



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 29/13

Verkündet am:
12. März 2015
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

RESCUE-Produkte

Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Art. 4 Abs. 3, Art. 10 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 2

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Art. 4 Abs. 3, Art. 10 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. Nr. L 404 vom 30. Dezember 2006, S. 9) in der zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1047/2012 der Kommission vom 8. November 2012 (ABl. Nr. L 310 vom 9. November 2012, S. 36) geänderten Fassung folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 oder 20 ml und als Spray über Apotheken vertriebene, als Spirituosen bezeichnete Flüssigkeiten mit einem Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, wenn nach den auf ihren Verpackungen gegebenen Dosierungshinweisen

- a) vier Tropfen der Flüssigkeit in ein Wasserglas zu geben und über den Tag verteilt zu trinken oder bei Bedarf vier Tropfen unverdünnt zu sich zu nehmen sind,
- b) zwei Sprühstöße der als Spray vertriebenen Flüssigkeit auf die Zunge zu geben sind?

2. Falls die Fragen zu 1 a und b zu verneinen sind:

Müssen auch bei Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung vorliegen?

3. Gilt die Bestimmung des Art. 28 Abs. 2 Halbs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, wenn das betreffende Produkt unter seinem Markennamen vor dem 1. Januar 2005 nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet wurde?

BGH, Beschluss vom 12. März 2015 - I ZR 29/13 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Koch und Feddersen

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Art. 4 Abs. 3, Art. 10 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. Nr. L 404 vom 30. Dezember 2006, S. 9) in der zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1047/2012 der Kommission vom 8. November 2012 (ABl. Nr. L 310 vom 9. November 2012, S. 36) geänderten Fassung folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
 1. Sind in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 oder 20 ml und als Spray über Apotheken vertriebene, als Spirituosen bezeichnete Flüssigkeiten mit einem Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, wenn nach den auf ihren Verpackungen gegebenen Dosierungshinweisen

- a) vier Tropfen der Flüssigkeit in ein Wasserglas zu geben und über den Tag verteilt zu trinken oder bei Bedarf vier Tropfen unverdünnt zu sich zu nehmen sind,
- b) zwei Sprühstöße der als Spray vertriebenen Flüssigkeit auf die Zunge zu geben sind?

2. Falls die Fragen zu 1 a und b zu verneinen sind:

Müssen auch bei Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung vorliegen?

3. Gilt die Bestimmung des Art. 28 Abs. 2 Halbs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, wenn das betreffende Produkt unter seinem Markennamen vor dem 1. Januar 2005 nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet wurde?

Gründe:

- 1 I. Die Beklagte vertreibt in Deutschland über Apotheken Bach-Blüten-Produkte, darunter sogenannte "RESCUE"-Produkte in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 oder 20 ml und als Spray. Diese tragen die Bezeichnung

"Spirituose" und haben einen Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent. Ihre Produktverpackungen enthalten die folgenden Dosierungshinweise:

ORIGINAL RESCUE TROPFEN

4 Tropfen in ein Wasserglas geben und über den Tag verteilt trinken oder bei Bedarf 4 Tropfen unverdünnt zu sich nehmen.

RESCUE NIGHT SPRAY

2 Sprühstöße auf die Zunge geben.

2 Die Klägerinnen vertreiben nach ihrem Vortrag auf dem deutschen Markt ebenfalls Bach-Blüten-Produkte. Mit der Klage haben sie in erster Linie ein generelles Verbot des Vertriebs von Bach-Blüten-Produkten durch die Beklagte ohne arzneimittelrechtliche Zulassung oder Registrierung erstrebt. Außerdem haben sie sich gegen eine Vielzahl von Werbeaussagen sowie gegen den Marktauftritt der Beklagten mit den "RESCUE"-Produkten mit der Begründung gewandt, die Beklagte werbe in wettbewerbswidriger Weise für alkoholhaltige Getränke mit Hinweisen auf eine gesundheitsfördernde oder gesundheitlich unbedenkliche Wirkung.

