angeboten im Fernabsatz, wie sie im vorliegenden Fall erfolgten, zählten zu diesen verpflichtenden Informationen gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. a) LMIV nicht nur die Informationen gem. Art. 9 LMIV, sondern auch Informationen, bei denen sich die Erteilungspflicht aus anderen Rechtsakten der Kommission ergebe.¹⁴⁶⁾ Die Codenummer sei daher gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. a) LMIV im Zusammenhang mit einem Internetangebot anzuge-

ben.¹⁴⁷⁾ Entgegen der Formulierung des Hauptantrags sei diese Information jedoch nicht notwendig „in unmittelbarer räumlicher Nähe“ zu dem Internetangebot anzugeben. Gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. a) LMIV müsse die Information entweder auf dem Trägermaterial des Fernabsatzgeschäftes oder durch andere geeignete Mittel bereitgestellt werden. Denkbar sei deshalb insbesondere, dass diese Codenummer nicht unmittelbar auf der eigentlichen Angebotsseite genannt werde, sondern etwa auf einer verlinkten Seite mit weiteren Produktinformationen enthalten sei. Auch andere Gestaltungen seien gemäß der Mindestanforderungen Art. 13 Abs. 1 LMIV denkbar.¹⁴⁸⁾

Anm. der Redaktion:

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

134) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724, Rn. 46.

135) OLG Hamburg, 22.03.2018 – 3 U 250/16, WRP 2018, 724, Rn. 52 ff.

136) EuGH, 25.07.2018 – C-528/16, ZLR 2018, 637; einen Teil des kontroversen Meinungsspektrums abbildend: Anm. *Voigt*, ZLR 2018, 654; *Kahrmann/Leggewie*, NuR 2018, 761; *Kaus*, StoffR 2018, 203; *Spranger*, NJW 2018, 2929.

137) EuGH, 25.07.2018 – C-528/16, ZLR 2018, 637, Rn. 20.

138) Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.03.2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates; ABL L 106/2001.

139) Gentechnikgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.12.1993 (BGBl. I S. 2066), das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 17.07.2017 (BGBl. I S. 2421) geändert worden ist (GenTG).

140) Schlussanträge des Generalanwalts Bobek vom 18.01.2018 zur Rs. C-528/16.

141) EuGH, 25.07.2018 – C-528/16, ZLR 2018, 637, Rn. 27 ff.

142) OLG Celle, 11.09.2018 – 13 W 40/18, WRP 2018, 1494; m. Anm. *Schulteis*, GRUR-Prax 2018, 539.

143) Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28.06.2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91, ABL Nr. L 189 S. 1.

144) LG Stade, 21.06.2018 – 8 O 37/18, juris.

145) EuGH, 12.10.2017 – C-289/16, WRP 2017, 1451; m. Anm. *Löffler*, ZLR 2017, 696; *Witschel*, GRUR-Prax 2017, 517 und *Leible/Ortgies*, WRP 2018, 367, Rn. 33.

146) OLG Celle, 11.09.2018 – 13 W 40/18, WRP 2018, 1494, Rn. 11.

147) OLG Celle, 11.09.2018 – 13 W 40/18, WRP 2018, 1494, Rn. 14.

148) OLG Celle, 11.09.2018 – 13 W 40/18, WRP 2018, 1494, Rn. 17.

Andreas Meisterernst, München und Dr. Bernd Haber, Lampertheim*

12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

INHALT

I. Einleitung

II. Zum Konzept der HCVO

1. Das Konzept

2. Lücken und ihre Konsequenzen

- a) Nährwertprofile
 - aa) Fehlende Regelung
 - bb) Konsequenzen
- b) Botanicals

- aa) Fehlende Regelung
- bb) Konsequenzen
- c) Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos
 - aa) Auslegung der Regelungen
 - bb) Konsequenzen
- d) Übergangsfristen
 - aa) Bestehende Regelungen
 - bb) Konsequenzen

III. Ungeklärtes

1. Abgrenzung der Kategorien von health claims

2. Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO

3. Verhältnis zum Irreführungsverbot

4. Bioverfügbarkeit

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 536.

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

5. Wissenschaftliche Absicherung
6. Vergleichende nährwertbezogene Angaben
7. Ort der Angabe
8. Traditionelle Bezeichnungen
9. Phantasiebezeichnungen

IV. Ausstrahlung auf andere Bereiche

1. Der neue Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV

2. Neue Verbote

- a) Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke
- b) Babynahrung

3. Kosmetika

V. Fazit

1 Die VO (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (im Folgenden: HCVO) gilt seit dem 01.07.2007. Bereits vor diesem Stichtag hatten wir mit einem Beitrag in dieser Zeitschrift Grundzüge der HCVO dargestellt¹⁾. Von Beginn an begleiteten wir die Umsetzung dieses Rechtsakts als Kommentatoren²⁾, nach einem, drei und fünf Jahren Geltung wurden auch kurze Zwischenbilanzen gezogen³⁾. Dabei wurde der Begriff des „Lernprozesses“ von einem mit der Genesis und Umsetzung der HCVO befassten Mitarbeiter der EU-Kommission übernommen. Dieser beschreibt die Umsetzung der HCVO treffend als Reise in das Ungewisse in deren Unvollkommenheit. Nach 12 Jahren ist die Regelung allmählich den Kinderschuhen entwachsen, aber immer noch in der Entwicklung – ein guter Zeitpunkt, um Bilanz zu ziehen.

I. Einleitung

- 2 Mit der Neuregelung des Rechts der Gesundheitswerbung für Lebensmittel durch die HCVO sollte ein hohes Schutzniveau für Verbraucher gewährleistet und ihnen die Wahl erleichtert werden⁴⁾. Die positive Darstellung von Lebensmitteln durch freiwillige gesundheits- und nährwertbezogene Angaben sollte durch Einführung eines Zulassungsverfahrens objektiviert werden, da die Lebensmittel damit „einen nährwertbezogenen, physiologischen oder anderweitigen gesundheitlichen Vorteil“⁵⁾ in Anspruch nahmen. Das Konzept sah auch vor, durch Festlegung von Nährwertprofilen gemäß Art. 4 Abs. 1 HCVO zu verhindern, dass nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben „den Ernährungsstatus eines Lebensmittels verschleiern und so den Verbraucher irreführen können“⁶⁾. Es sollten also Kategorien von Lebensmitteln festgelegt werden, die weder gesundheits- noch nährwertbezogene Angaben tragen dürfen.
- 3 Für die Angaben für die verbleibenden Lebensmittel sollten verschiedene Zulassungsverfahren etabliert werden, um zu gewährleisten, dass diese wissenschaftlich gerechtfertigt sind⁷⁾. Dabei beabsichtigt die Regelung auch eine gesundheitspolitische, paternalistisch-erzieherische Wirkung. Die Verbraucher sollten zu einer gesunden Ernährung angeleitet werden, die Bewerbung sollte sie insbesondere nicht von „vernünftigen Ernährungsgewohnheiten“ abbringen⁸⁾.

1) Meisterernst/Haber, WRP 2007, 363 ff.

2) Meisterernst/Haber, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, 33. Akt. Lfg. November 2018; Health & Nutrition Claims, 2010, Commentary on the EU Health Claims Regulation, 2010.

3) Meisterernst, WRP 2008, 755; Meisterernst, WRP 2010, 481; Meisterernst, WRP 2012, 405.

4) Siehe Erwägungsgrund 1 HCVO.

5) Erwägungsgrund 10 HCVO.

6) Erwägungsgrund 11 HCVO.

7) Siehe Erwägungsgründe 14, 23 und 26 HCVO.

8) Erwägungsgrund 18 HCVO.

An diesen gesundheits- und verbraucherpolitischen Zielen entzündete sich auch anfängliche Kritik. Nach Veröffentlichung des ersten Entwurfs im Juli 2003 reagierte die Kommission darauf mit ihrer Presseerklärung „Myths and Misunderstandings“. Dort wurde behauptet, dass der Vorschlag zu einem liberaleren Umfeld für Werbeangaben in Kennzeichnung und Bewerbung führen würde. Zutreffend war dies offensichtlich nur für die erstmalige Zulassung von gesundheitsbezogenen Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos, die zuvor als krankheitsbezogene Bewerbung verboten waren. Der erzieherische Ansatz trat auch dort zu Tage, wenn die Kommission ausführte, dass der Verbraucher davor geschützt werden müsse, ungesunde Lebensmittel in größeren Mengen zu verzehren, weil diese mit nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben beworben würden⁹⁾. So sollten Hersteller auch nicht einfach damit werben, dass Obst gesund sei, sondern lieber dem Verbraucher erklären, warum Obst gesund ist¹⁰⁾ (zur Erläuterung der „Beifügen-Regel“ gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO). Insgesamt zielte die Verordnung darauf ab, irreführender Kennzeichnung und Werbepraktiken vorzubeugen, bevor diese verwendet werden, d. h. durch Einführen eines Zulassungssystems eine vorgelagerte Kontrolle zu etablieren anstelle der bis dahin üblichen nachgelagerten anhand des Irreführungsverbots.

