

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

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

dfv' Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Franz Hofmann

Die „Rückrechtsprechung“ des BGH: Ein Fall für den EuGH?

1 Herzlich willkommen: Prof. Dr. Christian Alexander ist Mitherausgeber der WRP!

1 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.

Zur Frage der Beteiligung von Teilnehmern an Sportwettkämpfen an den Vermarktungserlösen der Sportverbände

10 Prof. Dr. Joachim Gruber D. E. A.

Kostenerstattung bei Doppelvertretung in Kennzeichensachen

12 Dr. Urs Verweyen

Von Angelegenheiten und Gegenständen: Zur kostenrechtlich „selben Angelegenheit“ i. S. v. § 15 Abs. 2 RVG

16 Benjamin Hiller

Ein Schritt in die richtige Richtung: Zur Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO und zu offenen Fragen

18 Prof. Dr. Peter Ruess LL.M. IP und Dr. Loni Bredies LL.M.

Millionäre dank Millionen Follower: Rechtliche Bewertung der Entscheidungspraxis zum Influencer-Marketing

24 Tristan Radtke und Fabian-Philipp Camen

Des Wortlauts letzter Schluss? Für mehr Rechtssicherheit bei der Kennzeichnung kommerzieller Influencer-Beiträge

29 Günter Barth und Dr. Christoph Corzelius

Geheimnisverrat im Zuge eines Arbeitnehmerrücktritts – Eine Case Study nach der Reform des Datenschutz- und Geschäftsgeheimnisrechts

37 Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena/Balema

EuGH, Urteil vom 04.12.2019 – C-432/18

39 Recht auf Vergessen I

BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13

57 Recht auf Vergessen II

BVerfG, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 276/17

110 Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I

OLG Naumburg, Urteil vom 07.11.2019 – 9 U 6/19

114 Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace II

OLG Naumburg, Urteil vom 07.11.2019 – 9 U 39/18

118 Kommentar von Günter Barth

RA Benjamin Hiller, München*

Ein Schritt in die richtige Richtung: Zur Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO und zu offenen Fragen

Zugleich Besprechung von BGH, 19.09.2019 – I ZR 91/18 – Gelenknahrung III**

INHALT

- I. Na endlich!
- II. Ungeklärte Fragen
 1. Botanicals
 2. Abgrenzung unspezifische/spezifische gesundheitsbezogene Angabe
- III. Fazit

1 Der BGH hat in seiner Entscheidung „Gelenknahrung III“¹⁾ klargestellt, dass die Anwendung von Art. 10 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (im Folgenden: HCVO) grundsätzlich nicht voraussetzt, dass die Listen nach Art. 13 und 14 HCVO vollständig erstellt sind. Damit schließt sich der BGH endlich der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung an und gibt seine viel kritisierte bisherige Rechtsprechung²⁾ ausdrücklich auf. Die Entscheidung ist begrüßenswert. Damit sind aber noch längst nicht alle Fragen um die Anwendung von Art. 10 Abs. 3 HCVO geklärt.

I. Na endlich!

2 Die „Gelenknahrung III“-Entscheidung hat vermutlich für allgemeines Aufatmen gesorgt. Manch einer hat sich in der Vergangenheit zu Recht gefragt, wie lange der BGH den Sonderweg bei der (Nicht-)Anwendung des Art. 10 Abs. 3 HCVO noch weiter beschreiten will. Nach drei Anläufen³⁾ hat der BGH jetzt ein Einsehen und die Anwendung des Art. 10 Abs. 3 HCVO eröffnet. Damit wurde (zumindest inzident) anerkannt, dass die Verordnung (EU) Nr. 432/2012 die Liste nach Art. 13 Abs. 3 HCVO darstellt. Eine große Überraschung war die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung jedoch nicht mehr, da sie sich schon im Rahmen der EuGH-Vorlage des BGH in Sachen „B-Vitamine“⁴⁾ abgezeichnet hatte. Dem EuGH wurde nämlich u. a. die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob einer unspezifischen gesundheitsbezogenen Angabe, die sich auf der Vorderseite der Verpackung findet, eine spezifische Angabe „beigefügt“ i. S. d. Art. 10 Abs. 3 HCVO ist, wenn sich letztere auf der Packungsrückseite befindet.⁵⁾ Dies setzt aber gedanklich die Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO voraus.