3 Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe unter den angegriffenen Bezeichnungen das unveränderte Produkt schon vor dem 1. Januar 2005 in Verkehr gebracht.

4 Das Landgericht hat die Beklagte gemäß ihrem Anerkenntnis zur Unterlassung einzelner Werbeaussagen mit der Bezeichnung "Bach-Blüten" verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, haben die Klägerinnen im zweiten Rechtszug hilfsweise beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr als Spirituosen gekennzeichnete Produkte unter der Bezeichnung "RESCUE TROPFEN" und/oder "RESCUE NIGHT SPRAY" zu bewerben und/oder zu vertreiben.

5 Die Berufung der Klägerinnen hatte insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht die Beklagte nach diesem Hilfsantrag zur Unterlassung verurteilt hat (OLG München, LMuR 2013, 87 = LRE 67, 357).

6 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerinnen beantragen, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage mit diesem Hilfsantrag.

7 II. Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung der Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1, Art. 10 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. Nr. L 404 vom 30. Dezember 2006, S. 9) in der zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1047/2012 der Kommission vom 8. November 2012 (ABl. Nr. L 310 vom 9. November 2012, S. 36) geänderten Fassung (nachfolgend: Verordnung (EG) Nr. 1924/2006) ab. Vor einer Entscheidung ist deshalb das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

8 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, den Klägerinnen stehe der von ihnen im zweiten Rechtszug hilfsweise geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG zu, weil die Bewerbung und der Vertrieb der als Spirituosen gekennzeichneten Produkte unter den Bezeichnungen "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" gegen Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel verstießen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

9 Die Klägerinnen seien als Mitbewerberinnen zur Geltendmachung des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs berechtigt, weil jedenfalls zwischen den von ihnen vertriebenen Nahrungsergänzungsmitteln und den Bach-Blüten-Präparaten der Beklagten Warennähe bestehe, die ein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründe. Die Klägerinnen hätten auch hinreichend substantiiert dargelegt, dass ihre unternehmerische Tätigkeit auf den Absatz entsprechender Produkte gerichtet sei.

10 Die angegriffenen "RESCUE"-Produkte seien alkoholische Getränke, die nach Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen dürften. Dies gelte grundsätzlich für alle zum allgemeinen menschlichen Verzehr bestimmten Flüssigkeiten, deren Alkoholgehalt 1,2 Volumenprozent übersteige. Darreichungen in flüssiger Form seien nach dem Schutzzweck dieser Verordnung nur dann ausgenommen, wenn es sich um Nahrungsergänzungsmittel handele. Dies sei bei den Bach-Blüten-Produkten der Beklagten nicht der Fall. Die Bezeichnung "RESCUE" enthalte eine gesundheitsbezogene Angabe. Sie löse beim angesprochenen Verkehr die Vorstellung aus, dass man die Produkte zur Rettung aus einer schlechten gesundheitlichen Situation einsetzen könne. Damit bestehe ein Zusammenhang zwischen der Angabe und einer Verbesserung des Gesundheitszustandes.

11 2. Der Erfolg der gegen diese Beurteilung gerichteten Revision der Beklagten hängt von der Antwort auf die eingangs gestellten Fragen ab.

12 a) Der Senat geht davon aus, dass das Berufungsgericht den in der Revisionsinstanz noch streitgegenständlichen Hilfsantrag mit Recht als zulässig angesehen und zutreffend angenommen hat, dass zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht und die Klägerinnen die Beklagte

daher bei wettbewerbswidrigem Verhalten gemäß § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch nehmen können.