Nicht zufällig durchlebte die HCVO das Gesetzgebungsverfahren gemeinsam mit der VO (EG) Nr. 1925/2006 über den Zusatz von Vitaminen und Mineralstoffen sowie bestimmten anderen Stoffen zu Lebensmitteln („AnreicherungsVO“). Dem lag die Vorstellung zugrunde, dass die beiden Vorschriften ineinander greifend Räume für innovative Produkte eröffnen würden. Mit der VO (EU) Nr. 432/2012 wurde die anfängliche Gemeinschaftsliste gemäß Art. 13 Abs. 3 HCVO veröffentlicht. Das Konzept der HCVO ist dennoch nach wie vor nicht stimmig (siehe hierzu nachfolgend II.). Die Lücken bei Nährwertprofilen, Botanicals, Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos und den Übergangsfristen führen zu Verwerfungen. Daneben gibt es auch nach Jahren der Anwendung der HCVO trotz der zahlreichen hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen eine Vielzahl ungeklärter Fragen, denen nachfolgend unter III. nachgegangen wird. Als positives und negatives Vorbild hat die HCVO auf andere Rechtsbereiche ausgestrahlt (nachfolgend IV.). Wie üblich endet der Beitrag unter V. mit einem kurzen Fazit.

II. Zum Konzept der HCVO

1. Das Konzept

Das Konzept der HCVO ist bis heute nicht vollständig umgesetzt. 6 Augenfällig wird das am Beispiel der Nährwertprofile gemäß Art. 4 Abs. 1 HCVO, die bis heute nicht etabliert wurden. Auch Lebensmittel, deren Verzehr gesundheits- und verbraucherpolitisch nicht erwünscht ist, können demnach nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben tragen. Mit der HCVO sollte ausweislich ihres Erwägungsgrundes 1 für Verbraucher ein hohes Schutzniveau gewährleistet, ihnen aber auch die Wahl erleichtert werden. Gemeint war damit die Wahl „gesunder“ Lebensmittel. Nährwertprofile als Kriterium sollten insbesondere vermeiden, dass „die nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben den Ernährungsstatus eines Lebensmittels verschleiern und so den Verbraucher irreführen können, wenn dieser bemüht ist, durch ausgewogene Ernährung eine gesunde Lebensweise anzustreben“¹¹⁾. Aufgrund des Umstandes, dass „Lebensmittel, die

9) Presseerklärung der Kommission vom 01.10.2003 „Myths and Misunderstandings“, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-03-188_en.htm.

10) „Myths and Misunderstandings“, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-03-188_en.htm.

11) Erwägungsgrund 11 HCVO.

mit entsprechenden Angaben beworben werden“, „vom Verbraucher als Produkte wahrgenommen werden“ können, die „gegenüber ähnlichen oder anderen Produkten, denen solche Nährstoffe oder andere Stoffe nicht zugesetzt sind, einen nährwertbezogenen physiologischen oder anderweitigen gesundheitlichen Vorteil bieten“¹²⁾, sollte „die wissenschaftliche Absicherung ein Hauptaspekt bei der Verwendung der Angaben sein“¹³⁾. Insbesondere sollte eine Angabe „nicht gemacht werden, wenn sie den allgemein akzeptierten Ernährungs- und Gesundheitsgrundsätzen zuwiderläuft oder wenn sie zum übermäßigen Verzehr eines Lebensmittels verleitet oder diesen gutheißt oder von vernünftigen Ernährungsgewohnheiten abbringt“¹⁴⁾. Auch sollten durch nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben Verbraucher nicht zu Entscheidungen veranlasst werden, „die die Gesamtaufnahme einzelner Nährstoffe oder anderer Substanzen unmittelbar in einer Weise beeinflussen, die den einschlägigen wissenschaftlichen Empfehlungen widersprechen“ könnten¹⁵⁾.

7 Dabei sollten die Regelungen neben der wissenschaftlichen Absicherung durch Zulassung aller Angaben auch der erleichterten Überwachung dienen. Die wissenschaftliche Überprüfung bzw. Rechtfertigung von Angaben sollte zentral aufgrund der Zulassung und vorherigen Bewertung durch die EFSA erfolgen. Die lokalen Behörden müssen sich dann mit der jeweiligen Angabe nicht inhaltlich auseinandersetzen, sondern nur prüfen, ob die Angabe von der jeweiligen Zulassung gedeckt ist oder nicht. Somit wurde die Kontrolle der erfassten Angaben in das Zulassungssystem vorverlagert¹⁶⁾.

8 Allgemeine Angaben dazu, warum bestimmte Lebensmittel gesund sein sollten, sollten nicht verboten werden. Allerdings sollten die Unternehmer verpflichtet werden, zu erklären, warum die betreffenden Lebensmittel positive Wirkungen haben¹⁷⁾. Damit sollten vage gesundheitsbezogene Angaben wie z. B. „reinigt den Organismus“, „bewahrt die Jugend“ oder „verlangsamt den Alterungsprozess“ im Ergebnis verboten werden, da es für die betreffenden Erzeugnisse keine speziellen gesundheitsbezogenen Angaben gibt, die diesen gemäß Art. 10 Abs. 3, 1 Abs. 3 HCVO beigefügt werden können¹⁸⁾. Im Ergebnis zielt die HCVO demnach darauf ab, den gesamten Bereich der nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben zum einen nur für Erzeugnisse zu erlauben, die auch tatsächlich einen positiven Beitrag in der menschlichen Ernährung leisten und nur solche Wirkaussagen zu erlauben, die zuvor aufgrund einer wissenschaftlichen Bewertung zugelassen worden sind bzw., soweit diese unspezifisch im Sinne des Art. 10 Abs. 3, 1 Abs. 3 HCVO sind, auf eine zugelassene spezifische Angabe gestützt werden können.

12) Erwägungsgrund 10 HCVO.

13) Erwägungsgrund 17 HCVO.

14) Erwägungsgrund 18 HCVO.

15) Erwägungsgrund 10 HCVO.

16) Siehe hierzu Presseerklärung Myths and Misunderstandings: „The proposed Regulation on claims aims to prevent misleading labelling advertising regarding nutritional and health properties of foods, before it is used and then possibly contested“.

17) Presseerklärung Myths and Misunderstandings: „Claims such as ‚food is healthy‘ will not be banned, but rather the Regulation will ask that the nutritional and/or health benefits should be explained in order to show the benefits of this type of product. It is more informative for the consumer to learn why food is healthy than to simply read a generic claim stating it as fact“.

18) Presseerklärung Myths and Misunderstandings: „There is a risk of confusion between some specific function claims and generic wellbeing claims. This distinction should be made clearly and unambiguously. Numerous products ranging from yoghurts to chocolate, from drinks to fromage frais currently claim that they can ‚purify your organism‘, ‚preserve youth‘, ‚slow down the ageing process‘, etc. All these claims are vague, meaningless and not verifiable. Subtle language use and play on words can be an important part of advertising in general, but on the important subject of health it is important to be vigilant and avoid making claims that do not inform consumers properly. What consumers should find on foods are claims that explain the specific health benefits of a food or food component. So if the yoghurt really purifies the organism, the consumer should be told why and how this is done.“

Hinsichtlich der wissenschaftlichen Absicherung sah das Konzept der HCVO vor, dass im Grundsatz alle gesundheitsbezogenen Angaben auf einer wissenschaftlichen Bewertung auf höchstmöglichem Niveau beruhen sollten¹⁹⁾. Zugleich sah der Verordnungsgeber aber auch vor, dass „andere gesundheitsbezogene Angaben als Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos, die sich auf allgemein anerkannte wissenschaftliche Erkenntnisse stützen“, auf „einer anderen Art von Bewertung und Zulassung“ beruhen sollten²⁰⁾. Die neu eingeführte Gruppe der Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos stellte dabei eine Liberalisierung des bisherigen Werbeumfelds dar, da derartige Angaben zuvor als krankheitsbezogene Bewerbung verboten waren²¹⁾.

Zusammengefasst verfolgt die HCVO demnach folgendes Grundkonzept:

- Schutz der Verbraucher vor Irreführung;
- Zulassung von Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos;
- schlechte Lebensmittel sollen nicht als gute vermarktet werden;
- Verbrauchern soll ggf. erklärt werden, warum Lebensmittel gesund sind;
- wissenschaftliche Absicherung auf differenzierten Niveaus;
- vage Angaben sollten nicht zugelassen werden.

2. Lücken und ihre Konsequenzen

Das vorstehend dargestellte Konzept der HCVO ist nicht geschlossen. Zahlreiche Lücken führen zu Verwerfungen im Hinblick auf die vorstehend dargestellten Ziele. Dabei verstehen wir in diesem Zusammenhang unter dem Begriff der „Lücke“ nicht nur fehlende normative Regelungen, sondern auch im System angelegte Unzulänglichkeiten, die im Ergebnis wie eine gesetzliche Lücke wirken. Beispielhaft sei dies nachfolgend an vier Problemfeldern exemplarisch dargestellt. Hinsichtlich der Nährwertprofile fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, hinsichtlich Botanicals fehlt es an der Umsetzung der Vorschriften, bei Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos ist die Auslegung der bestehenden Regelungen fehlerhaft, bei den Übergangsfristen führen die bestehenden Regelungen zu mit dem Konzept nicht vereinbarenden Verwerfungen.

a) Nährwertprofile

aa) Fehlende Regelung

Das Konzept der Nährwertprofile wurde in den Jahren nach der Veröffentlichung der HCVO breit und kontrovers diskutiert. Während die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit noch zeitnah im Jahr 2008 eine wissenschaftliche Bewertung zum Thema abgab²²⁾, konnten sich die EU Kommission, die Mitgliedstaaten der EU und die anderen Interessensvertreter nicht auf einen gemeinsamen Kompromiss auf ein System zu Nährwertprofilen einigen. Die Komplexität der Diskussionen war enorm, da es am Ende mehr um politische Festlegungen und ökonomische Interessen als um wissenschaftlich eindeutig begründbare Grenzwerte für bestimmte Nährstoffe in Lebensmitteln ging. Seit 2015 hat die EU Kommission einen aufwändigen

19) Erwägungsgrund 23 HCVO.

20) Erwägungsgrund 26 HCVO.