Die – sowohl in der Rechtsprechung⁶⁾ als auch (und insbesondere) im Schrifttum⁷⁾ geäußerten – Kritikpunkte zur nunmehr aufgegebenen Rechtsprechung des BGH wurden bereits an zahlreichen Stellen zutreffend aufgearbeitet. Aus diesem Grund wird auf eine nochmalige Wiederholung dieser Kritikpunkte verzichtet. Bemerkenswert bleibt an der „Gelenknahrung III“-Entscheidung, dass der BGH die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung mit einer ungewöhnlich deutlichen Kritik derselben verband. So wurde nicht nur etwas kleinlaut eingeräumt, dass die Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 3 HCVO auch ohne Rücksprache mit dem EuGH festgestellt werden kann, weil Luxemburg diese Frage bereits seit 2014 geklärt hatte, zumal auch der nach Art. 288 Abs. 4 S. 1 AEUV allgemeinverbindliche Durchführungsbeschluss 2013/63/EU eine eindeutige Aussage enthält.⁸⁾ Vielmehr wurde auch ausdrücklich festgehalten, dass die bisherige Rechtsprechung „mit dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 [HCVO] sowie dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung kaum vereinbar“ gewesen wäre und zudem „nicht durchgehend zu sachgerechten Ergebnissen“ geführt habe.⁹⁾

II. Ungeklärte Fragen

1. Botanicals

Wenngleich dies angesichts des Streitgegenstands nachvollziehbar ist, ist es bedauerlich, dass der BGH die Frage gänzlich offengelassen hat, ob Art. 10 Abs. 3 HCVO auf Angaben anwendbar ist, deren Bewertung durch die EFSA oder deren Prüfung durch die Europäische Kommission noch nicht abgeschlossen ist (also insbesondere auf Botanicals), sowie auf bestimmte andere gesundheitsbezogene Angaben, über deren Aufnahme in die Liste zulässiger Angaben die Europäische Kommission noch nicht abschließend befunden hat.¹⁰⁾ Hier wurde die Chance vergeben – wenngleich obiter dictum – auch insofern für mehr Klarheit zu sorgen.

Bekanntlich ist die wissenschaftliche Bewertung für über 1.500 Angaben zu Pflanzen und Pflanzenstoffen (sog. „Botanicals“) durch die EFSA „on hold“ gesetzt worden.¹¹⁾ Gleichzeitig sollen, wie sich aus Erwägungsgrund 11 Verordnung (EG) Nr. 432/2012 ergibt, für diese Angaben die Übergangsvorschriften der Art. 28 Abs. 5 und 6 HCVO fortgelten.

Die weitere Anwendung der Übergangsvorschriften hat gleichzeitig zur Folge, dass Angaben zu „Claims on hold“ grundsätzlich weiter verwendet werden können. Richtigerweise müssen dabei die „Claims on hold“ nicht nur eigenständig mit dem konkret „on hold“ befindlichen Wortlaut im Sinne einer spezifischen Angabe verwendet werden können. Vielmehr ist Art. 10 Abs. 3 HCVO insofern auf „Claims on hold“ analog anzuwenden, dass einer unspezifischen gesundheitsbezogenen Angabe nicht nur „eine in einer der Listen nach Art. 13 oder 14 enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt“ werden kann, sondern die unspezifische Angabe auch durch eine „on hold“ befindliche Angabe gerechtfertigt werden kann.

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

** Abgedruckt in WRP 2019, 1570 ff.

1) BGH, 19.09.2017 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 – Gelenknahrung III.
 2) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 – Vitalpilze; BGH, 12.02.2015 – I ZR 36/11, WRP 2015, 444 – Monsterbacke II; BGH, 12.03.2015 – I ZR 29/13, WRP 2015, 721 – RESCUE-Produkte I.
 3) BGH, 17.01.2013 – I ZR 5/12, WRP 2013, 1179 – Vitalpilze; BGH, 12.02.2015, I ZR 36/11, WRP 2015, 444 – Monsterbacke II; BGH, 12.03.2015 – I ZR 29/13, WRP 2015, 721 – RESCUE-Produkte I.
 4) BGH, 12.07.2018 – I ZR 162/16, WRP 2018, 1062 – B-Vitamine.
 5) BGH, 12.07.2018 – I ZR 162/16, WRP 2018, 1062 Vorlagefrage 1 und Rn. 26 ff. – B-Vitamine.
 6) Vgl. etwa OLG Hamm, 07.10.2014 – I-4 U 138/13, WRP 2015, 228 – Bach-Blütenprodukte; KG, 27.11.2015 – 5 U 96/14, WRP 2016, 265 – Vitamine GESUND.
 7) Vgl. etwa Meisterernst/Haber, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, 34. Akt.-Lfg., Mai 2019, Art. 10 Rn. 21a-21c; Holle/Hüttebräucker, HCVO, 2018, Art. 10 Rn. 61; Meisterernst, WRP 2018, 397.

8) BGH, 19.09.2017 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 Rn. 20 – Gelenknahrung III.

9) BGH, 19.09.2017 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 Rn. 18 – Gelenknahrung III.

10) BGH, 19.09.2017 – I ZR 91/18, WRP 2019, 1570 Rn. 19 – Gelenknahrung III.