- 13 b) Der Senat neigt der Ansicht zu, dass sich die Revision mit Recht gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, die "RESCUE"-Produkte der Beklagten seien alkoholische Getränke im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (Vorlagefrage 1 a und b). Die sich in diesem Zusammenhang stellenden unionsrechtlichen Fragen erscheinen jedoch noch nicht abschließend geklärt, so dass eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV geboten ist (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 11. September 2008 - C-428/06 bis C-434/06, Slg. 2008, I-6747 = EuZW 2008, 758 Rn. 42 - UGT Rioja u.a.).
- 14 aa) Nach Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 dürfen Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen (Unterabs. 1). Zulässig sind nur nährwertbezogene Angaben, die sich auf einen geringen Alkoholgehalt oder eine Reduzierung des Alkoholgehalts oder eine Reduzierung des Brennwertes beziehen (Unterabs. 2). Nicht als Getränke im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 gelten nach deren Erwägungsgrund 13 allerdings Nahrungsergänzungsmittel, die in flüssiger Form dargereicht werden und mehr als 1,2 Volumenprozent Alkohol enthalten.
- 15 bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG darstellt, deren Verletzung geeignet ist, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Januar 2011 - I ZR 22/09, GRUR 2011, 246 Rn. 12 = WRP

2011, 344 - Gurktaler Kräuterlikör; Urteil vom 9. Oktober 2014 - I ZR 167/12, GRUR 2014, 1224 Rn. 11 = WRP 2014, 1453 - ENERGY & VODKA). Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die nach ihrem Artikel 4 in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, kennt zwar keinen der Bestimmung des § 4 Nr. 11 UWG entsprechenden Unlauterkeitstatbestand. Dieser Umstand steht der Anwendung der genannten Vorschrift aber deshalb nicht entgegen, weil die Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten und damit die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nach Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2013 - I ZR 5/12, GRUR 2013, 958 Rn. 22 = WRP 2013, 1179 - Vitalpilze).

16 cc) Nach Ansicht des Berufungsgerichts fallen unter das in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 enthaltene, weit zu verstehende Tatbestandsmerkmal "Getränk" mit Ausnahme von Nahrungsergänzungsmitteln alle zum allgemeinen menschlichen Verzehr bestimmten Flüssigkeiten, deren Alkoholgehalt 1,2 Volumenprozent übersteigt. Aus der auf den Etiketten der "RESCUE TROPFEN" angegebenen Verzehrempfehlung - "4 Tropfen in ein Wasserglas geben und über den Tag verteilt zu sich nehmen" - folge, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen "Bach Blüten in flüssiger Form" um Getränke handele. Der Senat hat Bedenken, mit dieser Begründung die in Fläschchen und als Spray vertriebenen Flüssigkeiten als Getränke im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 einzuordnen.

17 (1) Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sind in Deutschland "Getränke" alle flüssigen Lebensmittel, die aus Tassen, Gläsern oder ähnlichen Behältnissen getrunken werden. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, dass im

Rahmen der unionsrechtlichen Begriffsbestimmung unter "Getränken" etwas anderes als nach deutschem Sprachgebrauch zu verstehen ist (vgl. Rathke in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 6 und C 101, 150. Lief. November 2012, Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 Rn. 35). Das Berufungsgericht hat demgegenüber angenommen, der umfassende und insbesondere in den Erwägungsgründen 9 und 12 zum Ausdruck kommende Schutzzweck der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 erfordere deren weite Auslegung. Daraus lässt sich allerdings kein über den Wortsinn hinausgehendes Verständnis des Begriffs "Getränke" herleiten.

- 18 (2) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat im Blick auf das ausnahmslose Verbot gesundheitsbezogener Angaben für alkoholische Getränke im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 darauf hingewiesen, dass der Gesundheitsschutz nach den Erwägungsgründen 1 und 18 dieser Verordnung zu deren Hauptzwecken gehört und alkoholische Getränke wegen der Abhängigkeits- und Missbrauchsrisiken sowie der erwiesenen komplexen schädigenden Wirkungen des Alkoholkonsums eine spezielle Lebensmittelkategorie darstellen, die einer besonders strengen Regelung unterliegt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. September 2012 - C-544/10, GRUR 2012, 1161 Rn. 45 und 48 = WRP 2012, 1368 - Deutsches Weintor, mwN). Diese Erwägungen erfordern keine Einordnung der "RESCUE"-Produkte als alkoholische Getränke im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, da sie bestimmungsgemäß nur in ganz geringen Mengen und nicht im Hinblick auf eine berauschende Wirkung zu konsumieren sind. Dies gilt im Ergebnis sowohl für das "RESCUE NIGHT SPRAY" als auch für die "RESCUE TROPFEN".