21) Presseerklärung Myths and Misunderstandings: „The proposal will result in a more liberal environment for claims and labelling advertising. Disease-related messages, which were until now totally prohibited by EU legislation, will now be allowed if they can be scientifically substantiated and authorized at EU level“.

22) The setting of nutrient profiles for foods bearing nutrition and health claims pursuant to Article 4 of the Regulation (EC) No 1924/2006, The EFSA Journal (2008), 644, 1-44.

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

Fitness Check gestartet²³), um seine Gesetzgebung zu nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben im Hinblick auf die fehlenden Nährwertprofile und Angaben zu Pflanzen und Pflanzenstoffen in Lebensmitteln einer Prüfung zu unterziehen. Bis heute sind ein Abschluss der Diskussionen und die Lösung der offenen Probleme noch nicht absehbar.

bb) Konsequenzen

- 13 Als Folge der nicht-existenten Nährwertprofile können alle zulässigen nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben auf allen Lebensmitteln gleichermaßen gemacht werden, sofern sie den spezifischen Zulassungsbedingungen für die Angabe und den allgemeinen Forderungen der VO entsprechen. Somit könnten auch Lebensmittel mit hohen Gehalten an Fett, gesättigten Fettsäuren, Zucker oder Salz mit Nährstoffen angereichert werden und ohne weitere Einschränkung Claims tragen, was von Verbraucherorganisationen oder Ernährungswissenschaftlern teilweise scharf kritisiert wird. Der Verbraucher bekommt Informationen zum Brenn- und Nährwert des Lebensmittels nur über die verpflichtende Nährwertkennzeichnung auf dem Etikett und muss selbst entscheiden, ob das Produkt sich für ihn eignet oder nicht.
- 14 Aber was sind eigentlich unerwünschte Lebensmittel, die keine Claims tragen sollten? Gibt es hier eine einfache Lösung? Die Frage ist wissenschaftlich leider nicht leicht zu lösen. Ein Produkt, das reich an Fett oder Zucker ist, muss nicht gleich ungeeignet sein, um ein geeigneter Träger für einen bestimmten Nährstoff zu sein. So benötigen z. B. viele fettlösliche Mikronährstoffe Fett als Basis, um ausreichend bioverfügbar oder effektiv zu sein. Forscher konnten z. B. zeigen, dass man durch die Gabe von 2,2 g Pflanzensterin über eine Portion von 30 g einer belgischen Praline effektiv den Cholesterinspiegel senken kann. Die emulgierte fetthaltige Füllung der Praline war ein ausgesprochen guter Träger für den Nährstoff und half auch, dass die Probanden den gesunden Snack regelmäßig zu sich nahmen. Am Ende kommt es darauf an, welche Gesamtmenge eines unerwünschten Lebensmittels konsumiert wird und welchen Einfluss dies auf die Gesamtaufnahme von gesättigten Fetten, Zucker oder Salz hat. Ist der Beitrag bezogen auf die Tagesaufnahme gering, sollte ein solches Lebensmittel nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden.
- 15 Benötigen wir nach 12 Jahren HCVO ohne Nährwertprofile wirklich Vorgaben, welche Lebensmittel Claims tragen dürfen und welche nicht? Hat der Gesetzgeber nicht schon im Zuge des Zulassungsverfahrens die Möglichkeit, die Zulassung der Angaben einzuschränken oder sogar ganz zu verbieten, falls dies aus ernährungspolitischen Gründen angezeigt ist²⁴? Selbst wenn man am Ende des REFIT-Prozesses das Konzept der Nährwertprofile aus der HCVO streichen sollte²⁵), wäre dies kein Freifahrtschein für Claims auf ernährungsphysiologisch zweifelhaften Lebensmitteln. In Zeiten von „Goldenen Windbeutel“, „Klarheit und Wahrheit“, „Facebook“ und internet-basierten Kampagnen von NGO's sind die Tage schlechter Lebensmittel gezählt und kein seriöses Lebensmittelunternehmen wird sich leichtfertig unlauteren Praktiken hingeben.

23) Das sogenannte Regulatory Fitness and Performance programme (REFIT) hat zum Ziel, dass eine Gesetzgebung „fit for purpose“ ist, regulatorische Hürden minimiert und alle Möglichkeiten der Vereinfachung identifiziert und umgesetzt werden.

24) Siehe EuGH, 08.06.2017 – C-296/16 P, WRP 2017, 927 – Dextro Energy/Europäische Kommission m. Anm. Meisterernst, WRP 2017, 934.

25) Wie von den Autoren schon in *Haber/Meisterernst*, EFFL 1/2011, 27 gefordert.

b) Botanicals

aa) Fehlende Regelung

Auch der Bereich Angaben für Pflanzen und Pflanzenstoffe (Botanicals) ist bisher nicht abschließend geregelt. Nach mehr als 500 negativen Bewertungen durch die EFSA hat die Kommission auf Druck der betroffenen Kreise die Notbremse gezogen und die Bewertung der verbleibenden mehr als 1500 Claims zu Botanicals seit September 2010 ausgesetzt. Das Problem war, dass die wissenschaftlichen Daten zu Botanicals nicht ausreichten, um die Prüfung der Angaben durch die EFSA „auf dem höchstmöglichen Niveau“ zu überstehen. Daten zur traditionellen Verwendung von Pflanzen- und Pflanzenstoffen in der Ernährung wurden nicht als ausreichende Evidenz zur Absicherung eines Claims anerkannt. In einem Diskussionspapier vom August 2018 hat die Kommission den Mitgliedstaaten zwei Handlungsoptionen vorgeschlagen: zum einen die Botanicals wie alle anderen Lebensmittel unter der HCVO laufen zu lassen, zum anderen ein eigenes Regelwerk analog zu traditionellen Arzneimitteln zu erlassen. Aufgrund einer Patt-Situation zwischen den Mitgliedstaaten konnten damals keine harmonisierten Regelungen vorangetrieben werden. Deshalb wurden auch das Thema „Botanicals“ in das REFIT-Programm aufgenommen. Der Kommissionsbericht zum Fitnesscheck wird nicht vor Mitte 2019 erwartet. Mit regulatorischen Maßnahmen ist erst ab 2020 von der neuen Kommission zu rechnen.

bb) Konsequenzen

Aufgrund der Nichtregelung dieses wichtigen Gebietes auf EU-Ebene haben viele Mitgliedstaaten ihre nationalen Ansätze zu Botanicals vorangetrieben. Dadurch wird es in der Zukunft schwieriger werden, noch eine Harmonisierung auf EU Ebene zu erreichen. Das Aussetzen der Bewertung der noch ausstehenden ca. 1500 noch nicht bewerteten Angaben zu Pflanzenstoffen hat darüber hinaus dazu geführt, dass für diese Claims immer noch die Übergangsvorschriften des Art. 28 Abs. 5 HCVO angewendet werden können. Somit gelten bis auf Weiteres die allgemeinen Regelungen der HCVO wie die Irreführungsvorschriften und existierende nationale Regelungen. In der Folge sollten dann auch Verweise gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO auch für die noch nicht bewerteten Claims zu Botanicals anwendbar sein (siehe auch Abschnitt II. 2 d).

Ist es wissenschaftlich korrekt oder nachvollziehbar, für Claims zu Botanicals Sonderrechte vorzusehen? Botanicals werden in oder als Lebensmittel angeboten, um physiologische Effekte zu erzielen. Somit fallen sie wie andere Stoffe erst einmal in den Regelungsumfang der HCVO. Die HCVO sieht nicht vor, dass Claims zu isolierten Substanzen (wie z. B. ein Luteinester aus *Tagetes erecta*) anders bewertet werden, als die von Pflanzenextrakten oder ganzen Pflanzenteilen (wie z. B. ein Extrakt aus *Tagetes erecta*). Angaben zur traditionellen Nutzung von bestimmten Stoffen sind in der HCVO nicht vorgesehen und würden zu einer Ungleichbehandlung von Stoffen innerhalb eines Rechtsrahmens führen, was zur Folge hätte, dass Botanicals einen klaren Marktvorteil gegenüber anderen Stoffen hätten. Anstelle darüber zu diskutieren, wie man Angaben zu Botanicals auf Lebensmitteln noch retten kann, wäre vielmehr eine Analyse notwendig, inwiefern man verschiedene Niveaus der wissenschaftlichen Absicherung bei Claims politisch akzeptieren kann, um auch anderen Stoffen die Chance zu ermöglichen, ein positives EFSA Votum zu erhalten.

c) Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos

aa) Auslegung der Regelungen

- 19 Mit der neu eingeführten Kategorie der Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 HCVO sollte dem Anliegen der Industrie gefolgt werden, Lebensmittel mit funktionellem Zusatznutzen zu entwickeln, zu vermarkten und dann auch entsprechend zu bewerben. Die Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos wurden gemäß Art. 14 Abs. 1 HCVO „ungeachtet des Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b der RL 2000/13/EG“ und somit ungeachtet des Verbotes krankheitsbezogener Bewerbung erlaubt. Die Abgrenzung zwischen unzulässiger krankheitsbezogener Bewerbung und erlaubten Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos wurde jedoch in der HCVO nicht weiter ausgestaltet.
- 20 Die Kriterien hierfür bildeten sich losgelöst von der Intention des Gesetzgebers und dessen Ankündigungen in der Anwendungspraxis der EFSA, die im Antragsverfahren zwischen zulässigen Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos und unzulässigen krankheitsbezogenen Angaben unterscheiden wollte und musste. Die rechtlich gebotene Abgrenzung wurde somit den naturwissenschaftlichen Mitarbeitern der EFSA überlassen. Diese stellten maßgeblich auf den Begriff des „Risikofaktors“ ab und kamen zu dem Schluss, dass immer dann, wenn sich eine Angabe auf einen Risikofaktor für eine Krankheit bezog, die Kategorie anwendbar war. Wurde allerdings das Risiko für eine Krankheit genannt, soll es sich um eine unzulässige krankheitsbezogene Angabe handeln.
- 21 Dabei ist diese Unterscheidung nach den Regelungen der HCVO weder zwingend noch war sie ursprünglich so geplant. Klassische Beispiele für derartige Angaben sollte z. B. die Angabe „Regelmäßiger Verzehr von Calcium verhindert das Risiko an Osteoporose zu erkranken“ sein²⁶. Sie widerspricht auch der klaren Bezeichnung der Angaben, die eben schon „über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos“ lautet. Auch der in Art. 14 Abs. 2 HCVO vorgesehene Warnhinweis über die Verringerung eines Krankheitsrisikos sieht vor, dass zusätzlich angegeben werden muss, dass „die Krankheit, auf die sich die Angabe bezieht, durch mehr Risikofaktoren bedingt ist, und dass die Verringerung eines dieser Risikofaktoren eine positive Wirkung haben kann oder auch nicht“. Auch insoweit wird vorausgesetzt, dass sich die Angabe auf Risikofaktoren für Krankheiten beziehen und eben der Fehlvorstellung vorbeugen soll, dass mit einem Lebensmittel unmittelbar eine Krankheit behandelt oder dieser vorgebeugt werden könnte. Ein kausaler Nachweis hierfür wäre naturgemäß auch schwierig. Die Rechtsauffassung der EFSA machte sich allerdings auch die Kommission zu eigen. Sie wurde auch von der Rechtsprechung gebilligt²⁷ und wird auch in der Literatur übernommen²⁸.

bb) Konsequenzen

- 22 Diese Auslegung bringt für Verbraucher als Adressaten der jeweiligen Angaben keinen Vorteil, sondern nur eine höhere Komplexität bei der entsprechenden gesundheitsbezogenen Angabe. Statt „Regelmäßige Calcium-Zufuhr vermindert das Risiko an Osteoporose zu erkranken“ wird die Angabe wie folgt gefasst: „Calcium trägt dazu bei, den Verlust an Knochenmineralstoffen bei postmenopausalen Frauen zu verringern. Eine geringe Kno-

chenmineraldichte ist ein Risikofaktor für durch Osteoporose bedingte Knochenbrüche“²⁹). Ein Mehrwert der damit dargestellten Kausalitätskette für den Verbraucher ist nicht erkennbar.

Diese Auffassung wirkt sich auch auf antragstellende Lebensmittelunternehmen aus. Derart sperrige Angaben sind wenig werbewirksam, Erzeugnisse können dementsprechend schwer vermarktet werden. Ein Innovationsanreiz für die Entwicklung gesundheitsfördernder Lebensmittel wird damit nicht gesetzt. Dementsprechend finden sich 12 Jahre nach Geltung der HCVO im Register der zugelassenen Angaben der Kommission nur 14 zugelassene Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos, von denen sich mit sieben Angaben genau die Hälfte auf Cholesterinwerte beziehen. Zudem müssen Antragsteller damit rechnen, dass ein von ihnen mühsam konstruierter Risikofaktor von der EFSA und der Kommission als solcher nicht anerkannt wird und der Antrag daran scheitert, dass die Angabe als krankheitsbezogen eingestuft wird³⁰). Glücklicherweise kann sich jedenfalls der Antragsteller schätzen, der den Umstand, dass Knochenbrüche bei älteren Personen häufig auf eine Unterversorgung mit Vitamin D zurückzuführen sind, in die folgende umständliche, aber zugelassene Angabe gefasst hat: „Vitamin D trägt dazu bei, die durch posturale Instabilität und Muskelschwäche bedingte Sturzgefahr zu verringern. Stürze sind bei Männern und Frauen ab 60 Jahren ein Risikofaktor für Knochenbrüche.“ Auf die Idee, Stürze als Risikofaktor für Knochenbrüche zu definieren und in eine gesundheitsbezogene Angabe einzubeziehen, wäre ohne die HCVO wohl niemand gekommen.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Auslegung der Rechtsprechung dazu, welche gesundheitsbezogenen Angaben als spezifisch und welche als unspezifisch anzusehen sind, nicht konsistent ist³¹). Im Ergebnis könnten vermutlich sowohl Verbraucher als auch Industrie mit der gesetzlichen Regelung leben, wenn zumindest bei Verwendung der Angabe eine verkürzte Darstellung gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO als zulässig erachtet würde, solange ihr die spezifische Angabe über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos beigefügt wird. Jedoch ist das Risiko, dass Wettbewerber eine derartige verkürzte Darstellung als unzulässige krankheitsbezogene Bewerbung angreifen, nicht von der Hand zu weisen. Art. 10 Abs. 3 HCVO bezieht aber ausdrücklich die Regelung des Art. 14 HCVO ein. Richtigerweise sollte es daher als zulässig erachtet werden, ein Produkt mit der Angabe „Calcium reduziert das Risiko, an Osteoporose zu erkranken“ zu bewerben, soweit die Verwendungsbedingungen eingehalten sind und die zugelassene spezifische gesundheitsbezogene Angabe über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos beigefügt wird.

d) Übergangsfristen

aa) Bestehende Regelungen

Übergangsbestimmungen finden sich in Art. 28 HCVO. Diese sollen an dieser Stelle nicht vollständig abgehandelt werden. Zwei Problemfelder seien allerdings angesprochen.

Gemäß Art. 28 Abs. 5 HCVO dürfen gesundheitsbezogene Angaben „bis zur Annahme der in Art. 13 Abs. 3 genannten Liste unter der Verantwortung von Lebensmittelunternehmern verwendet werden“, dies gilt auch hinsichtlich der „Claims on Hold“ gemäß Erwägungsgrund 11 der VO (EU) Nr. 432/2012. Dies betrifft die im ursprünglichen Listenaufstellungsverfahren aufgrund einer

26) In ihrer Pressemitteilung vom 16.07.2003, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1022_en.htm, nennt die Kommission folgende Beispiele: „whole grain may keep your heart healthy/may reduce the risk of heart disease“.

27) EuG, 30.04.2014 – T-17/12, ZLR 2014, 472 – Wasser-Claim.

28) Siehe Holle, in: Holle/Hüttenbräuer, HCVO, 1. Aufl. 2018, Art. 2, Rn. 138 ff.

29) So zugelassen gemäß VO (EU) Nr. 1228/2014.

30) So wie es der Angabe „Regelmäßiger Verzehr signifikanter Mengen von Wasser kann das Risiko für die Entwicklung von Dehydration und damit einhergehendem Leistungsabfall deutlich senken“ erging, siehe EuG, 30.04.2014 – T-17/12, ZLR 2014, 472 – Wasser-Claim.

31) Siehe hierzu Meisterernst, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 10, Rn. 23 e ff.

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

Meldung der Mitgliedstaaten gemäß Art. 13 Abs. 2 HCVO zu prüfenden Angaben. Die Prüfung bestimmter „Botanicals“ wurde allerdings seitens der Europäischen Kommission ausgesetzt³²).

- 27 Bekanntlich hat der BGH hieraus abgeleitet, dass die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 HCVO wohl allgemein noch anwendbar sei und es sich bei der VO (EU) Nr. 432/2012 nicht um die Gemeinschaftsliste im Sinne des Art. 13 Abs. 3 HCVO handeln könne³³). Diese Rechtsauffassung ist allerdings umstritten³⁴), und wird demnächst vom EuGH hoffentlich gerade gerückt³⁵). Richtigerweise ist Erwägungsgrund 11 der VO (EU) Nr. 432/2012 aber dahingehend zu verstehen, dass die Regelung des Art. 28 Abs. 5 HCVO einschränkend insoweit auszulegen ist, dass die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 HCVO auf die noch anhängigen Angaben aus dem ursprünglichen Listenaufstellungsverfahren noch weiter anwendbar bleiben soll³⁶).
- 28 Weiterhin wurden gemäß Art. 28 Abs. 6 Buchst. b) HCVO für Angaben über die Entwicklung und Gesundheit von Kindern über Industrieverbände vor dem 19.01.2008, dem in der Regelung vorgesehenen Stichtag, Anträge gestellt³⁷). Etliche dieser Anträge sind noch heute unbearbeitet anhängig und werden zur Bewerbung von Produkten, die für Kinder bestimmt sind, verwendet.
- 29 Hinsichtlich beider hier dargestellter Kategorien von Angaben ist absehbar, dass diese auf unbestimmte Zeit nicht einer Bearbeitung durch die EFSA zugeführt werden; dies wurde auch seitens des EuG als zulässig erachtet³⁸).

bb) Konsequenzen

- 30 Sowohl hinsichtlich der noch zur Bearbeitung anstehenden „Botanicals“ als auch hinsichtlich der nicht weiter bearbeiteten Angaben bezüglich der Entwicklung und Gesundheit von Kindern ist wahrscheinlich, dass diese dauerhaft nicht dem Zulassungssystem der HCVO zugeführt werden. Es entstehen somit Sonderkategorien von Angaben, die eben nicht von der EFSA auf ihre wissenschaftliche Rechtfertigung hin überprüft werden. Das Konzept der HCVO wird somit hinsichtlich dieser Angaben durch eine Anwendung der Übergangsbestimmungen auf unbefristete Zeit konterkariert.