11) Erwägungsgrund 10 Verordnung (EG) Nr. 432/2012.

Hiller, Zur Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 HCVO und zu offenen Fragen

- 7 Wenn der Gesetzgeber es nämlich ausdrücklich¹²⁾ für zulässig erachtet, „Claims on hold“ weiterzuverwenden im Sinne einer spezifischen Angabe gemäß Art. 10 Abs. 1 HCVO, müssen die „on hold“ befindlichen Angaben auch einer unspezifischen gesundheitsbezogenen Angabe beigefügt werden können i. S. d. Art. 10 Abs. 3 HCVO. Andernfalls käme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von „on hold“ befindlichen Claims gegenüber anderen gesundheitsbezogenen Angaben. Denn wenn Angaben, die spezifisch i. S. d. Art. 10 Abs. 1 HCVO formuliert sind, trotz fehlender Zulassung verwendet werden dürfen, weil ihre Bewertung durch die EFSA zurückgestellt wurde, müssen auch unspezifische gesundheitsbezogene Angaben durch entsprechende Angaben gerechtfertigt werden können. Denn die HCVO will gerade, dass plakative, verbraucherfreundliche Werbeangaben über die Regelung des Art. 10 Abs. 3 HCVO möglich sein sollen.¹³⁾ Diese Möglichkeit den Rechtsunterworfenen nur deshalb zu verwehren, weil über die Zulassung der „on hold“ befindlichen Angaben noch nicht entschieden wurde, kann aber gerade deshalb nicht richtig sein, weil unklar ist, wann die Bewertung durch die EFSA überhaupt wieder aufgenommen wird und die EFSA nach der Rechtsprechung des EuG und EuGH auch nicht gezwungen werden kann, über entsprechende Anträge zu entscheiden.¹⁴⁾
- 8 Insofern kann einer unspezifischen gesundheitsbezogenen Angabe, der ein „Claim on hold“ beigefügt wird, auch nicht entgegengehalten werden, dass diese irreführend sei. Denn der Gesetzgeber hat die Weiterverwendung von „on hold“ befindlichen Angaben ohne Einschränkung für zulässig erklärt. Die Grenze mag jedoch dort verlaufen, wo die beigefügte Angabe keinen ausreichenden inhaltlichen Bezug zur unspezifischen Angabe aufweist.
- 2. Abgrenzung unspezifische/spezifische gesundheitsbezogene Angabe**
- 9 Zudem bleibt abzuwarten, ob die „Gelenknahrung III“-Entscheidung zu einer stringenteren und vor allem sachgerechteren Abgrenzung der Kategorien gesundheitsbezogener Angaben führt.
- 10 Bekanntlich unterscheidet die HCVO zwischen spezifischen und unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben. Bislang wird die Abgrenzung dieser Kategorien uneinheitlich gehandhabt, wobei es mitunter zu sehr zweifelhaften Einstufungen kam.¹⁵⁾ Zur Erinnerung: Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der gesundheitsbezogenen Angabe zwar weit auszulegen.¹⁶⁾ Eine spezifische gesundheitsbezogene Angabe liegt gleichwohl nur dann vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der Gesundheit einerseits und der Lebensmittelkategorie, dem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile andererseits besteht, der auf die Fallgruppen der Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 HCVO abzielt (sog. qualifizierter Funktionszusammenhang).¹⁷⁾ Es genügt also nicht jegliche abstrakte Aussage zur Gesundheit oder die bloße Nennung einer körperbezogenen Wirkung, um eine spezifische gesundheitsbezogene Angabe bejahen zu können. Eine unspezifische gesundheitsbezogene Angabe liegt hingegen vor, wenn die Aussage derart allgemein und pauschal gehalten ist, dass sie nicht Gegenstand einer Zulassung sein könnte und von der EFSA auch nicht geprüft werden könnte.¹⁸⁾
- 11 Vor diesem Hintergrund ist es aber nur schwer nachvollziehbar, wie Gerichte zu dem Ergebnis kommen können, dass Angaben

wie „Repair-Kapseln“¹⁹⁾ oder „detox“²⁰⁾ ebenso spezifische gesundheitsbezogene Angaben darstellen sollen wie Slogans wie „Gut für die Stimme.“²¹⁾ Spezifische gesundheitsbezogene Wirkungen gemäß Art. 13 Abs. 1 Buchst. a)-c) HCVO sind bei diesen Angaben aber nicht erkennbar (und erst recht liegen keine Angaben nach Art. 14 Abs. 1 HCVO vor). Richtigerweise hätte man diese Angaben daher als unspezifisch i. S. d. Art. 10 Abs. 3 HCVO ansehen müssen.²²⁾

Bislang waren aber Gerichte, die (ergebnisorientiert betrachtet) Aussagen als nicht mit der HCVO vereinbar ansahen, dazu gezwungen, den Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 HCVO überzustrapazieren. Denn selbst wenn die jeweiligen Angaben auch nach Maßstab von Art. 10 Abs. 3 HCVO unzulässig gewesen wären (insbesondere, weil keine korrespondierende spezifische gesundheitsbezogene Angabe beigefügt war), war der Weg über Art. 10 Abs. 3 HCVO verschlossen, solange die Gerichte nicht von der bisherigen BGH-Rechtsprechung abweichen wollten.