19 Gegen eine Einordnung des Produkts "RESCUE NIGHT SPRAY" als alkoholisches Getränk im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 spricht nach Ansicht des Senats, dass dieses Produkt - nicht anders als etwa Atemsprays, die der Verkehr unabhängig von einem etwaigen Alkoholgehalt ebenfalls nicht als Getränk ansieht - bestimmungsgemäß in den Mundraum gesprüht und dort praktisch absorbiert wird. Das Erzeugnis ist danach nicht dazu bestimmt, getrunken zu werden. Es sind keine Umstände ersichtlich, die dafür sprechen könnten, dass der Durchschnittsverbraucher ein Spray wie das hier zu beurteilende "RESCUE NIGHT SPRAY" als alkoholisches Getränk auffasst.

20 Dasselbe gilt für die "RESCUE TROPFEN", die - wie auf ihrer Verpackung beschrieben - bei Bedarf unverdünnt tropfenweise eingenommen werden und die bis zu ihrer Resorption im Mund verbleiben. Aber auch soweit die Tropfen - mit Speichel vermischt - geschluckt oder - entsprechend der alternativen Verzehrempfehlung auf der Verpackung - mit einem Glas Wasser getrunken werden, führt dies nicht zu ihrer Qualifizierung als Getränk im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006. Diese Formen der Aufnahme des Produkts ändern nichts daran, dass der Verbraucher das Produkt bestimmungsgemäß nur tropfenweise unverdünnt oder verdünnt als Zusatz zu einem Getränk (Wasser) zu sich nimmt und dem Körper damit selbst bei regelmäßiger Einnahme keine Alkoholmenge zugeführt wird, die als gesundheitsschädlich eingeordnet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 17 = WRP 2014, 1184 - Original Bach-Blüten). Der Schutzzweck der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, der ersichtlich "herkömmliche" oder "gängige" alkoholische Getränke im Blick hat (vgl. auch Haber in Meisterernst/Haber, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, 18. Lief. November 2012, Art. 4 Rn. 37a), spricht damit ebenfalls gegen eine Einordnung der "RESCUE TROPFEN" der Beklagten als Getränk im Sinne der

Verordnung (ebenso im Ergebnis Rathke in Zipfel/Rathke aaO C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 6).

21 (3) Eine von den Verzehrempfehlungen abweichende höhere Dosierung liegt nach den gegebenen Umständen fern, so dass ein solcher Konsum auch nicht im Sinne von Art. 2 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit erwartet werden kann. Die Revision weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, dass der Vertrieb über Apotheken, die Darreichungsform als Spray und in einer Pipettenflasche, die sehr kleinen Abpackungen von 10 ml oder 20 ml sowie der Preis dagegen sprechen, dass die "RESCUE"-Produkte der Beklagten entgegen den Dosierungsangaben als Rauschmittel konsumiert werden.

22 (4) Der vorstehenden Beurteilung entspricht es, dass nach Erwägungsgrund 13 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 auch flüssige Nahrungsergänzungsmittel mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent, die aufgrund der Art und Weise ihrer Verwendung den im Streitfall in Rede stehenden Bach-Blüten-Präparaten bei wertender Betrachtung näher stehen als herkömmliche alkoholische Getränke, generell nicht als Getränke angesehen werden (differenzierend nach der Darreichungsform allerdings Rathke in Zipfel/Rathke aaO C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 6). Dieser Beurteilung steht daher auch nicht entgegen, dass die streitgegenständlichen "RESCUE"-Produkte wegen ihres 15 Volumenprozent übersteigenden Alkoholgehalts Spirituosen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 110/2008 zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen sowie zum Schutz geographischer Angaben für Spirituosen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1576/89 sind und als solche

gekennzeichnet werden (vgl. BGH, GRUR 2014, 1013 Rn. 17 - Original Bach-Blüten).