III. Ungeklärtes

- 31 Alle Rechtstexte sind „der Auslegung sowohl fähig wie bedürftig“, „ihre Auslegungsbedürftigkeit“ ist für sich genommen „kein Mangel“, dem man durch eine „möglichst präzise Fassung endgültig abhelfen könnte“³⁹). Dementsprechend ist auch die HCVO in vielerlei Hinsicht interpretationsbedürftig. Bemerkenswert ist aus Sicht der Autoren, dass auch nach einem zwölfjährigen Lernprozess viele grundlegende Fragen bei der Anwendung der HCVO immer noch nicht geklärt sind. Nachfolgend werden einige dieser offenen Fragen ohne Anspruch auf Vollständigkeit kurz dargestellt.

32) Siehe Erwägungsgrund 11 der VO (EU) Nr. 432/2012, die gemäß Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 432/2012 die Gemeinschaftsliste im Anhang festlegt.

33) BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, WRP 2015, 444 – Monsterbacke II; BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 – Vitalpilze.

34) OLG Hamm, 07.10.2014 – 4 U 138/13, WRP 2015, 228 – Bachblütenprodukte; KG, 27.11.2015 – 5 U 96/14, WRP 2016, 265 – Vitalprodukte.

35) Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen C-524/18 vor dem EuGH auf Vorlage des BGH (BGH, 12.07.2018 – I ZR 162/16, WRP 2018, 1062 – B-Vitamine) anhängig.

36) Siehe dazu eingehend *Meisterernst*, WRP 2018, 398, 400.

37) Die eng auszulegen sind, siehe BGH, 26.02.2014 – I ZR 178/12, WRP 2014, 562 – Praebiotik.

38) EuG, 16.09.2015 – T-620/14, www.curia.europa.eu; EuGH, 26.10.2016 – C-596/15 P und C-597/15 P, www.curia.europa.eu – Bionorica und Diapharm.

39) *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 205.

1. Abgrenzung der Kategorien von health claims

Die verschiedenen Kategorien von gesundheitsbezogenen Angaben lassen sich dahingehend in zwei Gruppen einteilen, ob ein qualifizierter Funktionszusammenhang zwischen dem Verzehr des Lebensmittels und der Gesundheit vorliegen muss oder nicht⁴⁰). Unter die erste Kategorie fallen die spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) bis c) HCVO. Werden derartige spezifische Angaben für Kinder gemacht, handelt es sich um eine Angabe im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Buchst. b) HCVO über die Entwicklung und Gesundheit von Kindern. Wird die Reduzierung eines Krankheitsrisikos ausgelobt, handelt es sich um eine Angabe gemäß Art. 14 Abs. 1a HCVO. Soweit die Funktionen des Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 HCVO unspezifisch angesprochen werden, handelt es sich um Angaben betreffend das gesundheitsbezogene Wohlbefinden gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO oder um eine Angabe gemäß Art. 1 Abs. 3 HCVO. In letztere Kategorie fallen die Angaben, die aufgrund ihrer unspezifischen und allgemeinen Formulierungen im Wortlaut nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein können⁴¹). In diese Kategorie fallen auch die verbotenen gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 12 Buchst. a) und b) HCVO.

Hiervon zu unterscheiden sind die gesundheitsbezogenen Angaben, für die nicht notwendigerweise ein qualifizierter Funktionszusammenhang zwischen dem Verzehr des Lebensmittels und der menschlichen Gesundheit und den in Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) bis c), 14 Abs. 1 HCVO benannten Wirkungen bestehen muss. Dies ist der Fall, wenn Lebensmittel oder Lebensmittelkategorien mit dem Attribut „gesund“ oder „gut für die Gesundheit“ beworben werden gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO sowie bei den gemäß Art. 12 Buchst. c) HCVO verbotenen Angaben.

Die Rechtsprechung bezüglich dieser einzelnen Kategorien ist nicht konsistent⁴²). Zwar ist der Begriff der gesundheitsbezogenen Angabe entsprechend den Vorgaben des EuGH⁴³) grundsätzlich weit auszulegen, doch ist die Differenzierung zwischen den verschiedenen Unterkategorien von gesundheitsbezogenen Angaben nicht einheitlich und verbesserungsbedürftig. Insbesondere die Abgrenzung zwischen spezifischen und unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben bzw. Angaben betreffend das allgemeine Wohlbefinden ist für den Rechtsunterworfenen nicht einfach nachzuvollziehen. Das Verbot bestimmter Begriffe wie z. B. „bekömmlich“⁴⁴) oder „detox“⁴⁵) unabhängig von ihrem jeweiligen Bedeutungsgehalt im Hinblick auf die Eigenart des damit beworbenen Produktes und dem damit korrespondierenden Verständnis des Durchschnittsverbrauchers ist fragwürdig⁴⁶).

Es sollte konsequent darauf abgestellt werden, ob die jeweilige Angabe erstens einen qualifizierten Funktionszusammenhang mit den in Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 HCVO genannten Wirkungen zum Ausdruck bringt und ob dieser zweitens so konkret ist, dass er ggf. von der EFSA geprüft werden könnte⁴⁷). Nur so kann die im Konzept der HCVO vorgesehene Privilegierung plakativer und verbraucherfreundlicher Werbeangaben gemäß Art. 10

40) Zum Begriff des qualifizierten Funktionszusammenhangs siehe *Meisterernst*, in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 2, Rn. 28.

41) So auch BGH, 10.12.2015 – I ZR 222/13, WRP 2016, 471, Rn. 25 = ZLR 2016, 325 – Lernstark; BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, WRP 2015, 444, Rn. 36 – Monsterbacke II.

42) Siehe hierzu die eingehende Analyse bei *Meisterernst*, in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 10, Rn. 23 i ff.

43) EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, WRP 2012, 1368, Rn. 38 = ZLR 2012, 602 – Deutsches Weintor.

44) Siehe hierzu jüngst BGH, 17.05.2018 – I ZR 252/16, WRP 2018, 1461 – Bekömmliches Bier m. Anm. *Dück*, WRP 2018, 1466.

45) Siehe hierzu BGH, 29.03.2017 – I ZR 71/16, MD 2017, 578 – Detox.

46) So bezüglich der Entscheidung BGH, 29.03.2017 – I ZR 71/16, MD 2017, 578 – Detox auch *Hagenmeyer*, WRP 2019, 35, Rn. 7, 8.

47) So im Ergebnis auch Durchführungsbeschluss 2013/63/EU, Ziff. 3.

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

Abs.3 HCVO, die mit spezifischen Angaben gemäß Art.13 Abs. 1, 14 Abs. 1 HCVO unterlegt werden müssen, zur Entfaltung kommen. Dabei sind die in der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe⁴⁸⁾ durchaus für eine sinnvolle Abgrenzung geeignet. Sie müssen nur konsequent angewendet werden⁴⁹⁾.

2. Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO

36 Die vorstehend dargestellte mangelnde Differenziertheit bei der Einstufung von Werbeangaben als unspezifisch oder als spezifisch beruht zu einem guten Teil darauf, dass der BGH bislang unverdrossen die Auffassung vertrat, dass die Vorschrift des Art. 10 Abs. 3 HCVO noch nicht anwendbar sein sollte⁵⁰⁾. Mit seinem jüngsten Vorlagebeschluss zum EuGH⁵¹⁾ hat sich der BGH allerdings zumindest inzident von dieser umstrittenen Rechtsauffassung verabschiedet. In dem beim EuGH anhängigen Verfahren⁵²⁾ wird diese ungeklärte offene Frage demnächst hoffentlich endgültig beantwortet.

3. Verhältnis zum Irreführungsverbot

37 Gemäß Art. 3 UAbs. 2 Buchst. a) HCVO dürfen verwendete nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben „nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein“. Dieses Verbot gilt allerdings nur ungeachtet des allgemeinen Irreführungsverbots der RL 2000/13/EG, d.h. gemäß Art. 53 Abs. 2 LMIV ungeachtet des nunmehr geltenden Verbots des Art. 7 LMIV. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in Art. 14 Abs. 1 HCVO, gemäß der die Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos gleichfalls ungeachtet des grundsätzlichen Verbots der krankheitsbezogenen Bewerbung für Lebensmittel gelten. Im Hinblick darauf ist der Begriff „unbeschadet“ im Art. 3 UAbs. 2 Buchst. a) HCVO als eine inhaltliche Bezugnahme auf die Irreführungsvorschriften der LMIV anzusehen.

38 Dementsprechend verbleibt für Art. 3 UAbs. 2 Buchst. a) HCVO eine eigenständige Anwendung vorrangig im Zulassungsverfahren für gesundheitsbezogene Angaben bzw. als Programmsatz für den Gesetzgeber bei Aufnahme neuer nährwertbezogener Angaben in den Anhang⁵³⁾. Grundsätzlich gilt nämlich, dass zugelassene gesundheitsbezogene bzw. nährwertbezogene Angaben, die im Wege einer Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV erlassen wurden, nicht als irreführend beurteilt werden können, da diese als unmittelbare und direkt geltende Normen anzusehen sind⁵⁴⁾.

39 Ungeklärt ist insoweit noch die Frage, ob bei ordnungsgemäßem Beifügen gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO die betreffende unspezifische gesundheitsbezogene Angabe über die Vorgabe des Art. 10 Abs. 3 HCVO hinaus auch am allgemeinen Irreführungsverbot zu messen ist. Angesichts der Natur des Art. 10 Abs. 3 HCVO als Privileg für unspezifische Angaben⁵⁵⁾ ist davon auszugehen, dass solche Angaben in der Regel zulässig sind, wenn die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 HCVO eingehalten werden, es sei denn, dass aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall, z. B. wegen eines atypischen Gebrauchs, doch ein Rückgriff auf die Irreführungsvorschrift des Art. 7 Abs. 1 LMIV geboten ist.