Es bleibt zu hoffen, dass infolge der „Gelenknahrung III“-Entscheidung die Gerichte in Zukunft unspezifische genauer von spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben abgrenzen und so zu sachgerechteren und vor allem auch nachvollziehbaren Entscheidungen kommen. Nun, da auch der Weg über Art. 10 Abs. 3 HCVO offen steht, sollten Gerichte sorgfältig prüfen, ob die in Rede stehende Angabe so hinreichend konkret gefasst ist, dass sie Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein könnte und zudem einen qualifizierten Funktionszusammenhang mit den in Art. 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 HCVO genannten Fallgruppen aufweist.

Dabei ist es jedoch notwendig, Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) HCVO einschränkend dahingehend auszulegen, dass nicht jede Bezugnahme auf eine menschliche Körperfunktion ausreicht, sondern vielmehr die Körperfunktion die menschliche Gesundheit betreffen muss. Wäre die bloße Bezugnahme auf die Beeinflussung von Körperfunktionen i. S. d. Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) HCVO ausreichend, wären kaum noch Aussagen zu Lebensmitteln denkbar, die nicht der HCVO unterfallen würden. Nicht jede Wirkung, die der Verzehr eines Lebensmittels im menschlichen Körper auslöst, soll die Annahme einer gesundheitsbezogenen Angabe rechtfertigen. Denn es ist gerade das Wesen eines jeden Lebensmittels, (ernährungs-)physiologische Wirkungen im menschlichen Körper zu verursachen, Stoffwechselprozesse anzustoßen, vom Körper verwertet zu werden und so Körperfunktionen zu beeinflussen.²³⁾ Die bloße Bezugnahme auf metabolische (nicht gesundheitsbezogene) Wirkungen des Verzehrs eines Lebensmittels auf den menschlichen Körper ist demnach auch kein taugliches Abgrenzungskriterium für die Frage, ob eine Aussage gesundheitsbezogen ist oder nicht.

Nur auf diese Weise kann der gesetzgeberischen Intention endlich Rechnung getragen werden, dass unspezifische gesundheitsbezogene Angaben durch die Vorschrift des Art. 10 Abs. 3 HCVO privilegiert werden sollten.²⁴⁾

III. Fazit

Die „Gelenknahrung III“-Entscheidung beendet endlich den Alleingang des BGH und stellt klar, dass Art. 10 Abs. 3 HCVO anwendbar ist. Wenngleich noch nicht alle damit verbundenen Details geklärt sind, ist diese Entscheidung begrüßenswert.

12) Erwägungsgründe 10 und 11 Verordnung (EG) Nr. 432/2012.

13) *Meisterernst/Haber*, WRP 2019, 413 Rn. 35.

14) EuGH, 27.11.2017 – C-596/15 P und C-597/15 P, www.curia.europa.eu – Bionoria und Diapharm; EuG, 16.09.2015 – T-620/14, www.curia.europa.eu.

15) So auch *Meisterernst/Haber*, WRP 2019, 413, Rn. 34.

16) EuGH, 06.09.2012 – C-544/10, WRP 2012, 1368, Rn. 34 – Deutsches Weintor.

17) Siehe hierzu auch *Meisterernst/Haber* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 28.

18) *Meisterernst/Haber* (Fn. 7), Art. 10 Rn. 23.

19) So wohl BGH, 07.04.2016 – I ZR 81/15, WRP 2016, 1359 Rn. 33 – Repair-Kapseln.

20) BGH, 06.12.2017 – I ZR 167/16, www.bundesgerichtshof.de, Rn. 9.

21) OLG Hamburg, 26.10.2017 – 3 U 65/17, WRP 2018, 489 Rn. 37 ff. – Gut für die Stimme.

22) Ebenso *Meisterernst/Haber* (Fn. 7), Art. 10 Rn. 23i.

23) Vgl. insofern auch die st. Rspr. EuGH zum Erfordernis einer „nennenswerten“ Auswirkung auf den Stoffwechsel bei der Abgrenzung Lebensmittel/Arzneimittel; EuGH, 15.11.2007 – C-319/05, WRP 2008, 87 Rn. 60 – Knoblauchkapseln.

24) *Meisterernst*, WRP 2018, 397 Rn. 13 und 15.