- 23 (5) Bei diesen Gegebenheiten kommt es nicht mehr darauf an, ob - wie die Revision weiterhin vorbringt - der Annahme eines alkoholischen Getränks auch entgegensteht, dass - was als naheliegend erscheint - der für die Anwendung des Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 maßgebliche Wert von 1,2 Volumenprozent Alkohol infolge einer Vermischung mit Speichel oder Wasser unterschritten wird.
- 24 c) Sollten die Fragen zu 1 a und b verneint werden, kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden, ob den Klägerinnen der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus anderen Gründen zusteht. In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, ob auch bei Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Nachweise im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung vorliegen müssen (Vorlagefrage 2).
- 25 aa) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass es sich bei den angegriffenen Bezeichnungen "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" um gesundheitsbezogene Angaben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 handelt. Auch der Senat sieht in den Bezeichnungen gesundheitsbezogene Angaben im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006.
- 26 (1) Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Bedeutung des Begriffs "RESCUE" sei den angesprochenen, der englischen Sprache heutzutage kundigen Verkehrskreisen bekannt. Die Bezeichnung löse bei den angesprochenen

Verbrauchern die Vorstellung aus, dass die Tropfen und das Spray zur Rettung aus einer schlechten gesundheitlichen Situation einzusetzen seien und deshalb eine die gesundheitliche Situation verbessernde Wirkung hätten. Es bestehe damit ein Zusammenhang zwischen den gesundheitsbezogenen Angaben "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" einerseits und einer Verbesserung des Gesundheitszustands andererseits. Die gegen diese tatrichterliche Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision sieht der Senat nicht als durchgreifend an.

27

(2) Das Berufungsgericht ist unausgesprochen davon ausgegangen, die Bezeichnung "RESCUE", die keine rechtlich zwingend vorgeschriebene Kennzeichnung sei, suggeriere, das unter dieser Bezeichnung vertriebene Lebensmittel besitze insofern besondere Eigenschaften, als es zur Rettung in negativen Situationen geeignet sei. Dies rechtfertigt zwar für sich allein gesehen noch nicht die Annahme, die damit verbundene Angabe im Sinne von Artikel 2 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 sei auch gesundheitsbezogen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 dieser Verordnung. Für den Verkehr, dem Gesundheitsprodukte in Tropfen- oder Sprayform bekannt sind, ergibt sich aber aus der Art der Produkte, ihrer Anwendungsweise und ihrer hierauf bezogenen Bezeichnung als "RESCUE TROPFEN" beziehungsweise "RESCUE NIGHT SPRAY", dass damit eine Rettung aus einer in gesundheitlicher Hinsicht negativen physischen oder psychischen Lage gemeint ist und die Produkte daher das gesundheitliche Wohlbefinden verbessern sollen. Dies reicht für die Bejahung eines zumindest weiten Zusammenhangs aus. Der Streitfall ist insoweit anders gelagert als derjenige, der der Senatsentscheidung "Original Bach-Blüten" zugrunde gelegen hat. Die Bezeichnung "Original Bach-Blüten" ist für sich genommen in Bezug auf die Gesundheit neutral und stellt daher auch für Verbraucher, die wissen, dass diese Präparate das seelische Gleichgewicht wiederherstellen sollen, keine gesundheitsbezogene Angabe dar (vgl. BGH, GRUR 2014,

1013 Rn. 29 - Original Bach-Blüten). Demgegenüber stellen die im Streitfall angegriffenen Bezeichnungen auch für sich betrachtet einen jedenfalls mittelbaren Zusammenhang zwischen ihren behaupteten besonderen Eigenschaften und der Gesundheit her.