40 Hinsichtlich der notwendigen wissenschaftlichen Absicherung für unspezifische gesundheitsbezogene Angaben gemäß Art. 5, 6

HCVO wird auch das vor dem EuGH anhängige Verfahren „B-Vitamine“⁵⁶⁾ Klarheit bringen. Aller Voraussicht nach wird das Ergebnis dort sein, dass die Vorschriften der Art. 5, 6 HCVO zwar grundsätzlich gelten, aber bei unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben der wissenschaftliche Nachweis (für die unspezifische Angabe!) abschließend dadurch geführt wird, dass eine inhaltlich darauf Bezug nehmende⁵⁷⁾ spezifische gesundheitsbezogene Angabe beigelegt wird.

4. Bioverfügbarkeit

Nicht alle „Claims“ fallen unter den Anwendungsbereich der HCVO, auch wenn die Kommission und die Mitgliedstaaten fälschlich dazu neigen, den Begriff der Angabe zu überdehnen und auch bestimmte objektive Beschaffenheitsangaben als nährwert- oder gar gesundheitsbezogen anzusehen⁵⁸⁾. Auch im Zusammenhang zu Aussagen zur Bioverfügbarkeit von Nährstoffen wurde immer wieder diskutiert, ob es sich hierbei um Aussagen im Sinne der HCVO handeln könnte. Dabei beschreibt die Bioverfügbarkeit nur das Ausmaß, in dem eine Substanz aus ihrer Lebensmittelmatrix freigesetzt und im Körper resorbiert bzw. am Wirkort verfügbar wird⁵⁹⁾. Angaben zur Bioverfügbarkeit deuten weder auf eine besondere positive Nährwerteneigenschaft eines Lebensmittels hin noch beschreiben sie einen Zusammenhang zwischen einem Nährstoff und der Gesundheit⁶⁰⁾. Die Bioverfügbarkeit eines Nährstoffes oder einer anderen Substanz ist vielmehr eine allgemeine Grundbedingung, damit nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben überhaupt gemacht werden dürfen (Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) HCVO). Ist die Verfügbarkeit eines Nährstoffes nämlich nicht ausreichend gegeben oder nachgewiesen, so darf auch nicht auf diesen Nährstoff in Form einer nährwert- oder gesundheitsbezogenen Angabe hingewiesen werden⁶¹⁾.

Aussagen zur Bioverfügbarkeit dürfen gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV nicht irreführend sein, indem dem Lebensmittel Eigenschaften zugeschrieben werden, die es nicht besitzt. Die Aussagen zu einer generellen oder einer verbesserten Bioverfügbarkeit müssen sich somit auf wissenschaftliche Daten stützen und hinreichend abgesichert sein. Zugrundeliegende Daten sollten aus Humanexperimenten kommen, da eine Kausalität für den Menschen aus Tier- oder in-vitro-Studien normalerweise nicht abgeleitet werden kann.

Werden Aussagen zu einer verbesserten Bioverfügbarkeit allerdings in den Kontext zu einer verbesserten gesundheitlichen Wirkung eines Lebensmittels gesetzt, dann fallen solche Angaben unter die HCVO und müssen dementsprechend zugelassen werden.

5. Wissenschaftliche Absicherung

Die wissenschaftliche Absicherung einer gesundheitsbezogenen Angabe ist von großer Bedeutung und muss gemäß Erwägungsgrund 23 der HCVO auf dem „höchsten Niveau“ erfolgen. Diesen Erwägungsgrund hat die EFSA wörtlich genommen und hat ihre Bewertungen der verschiedenen gesundheitsbezogenen Angaben gleichsam „auf höchstem Niveau“ durchgeführt, unabhängig davon, um welche Art von Angabe es sich handelte. Niemand hat sich je gefragt, warum der Gesetzgeber verschiedene Arten von Health Claims und verschiedene Zulassungsverfahren in der HCVO vorsah, wenn am Ende alle Bewertungen gleich durchgeführt werden und der gleiche wissenschaftliche Standard ange-

48) So auch BGH, 10.12.2015 – I ZR 222/13, WRP 2016, 471, Rn. 25 = ZLR 2016, 325 – Lernstark; BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, WRP 2015, 444, Rn. 36 – Monsterbacke II.

49) Zur wünschenswerten Umsetzung siehe *Meisterernst*, WRP 2018, 397.

50) BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, WRP 2015, 444 – Monsterbacke II; BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 – Vitalpilze.

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

52) EuGH, Rs. C-524/18.

53) So auch *Conte-Salinas*, in: *Holle/Hüttebräuker*, HCVO (Fn. 28), Art. 3, Rn. 12; Rn. 14.

54) Siehe hierzu *Meisterernst*, in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 3, Rn. 20; ebenso *Conte-Salinas*, in: *Holle/Hüttebräuker*, HCVO (Fn. 28), Art. 3, Rn. 16.

55) Siehe hierzu *Meisterernst*, WRP 2018, 397, Rn. 11 ff., Rn. 14.

56) EuGH, Rs. C-524/18.

57) Siehe hierzu Durchführungsbeschluss 2013/63/EU.

58) So *Meisterernst*, WRP 2010, 481.

59) *Lexikon der Ernährung*, 2001, Stichwort „Bioverfügbarkeit“.

60) *Haber*, in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 2), Art. 8, Rn. 105 ff.

61) Siehe hierzu *Holle*, in: *Holle/Hüttebräuker*, HCVO (Fn. 28), Art. 8, Rn. 89 oder auch KG, 07.11.2017 – 5 U 175/16, BeckRS 2017, 143463 – N. Original Spiruletten.

Meisterernst/Haber, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?

legt wird. Fakt ist, dass die Absicherung gesundheitsbezogener Angaben auf Humanstudien basieren muss, während Tier- oder in-vitro-Studien nur unterstützend herangezogen werden können⁶².

- 45** Die Folge davon ist, dass bisher nur wenige Anträge auf Zulassung einer gesundheitsbezogenen Angabe die EFSA überzeugen konnten und eine positive Stellungnahme der Behörde erhielten. Liegt es am Ende daran, dass die meisten, bisher eingereichten Daten einfach zu schlecht waren, oder handelt es sich hierbei vielmehr um ein fundamentaleres Problem? Dabei sollten gemäß Erwägungsgrund 26 der HCVO zur Förderung von Innovation gesundheitsbezogene Angaben, die auf neuen wissenschaftlichen Nachweisen beruhen, einem beschleunigten Verfahren unterzogen werden (Art. 13 Abs. 5 HCVO). Eine Auswertung der im Zeitraum von 2008 bis 2018 bearbeiteten Anträge zeigt, dass bis 2012 die Zahl der Anträge auf ein Maximum von ca. 30 anstieg, um danach kontinuierlich auf einstellige Zahlen abzusinken. Die Erfolgsquote der Anträge liegt unter 10%, Bearbeitungsdauer bei erfolgreichen Anträgen lag zwischen zwei und drei Jahren. Somit hat die HCVO ihr Ziel, Innovationen zu unterstützen, völlig verfehlt. Der Anreiz für Unternehmen in Ernährungsforschung zu investieren, sinkt immer mehr ab, da die Erfolgsaussichten für die Zulassung eines Claims äußerst gering sind und die letztendlich erlaubten Angaben dann zumeist so wissenschaftlich und verbraucherunfreundlich formuliert werden, dass ein Unternehmen lieber in Produktentwicklungen a la „frei von (...)“, „100% Natur“ oder „vegetarisch“ investiert.
- 46** Diese ernüchternden Daten zeigen deutlich auf, dass die Hürden für die wissenschaftliche Absicherung von gesundheitsbezogenen Angaben zu hoch angesetzt wurden. Die genutzten Standards mögen noch für Angaben zur Reduzierung eines Krankheitsrisikos zu rechtfertigen sein, aber bei einfachen Angaben zu einer physiologischen Funktion eines Nährstoffs oder eines anderen Stoffs nicht. Die Anforderungen werden der Situation bei Lebensmitteln nicht gerecht und bedürfen daher der Überprüfung⁶³. Wird dies nicht möglichst bald geschehen, werden immer mehr Unternehmen andere Marketingstrategien für ihre Produkte verfolgen und die Idee von besseren und gesünderen Lebensmitteln wird aussterben, da man den gesundheitlichen Nutzen eines neuentwickelten Produktes nicht sinnvoll ausloben kann.

6. Vergleichende nährwertbezogene Angaben

- 47** Art. 9 HCVO befasst sich mit vergleichenden nährwertbezogenen Angaben. Die Regelung ist sprachlich verunglückt, so ist z. B. völlig unklar, was mit der Vorgabe in Art. 9 Abs. 2 HCVO gemeint sein könnte, dass als Vergleichsmaßstab auch Lebensmittel derselben Kategorie anzusehen sein sollen, „deren Zusammensetzung die Verwendung einer Angabe nicht erlaubt“⁶⁴. Ersichtlich sind hiermit Lebensmittel gemeint, die aufgrund eines negativen Nährwertprofils – das es bis heute nicht gibt – keine nährwertbezogenen Angaben tragen dürfen.
- 48** Auch ist unklar, ob die Regelung des Art. 9 HCVO nur für die im Anhang aufgenommenen vergleichenden nährwertbezogenen Angaben „erhöht“, „reduziert“, „energiereduziert“ und „light“ gelten soll⁶⁵. Diesbezüglich ist allerdings mit dem Wortlaut der Vorschrift, die unbeschadet der RL 2006/114/EG gelten soll, davon auszugehen, dass die Regelung des Art. 9 HCVO keines-

falls abschließend ist⁶⁶. Auch die Frage der Zulässigkeit von Äquivalenzangaben ist noch ungeklärt⁶⁷. Jedenfalls kann eine Angabe, dass ein Produkt so viel Vitamin C wie drei Zitronen enthält, auch als Angabe über den hohen Vitamin C-Gehalt des Erzeugnisses und damit als zulässige Angabe im Sinne des Anhangs zur HCVO gesehen werden⁶⁸.

7. Ort der Angabe

Wo und wie spezielle (spezifische) Angaben im Sinne des Art. 10 Abs. 3 bzw. Art. 1 Abs. 3 HCVO genau beizufügen sind, ist gleichfalls noch ungeklärt. Relativ einfach ist noch die zurzeit beim EuGH⁶⁹ anhängige Frage des Beifügens einer spezifischen gesundheitsbezogenen Angabe gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO auf der Packung⁷⁰. Offen ist, ob das Beifügen z. B. auch bei Radio- oder Fernsehwerbung zu erfolgen hat. Nach richtiger Auffassung genügt gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO das Beifügen der spezifischen gesundheitsbezogenen Angabe auf der Verpackung⁷¹. Anders liegt der Fall hingegen bei Art. 1 Abs. 3 HCVO bei Marken und Phantasiebezeichnungen, die als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben verstanden werden können. Für diese wird ein Beifügen auch ggf. in der Aufmachung bzw. Werbung verlangt. Derzeit werden noch viele Marken unter der Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 2 HCVO genutzt. Spätestens mit Ablauf der Übergangsvorschrift am 19.01.2022 dürften die diesbezüglichen Anwendungsfragen in den Fokus der Rechtsanwender rücken.

8. Traditionelle Bezeichnungen

Bekanntlich sind in Art. 1 Abs. 4 HCVO Ausnahmen für bestimmte traditionelle Bezeichnungen wie „Hustenbonbon“ oder „Digestif“ vorgesehen. Hierfür ist eine Ausnahmeregelung notwendig, die gemäß Art. 1 Abs. 4 S. 2 HCVO bei der zuständigen nationalen Behörde eines Mitgliedstaates einzureichen ist. Das Verfahren richtet sich gemäß VO (EU) Nr. 907/2013 zur Festlegung von Regeln für Anträge auf Verwendung allgemeiner Bezeichnungen. Unter dieser Regelung wurden im Jahr 2015 einige Zulassungsanträge eingereicht⁷². Am 01.03.2019, also knapp 12 Jahre nach Geltung der HCVO, wurde jüngst eine Zulassungsverordnung bekannt gemacht⁷³. Die dort genannten traditionellen Bezeichnungen werden allerdings nur für jeweils eigens aufgeführte Mitgliedstaaten erlaubt. Die Frage der praktischen Umsetzung in einem gemeinsamen Binnenmarkt wird dabei seitens des Gesetzgebers der Rechtsprechung überlassen.

9. Phantasiebezeichnungen

Die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 Abs. 3 HCVO gilt auch für Phantasiebezeichnungen. Was hierunter genau zu verstehen ist, ist unklar. Unter die Regelung des Art. 1 Abs. 3 HCVO können, wie sich im Umkehrschluss aus der Regelung des Art. 1 Abs. 4 HCVO ergibt, auch gattungsmäßige Bezeichnungen wie z. B. „Hustenbonbon“ oder „Digestif“ fallen. Insbesondere fallen unter den Begriff der Phantasiebezeichnungen auch Produktnamen, die nicht als Marke geschützt sind, aber der Unterscheidung der Kennzeichnung des Produktes dienen⁷⁴. Dabei ist auch

62) Conte-Salinas, in: Holle/Hüttebräuer, HCVO (Fn. 28), Art. 6, Rn. 6.; Haber, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 6, Rn. 3 und 16.

63) Schon 2011 gefordert von Haber/Meisterernst, EFFL 1/2011, 27.

64) Siehe hierzu eingehend Meisterernst, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 9, Rn. 13.

65) So Guidance Document des Ständigen Ausschusses für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit vom 14.12.2007; Holle, in: Holle/Hüttebräuer, HCVO (Fn. 28), Art. 9, Rn. 9.

66) Siehe hierzu im Einzelnen Meisterernst, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 9, Rn. 11, 12.

67) Dagegen Guidance Document des Ständigen Ausschusses für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit vom 14.12.2007.

68) So Meisterernst, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 9, Rn. 25; im Ergebnis so wohl auch Holle, in: Holle/Hüttebräuer, HCVO (Fn. 28), Art. 9, Rn. 33.

69) EuGH, Rs. C-524/18.

70) Hinsichtlich nährwertbezogener Angaben siehe BGH, 18.05.2017 – I ZR 100/16, WRP 2017, 1471 – Märchensuppe.

71) So Meisterernst, in: Meisterernst/Haber (Fn. 2), Art. 10, Rn. 25.

72) Siehe Hüttebräuer, in: Holle/Hüttebräuer, HCVO (Fn. 28), Art. 1, Rn. 137.

73) VO (EU) 2019/343 v. 28.02.2019.

74) Siehe zu „Phantasiebezeichnungen als Produktnamen“ Meisterernst, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 17, Rn. 69.

durchaus erheblich, ob die Regelung des Art. 1 Abs. 3 HCVO einschlägig ist oder nicht, da die Vorschriften unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Bei Marken und Phantasiebezeichnungen muss das Beifügen der spezifischen gesundheitsbezogenen Angabe auch in der jeweiligen Aufmachung bzw. Werbemaßnahme erfolgen⁷⁵⁾. Auch ist offen, ob hier in gleicher Weise beizufügen ist wie bei Art. 10 Abs. 3 HCVO, da dies gerade bei markenmäßigen Angaben und Phantasiebezeichnungen einschließlich Produktnamen dazu führen könnte, dass die spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben mehrfach auf einer Verpackung anzubringen sind.

IV. Ausstrahlung auf andere Bereiche

52 Die HCVO hat das Recht der Bewerbung von Lebensmitteln mit positiven gesundheitlichen Eigenschaften und Wirkungen grundlegend neu geordnet. Die Verwissenschaftlichung durch das mit der HCVO etablierte Zulassungssystem hat einen wesentlichen Teil der Lebensmittelwerbung neu strukturiert und einem eigenen Rechtsrahmen unterworfen. Damit hat die HCVO als Vorbild auch auf angrenzende Rechtsbereiche wie das Kosmetik- oder Futtermittelrecht ausgestrahlt. Das Recht der Lebensmittelwerbung wurde mit Art. 7 LMIV nachfolgend neu geregelt. Hinsichtlich einzelner Gruppen von Lebensmitteln wurden spezielle Vorschriften in Bezug auf nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in vertikalen Vorschriften getroffen.

1. Der neue Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV

53 Die Anforderungen an die wissenschaftliche Absicherung von Werbeaussagen wurden mit Inkrafttreten des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV im Vergleich zur früheren Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB deutlich abgesenkt. Es kommt nunmehr ausschließlich darauf an, ob das Lebensmittel die ausgelobten Eigenschaften und Wirkungen *besitzt*. Nicht mehr erheblich ist, ob diese Angaben wissenschaftlich gesichert sind, insbesondere in den Diskussionsprozess der Wissenschaft einbezogen worden sind.

54 Insoweit gelten nunmehr die gleichen Anforderungen wie z. B. bei kosmetischen Mitteln⁷⁶⁾. Diesbezüglich hat der BGH bereits zur früher geltenden Regelung des § 27 Abs. 1 S. 1 LFGB hinsichtlich der Bewerbung kosmetischer Mittel die Auffassung vertreten, dass „eine wegen Irreführung unzulässige Werbung über Wirkungen eines kosmetischen Mittels i. S. von § 27 Abs. 1 S. 1 und 2 LFGB folglich nur angenommen werden“ darf, „wenn das betreffende Mittel die behaupteten Wirkungen tatsächlich nicht besitzt“⁷⁷⁾. Dementsprechend sei es ausreichend, wenn *eine* lege artis durchgeführte Untersuchung zu dem Ergebnis führe, dass die betreffenden Wirkaussagen zutreffend sind⁷⁸⁾.

55 Das Anlegen geringerer Anforderungen bei Werbeangaben zu Wirkungen von Lebensmitteln ist aus Sicht des Unionsgesetzgebers auch stimmig: Krankheitsbezogene Bewerbung für Lebensmittel ist ohnehin gemäß Art. 7 Abs. 3 LMIV verboten. Für gesundheitsbezogene Bewerbung gilt das strenge Zulassungserfordernis in Art. 10 Abs. 1 HCVO. Bei Speziallebensmitteln gilt Art. 9 Abs. 1 VO (EU) Nr. 609/2013 (SpezialLMVO). Auch nährwertbezogene Angaben müssen zugelassen sein. Für die verbleibenden Wirkungen für Lebensmittel, die weder krankheits-, gesundheits- noch nährwertbezogen sind, und die somit nicht die menschliche Gesundheit im weiteren Sinne, sondern ausschließ-

lich sonstige Wirkungen (wie z. B. die Schönheit⁷⁹⁾) betreffen, ist ein Angleichen der Anforderungen auf das auch für andere Produkte übliche Niveau aus Gründen der Gleichbehandlung geboten.