28 bb) Der Einordnung der angegriffenen Bezeichnungen als gesundheitsbezogene Angaben steht nicht entgegen, dass diese keine nach Art. 13 oder 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 zulassungsfähigen Angaben, sondern lediglich einen Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden im Sinne von Art. 10 Abs. 3 dieser Verordnung enthalten.

29 (1) Bei Verweisen im Sinne dieser Bestimmung handelt es sich um gesundheitsbezogene Angaben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (vgl. BGH, GRUR 2013, 958 Rn. 11 - Vitalpilze; BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 36/11, juris Rn. 36 - Monsterbacke II; Meisterernst in Meisterernst/Haber aaO 21. Lief. November 2013, Art. 10 Rn. 18; Rathke in Zipfel/Rathke aaO C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 46 und Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 7 und 32). Bei ihnen wird ebenfalls erklärt, suggeriert oder mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Sie unterfallen nach Ansicht des Senats nur deshalb nicht dem Verbot des Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, weil sie nicht zulassungsfähig sind. Die Bestimmung des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 stellt damit eine der Besonderheit von Verweisen auf nichtspezifische Vorteile Rechnung tragende *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Regelung des Art. 10 Abs. 1 dieser Verordnung dar.

30 (2) Die Bezeichnungen "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" enthalten jeweils einen Verweis auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006. Von einem solchen Verweis ist auszugehen, wenn allgemein und unspezifisch auf Vorteile des Lebensmittels (oder Nährstoffs) hingewiesen wird, ohne dass dabei konkrete Wirkungen für bestimmte Körperfunktionen angegeben werden (vgl. Rathke in Zipfel/Rathke aaO C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 34). Diese Voraussetzung ist bei den zwei im Streitfall zu beurteilenden Bezeichnungen erfüllt. Diese nehmen zwar auf das durch die Einnahme der Produkte zu steigernde gesundheitliche Wohlbefinden, nicht aber auf bestimmte dadurch zu fördernde Körperfunktionen Bezug.

31 cc) Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile für die Gesundheit oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden sind nach Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nur zulässig, wenn ihnen eine in einer der Listen nach Artikel 13 oder 14 dieser Verordnung enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist. Solange diese Listen noch nicht erstellt sind, kann Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 allerdings nicht vollzogen werden, weshalb entsprechende Verweise nicht unzulässig sind (vgl. BGH, GRUR 2013, 958 Rn. 15 - Vitalpilze; aA allerdings OLG Hamm, Urteil vom 7. Oktober 2014 - 4 U 138/13, juris Rn. 68 bis 76; Stallberg, LMuR 2013, 189, 190; Hagenmeyer, ZLR 2013, 702, 704; Grundmann, LMuR 2014, 1 f.). Die (Teil-)Liste nach Art. 13 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, die die Kommission mit der Verordnung (EG) Nr. 432/2012 zur Festlegung einer Liste zulässiger anderer gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel als Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos sowie die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern vorgelegt hat, enthält jedenfalls keine den streitge-

genständlichen Bezeichnungen entsprechende spezielle gesundheitsbezogene Angabe.

32 dd) Handelt es sich bei den angegriffenen Angaben danach um Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile für die Gesundheit, stellt sich die Frage, ob die im Kapitel II enthaltenen Anforderungen nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung für diese Verweise Anwendung finden.

33 (1) Allerdings enthält Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 anders als Art. 10 Abs. 1 dieser Verordnung keinen Verweis auf die allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der Verordnung. Insoweit gelten nach Meinung des Senats die Maßgaben der allgemeinen Regelungen ohne Verweisung für sämtliche Angaben. Deshalb handelt es sich bei der in Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 enthaltenen Verweisung auf die allgemeinen Anforderungen dieser Verordnung lediglich um eine an sich entbehrliche redaktionelle Klarstellung (vgl. Rathke in Zipfel/Rathke aaO C 111, 152. Lief. März 2013, Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 1). Die in Kapitel II der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 aufgestellten allgemeinen Anforderungen gelten unabhängig von dem in Art. 10 Abs. 1 dieser Verordnung geregelten Verbot und sind damit auch für Angaben im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung zu beachten (vgl. Nr. 3 des Anhangs zum Durchführungsbeschluss der Kommission zur Annahme von Leitlinien zur Umsetzung der in Artikel 10 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 dargelegten speziellen Bedingungen für gesundheitsbezogene Angaben [2013/63/EU]).

34 (2) Die Klägerinnen haben geltend gemacht, dass die Bezeichnungen "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" gegen die allgemeinen Vorschriften der Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 verstoßen. Es ist jedoch zu beachten, dass Verweise auf allge-

meine, nichtspezifische Vorteile im Sinne des Art. 10 Abs. 3 dieser Verordnung ungeachtet dessen, dass es sich bei ihnen um gesundheitsbezogene Angaben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 handelt, keiner Zulassung gemäß Art. 10 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 3 und 5 oder Art. 17 dieser Verordnung bedürfen, weil für sie im Hinblick auf ihre Unbestimmtheit keine allgemein anerkannten wissenschaftlichen Nachweise im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Ziffer i der Verordnung erbracht werden können. Nach Ansicht des Senats können für solche Verweise daher auch insoweit, als für sie die allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der Verordnung gelten, nicht gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 entsprechende Nachweise verlangt werden.

35 d) Im Streitfall kommt in Betracht, dass die Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nach ihrem Art. 28 Abs. 2 auf die Bezeichnungen "RESCUE TROPFEN" und "RESCUE NIGHT SPRAY" für eine Übergangszeit nicht anwendbar sind, obwohl diese Bezeichnungen die Voraussetzungen der Verordnung nicht erfüllen. Darauf bezieht sich die Vorlagefrage 3.

36 aa) Nach der genannten Bestimmung dürfen Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen, die dieser Verordnung nicht entsprechen, bis zum 19. Januar 2022 weiterhin in den Verkehr gebracht werden. Es reicht dabei allerdings nicht aus, dass am 1. Januar 2005 lediglich die Marke bestanden hat (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - C-299/12, GRUR 2013, 1061 Rn. 37 = WRP 2013, 1311 - Green-Swan Pharmaceuticals; BGH, Urteil vom 26. Februar 2014 - I ZR 178/12, GRUR 2014, 500 Rn. 37 = WRP 2014, 562 - Praebiotik).

37 bb) Die Revision macht insoweit geltend, die Gemeinschaftsmarke "RESCUE" sei bereits vor dem 1. Januar 2005 zur Kennzeichnung der Produkte

benutzt worden. Diese seien nicht verändert worden. Nur ihre rechtliche Einordnung habe sich nach dem Stichtag (1. Januar 2005) geändert. Vor diesem Zeitpunkt habe sich die Markeneintragung auf ein Arzneimittel bezogen und sei das Produkt als Arzneimittel vermarktet worden. Das habe sich nach dem Stichtag geändert. Seit dem Jahr 2007 sei die Marke für Lebensmittel geschützt und würden die Produkte als Lebensmittel vertrieben.

38 Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt folgerichtig - hierzu keine Feststellungen getroffen. Für das Revisionsverfahren ist daher zu unterstellen, dass der von der Revision angeführte Vortrag der Beklagten zutrifft.

39 cc) Der Umstand, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Produkte seinerzeit nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet hat, sollte nach Ansicht des Senats der Anwendung des Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 nicht entgegenstehen. Nach dieser Bestimmung ist nicht die vor dem 1. Januar 2005 erfolgte Verwendung als Handelsmarke oder des

Markennamens als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe für Lebensmittel maßgeblich, sondern das seinerzeitige Bestehen des Zeichens in dieser Form (vgl. EuGH, GRUR 2013, 1061 Rn. 37 - Green-Swan Pharmaceuticals).

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Richter am BGH Feddersen hat
Urlaub und ist deshalb verhindert
zu unterschreiben.

Büscher

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 20.09.2011 - 33 O 19962/10 -

OLG München, Entscheidung vom 31.01.2013 - 6 U 4189/11 -