2. Neue Verbote

Die Regelungen der HCVO haben dazu geführt, dass die Regelungen bezüglich diätetischer Lebensmittel komplett abgeschafft und durch die SpezialLMVO ersetzt wurden. Aufgrund des Umstandes, dass gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO nur freiwillige Angaben in den Anwendungsbereich der VO fielen und überdies gemäß Art. 1 Abs. 6 Buchst. a) HCVO auch diätetische Lebensmittel vom Anwendungsbereich ausgenommen waren, soweit es spezialrechtliche Regelungen gab, platzierten einige Lebensmittelunternehmer Lebensmittel bevorzugt als diätetische Lebensmittel⁸⁰⁾. Dies führte zur Abschaffung des Konzepts der „Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind“⁸¹⁾. Als Speziallebensmittel sind nunmehr nur noch vier Kategorien von Lebensmitteln geregelt, zu denen zum einen Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. g) SpezialLMVO und Säuglingsanfangsnahrung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) SpezialLMVO und Folgenahrung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) SpezialLMVO gehören⁸²⁾.

a) Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

Auf der Grundlage des Art. 11 SpezialLMVO wurde für Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke die delegierte Verordnung (EU) 2016/128 (LBMZ-VO) erlassen. Gemäß Art. 7 LBMZ-VO sind nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben für diese Produktkategorie nicht zulässig. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Art. 5 Abs. 2 LBMZ-VO verschiedene Pflichtangaben bei Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke verlangt, die somit keine Angaben im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCVO darstellen. Hierzu gehören insbesondere der Pflichtenkreis „zum Diätmanagement bei (...)“, ergänzt durch die Krankheit, die Störung oder die Beschwerden, für die das Erzeugnis bestimmt ist gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. e) LBMZ-VO und die Beschreibung der Eigenschaften und/oder Merkmale, denen das Erzeugnis seine Zweckdienlichkeit verdankt, gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. g) LBMZ-VO. Zu den letztgenannten Angaben gehören auch solche bezüglich „der besonderen Verarbeitung und Formulierung, mit Angaben zu Nährstoffen, die vermehrt, vermindert, eliminiert oder auf andere Weise verändert wurden, sowie die Begründung für die Verwendung des Erzeugnisses“ (Art. 2 Abs. 2 Buchst. g) LBMZ-VO). Zur Begründung wird in Erwägungsgrund 17 der LBMZ-VO angeführt, dass diese Angaben primär für Gesunde und nicht für Kranke geprüft worden seien, zudem seien die Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke unter medizinischer Aufsicht zu verwenden und sollten daher nicht mit solchen Angaben beworben werden.

Hinsichtlich der Angaben gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. g) SpezialLMVO stellt Erwägungsgrund 15 S. 2 SpezialLMVO klar, dass diese nicht als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben im Sinne der HCVO betrachtet werden sollten. Die Angabe bezüglich des Diätmanagements stellt gemäß Erwägungsgrund 25 S. 2 SpezialLMVO keine unzulässige krankheitsbezogene Bewerbung dar. Weiterhin ist gemäß Art. 9 Abs. 5 SpezialLMVO festgelegt, dass die Kennzeichnung, Aufmachung und die Werbung für die verbleibenden Speziallebensmittel über die angemessene Verwendung dieser Lebensmittel informieren müssen. Hierzu

75) Insoweit nicht zutreffend die Auffassung des OVG Sachsen-Anhalt, 08.10.2018 – 3 L 358/17, ZLR 2018, 856, Rn. 89.

76) Siehe hierzu BGH, 21.01.2010 – I ZR 23/07, WRP 2010, 522 – Vorbeugen mit Koffein.

77) BGH, 21.01.2010 – I ZR 23/07, WRP 2010, 522 Rn. 11 a. E. – Vorbeugen mit Koffein.

78) BGH, 21.01.2010 – I ZR 23/07, WRP 2010, 522 Rn. 19 a. E. – Vorbeugen mit Koffein.

79) So auch *Hüttebräuker*, in: *Holle/Hüttebräuker, HCVO* (Fn. 28), Art. 2, Rn. 137.

80) Siehe Erwägungsgründe 9, 11 SpezialLMVO.

81) Siehe Erwägungsgrund 13 SpezialLMVO.

82) Zum Recht der Speziallebensmittel siehe *Meisterernst, Lebensmittelrecht*, 1. Aufl. 2019, § 15, Rn. 56 ff.

gehören auch die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. g) LMBZ-VO genannten Eigenschaften und Merkmale, die zu einer zweckdienlichen Verwendung beitragen.

b) Babynahrung

- 59 Für Säulingsanfangs- und Folgenahrung gilt die delegierte VO (EU) Nr. 2016/127. Dort werden in Art. 8 nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Säuglingsanfangsnahrung verboten. Hierzu wird in Erwägungsgrund 18 der VO ausgeführt, dass diese Erzeugnisse angesichts der besonderen Funktion von Säuglingsanfangsnahrung nicht mit derartigen Mitteln der konventionellen Kommunikation beworben werden sollten. Besondere Vorschriften gelten allerdings gemäß Art. 9 dieser Verordnung für Hinweise, dass entweder nur Laktose enthalten ist, oder das Erzeugnis laktosefrei ist sowie hinsichtlich des Hinweises, dass Docosahexaensäure enthalten ist. Dabei gilt diese Vorschrift sowohl für Säuglingsanfangs- als auch für Folgenahrung. Der delegierte Rechtsakt gilt ab dem 22.02.2020. Für Säuglingsanfangs- und Folgenahrung, die aus Proteinhydrolysaten hergestellt wird, gilt gemäß Art. 13 UAbs. 1 S. 2 VO (EU) 2016/127 eine längere Übergangsfrist bis zum 21.02.2021.

3. Kosmetika

- 60 Hinsichtlich der Bewerbung von kosmetischen Mitteln gilt seit Inkrafttreten der VO (EU) Nr. 1223/2009 (im Folgenden „KosmetikVO“) deren Art. 20 Abs. 1, der ebenso wie Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV darauf abstellt, ob kosmetische Mittel so beworben werden, dass damit „Merkmale oder Funktionen“ vorge täuscht werden, „die die betreffenden Erzeugnisse *nicht besitzen*“. Vergleichbar stellt Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) LMIV darauf ab, ob „dem Lebensmittel Wirkungen oder Eigenschaften zugeschrieben werden, die es *nicht besitzt*“ (Hervorhebung durch die Auto-

ren). Der Regelungsgehalt der beiden Vorschriften ist somit nach ihrem Wortlaut identisch. Dabei geht der BGH davon aus, dass die direkt anwendbare Vorschrift des Art. 20 Abs. 1 KosmetikVO etwaigen Regelungen des § 5 UWG vorgeht⁸³.

Auch wurden auf der Grundlage von Art. 20 Abs. 2 KosmetikVO 61 spezielle Werberegulungen für Kosmetika erlassen. Mit der VO (EU) Nr. 655/2013 vom 10.07.2013 zur Festlegung gemeinsamer Kriterien zur Begründung von Werbeaussagen im Zusammenhang mit kosmetischen Mitteln wurde ein vom System der HCVO abweichender Rechtsrahmen festgelegt, der primär nach wie vor auf die Eigenverantwortung des Werbetreibenden abstellt.

V. Fazit

Die HCVO konnte ihre Versprechen nicht einlösen. Das Konzept ist nur teilweise umgesetzt. Die Anwendungsprobleme sind erheblich. Die HCVO bedürfte dringend einer Revision, um ihren Anliegen, zum einen eine sachgerechte Information der Verbraucher zu gewährleisten, zum anderen aber auch die Entwicklung gesunder Lebensmittel und Innovationen der Lebensmittelindustrie zu fördern, zu erfüllen. In der jetzigen Form ist die Verwendung von Angaben nur teilweise sinnvoll reglementiert, eine verständliche Verbraucherinformation wird eher verhindert als ermöglicht. Nur mit einem weiteren Lernprozess wird es nicht getan sein, wenn man für den Bereich der gesundheits- und nährwertbezogenen Bewerbung von Lebensmitteln einen vernünftigen Rechtsrahmen entwickeln will.

83) BGH, 28.01.2016 – I ZR 36/14, WRP 2016, 463, Rn. 12 – Feuchtigkeits spendendes Gel-Reservoir,.

RA Prof. Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg*

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

INHALT

- I. Einleitung: „Makin' whoopee“
- II. Die Rechtsprechung des Jahres 2018
 1. Art. 1 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 3 VNGA: sofern/wenn eine Angabe „beigefügt“ ist
 - a) BGH – „B-Vitamine“
 - b) OVG Sachsen-Anhalt – „Gelenk-Tabletten Plus“
 2. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 VNGA: Gesundheitsbezogene Angaben
 - a) BGH – „Bekömmliches Bier“
 - b) KG – „Omni Biotic Stress“
 - c) OLG Celle – „probiotisch“
 - d) OLG Bamberg – „Collagen Formel 28“
 - e) KG – „N. Ingwerol Kapseln“

3. Art. 12 Buchst. b) VNGA: Dauer und Ausmaß der Gewichtsabnahme

OLG Bamberg – „12 Wochen 3,6 Kilo weniger“

4. Art. 8 Abs. 1 VNGA: und den in dieser Verordnung festgelegten Bedingungen entsprechen

KG – „N. Original Spiruletten“

III. Fazit für die Praxis: Die Zeiten ändern sich

I. Einleitung: „Makin' whoopee“

„Another season, another reason – for makin' whoopee“ lautet 1 der Refrain zu einem alten Lied von Gus Kahn¹⁾, das er vor rund 90 Jahren für eine Broadway-Show schrieb. Betrachtet man die jüngste Saison der Rechtsprechung zu nährwert- und gesund-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 536.

** Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 19.02.2019 auf den BEHR'S „Health Claims Tagen“ in Köln präsentiert hat; gewidmet Rechtsanwalt *Captain Oelrichs* zur Erinnerung an die Antipoden.

1) Gustav Gerson Kahn wurde 1886 in Koblenz geboren; seine Eltern wanderten in die USA aus, als er drei Jahre alt war. Dort wurde er ein erfolgreicher Textdichter. „Makin' Whoopee“ zählt zu seinen bekanntesten Werken; die Musik stammt von seinem langjährigen Komponisten Walter Donaldson.