



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 29/13

Verkündet am:  
21. September 2017  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

RESCUE-Produkte II

Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 Art. 28 Abs. 2

Der Anwendung der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 2 Halbs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 auf ein vor dem 1. Januar 2005 als Arzneimittel und nachfolgend als Lebensmittel vertriebenes Produkt stehen Änderungen seiner Aufmachung nicht und Änderungen seiner Darreichungsform nur dann entgegen, wenn sie zu einer Änderung seiner materiellen Eigenschaften geführt haben.

BGH, Urteil vom 21. September 2017 - I ZR 29/13 - OLG München

LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Prof. Dr. Koch und Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 31. Januar 2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision und die außergerichtlichen Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte vertreibt in Deutschland über Apotheken Bach-Blüten-Produkte, darunter sogenannte "RESCUE"-Produkte mit einem Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent. Sie bezeichnet diese Produkte als "Spirituose" und bietet sie in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 oder 20 ml und als Spray an. Die Produktverpackungen enthalten die folgenden Hinweise zur Dosierung:

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 das unveränderte Produkt schon vor dem 1. Januar 2005 unter den angegriffenen Bezeichnungen 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 Mit Beschluss vom 12. März 2015 hat der Senat dem Gerichtshof der Europäischen Union 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 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (GRUR 2015, 611 = WRP 2015, 721 - RESCUE-Produkte I):

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?

8 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat über die Vorlagefrage 3 durch Urteil vom 23. November 2016 (C-177/15, GRUR 2017, 100 = WRP 2017, 292 - Nelsons) wie folgt entschieden:

9 Art. 28 Abs. 2 erster Halbsatz der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel ist dahin auszulegen, dass diese Bestimmung auf ein mit einer Handelsmarke oder einem Markennamen versehenes Lebensmittel anwendbar ist, das vor dem 1. Januar 2005 als Arzneimittel und danach - mit den gleichen materiellen Eigenschaften und unter derselben Handelsmarke oder demselben Markennamen - als Lebensmittel vermarktet wurde.

10 Die Beantwortung der Vorlagefragen 1 und 2 hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Anbetracht der Antwort auf die Vorlagefrage 3 und mit der Begründung, dass es im Ausgangsverfahren um die sofortige Unterlassung

der geschäftlichen Handlungen von Nelsons hinsichtlich der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Präparate geht, für nicht erforderlich gehalten (GRUR 2017, 100 Rn. 49 - Nelsons).

Entscheidungsgründe:

11 I. Das Berufungsgericht hat, soweit dies für die Revision von Belang ist, angenommen, den Klägerinnen stehe der im zweiten Rechtszug hilfsweise geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG (in der Fassung, in der dieses Gesetz bis zum 9. Dezember 2015 gegolten hat; mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 ist an die Stelle des § 4 Nr. 11 UWG aF ohne sachliche Änderung die Bestimmung des § 3a UWG getreten) zu, weil die Werbung 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 verstießen. Dazu hat es ausgeführt:

12 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.

13 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.

14           II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt in dem Umfang, in dem das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

15           1. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der in der Revisionsinstanz noch streitgegenständliche Hilfsantrag zulässig ist. Der Berufungskläger kann sein Rechtsmittel auch nach Ablauf der Berufungsfrist bis zum Schluss der Berufungsverhandlung erweitern, soweit die fristgerecht vortragenen Berufungsgründe die Antragserweiterung decken (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2000 - IX ZR 6/99, NJW 2001, 146, insoweit in BGHZ 145, 256 nicht abgedruckt; Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 49/12, WM 2013, 1514 Rn. 18; Beschluss vom 1. Juni 2017 - III ZB 77/16, juris Rn. 9, jeweils mwN). Diese Voraussetzung war im Streitfall erfüllt. Die Klägerinnen hatten bereits in der Berufungsbegründung auch einen Verstoß der Beklagten gegen Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 geltend gemacht.

16           2. Nach der vom Gerichtshof der Europäischen Union auf die Vorlagefrage 3 gegebenen Antwort kommt in Betracht, dass der noch streitgegenständli-

che Hilfsantrag im Hinblick auf die Regelung des Art. 28 Abs. 2 Halbs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 unbegründet ist. Danach dürfen Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen auch dann bis zum 19. Januar 2022 weiterhin in den Verkehr gebracht werden, wenn sie dieser Verordnung nicht entsprechen.

17 a) Die Revision weist hierzu auf von der Beklagten in der Berufungsinstanz gehaltenen Vortrag hin, wonach die Unionsmarke "RESCUE" bereits vor dem 1. Januar 2005 zur Kennzeichnung von Produkten benutzt wurde, die nachfolgend nicht verändert, sondern nur ab dem Jahr 2007 nicht mehr - wie bis dahin - als Arzneimittel, sondern als Lebensmittel eingeordnet und vermarktet wurden. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, dass der von der Revision angeführte Vortrag der Beklagten zutrifft.

18 b) Nach den Ausführungen der Revision zu dem Produkt "RESCUE Night Spray", das erst nach dem Stichtag 1. Januar 2005 auf den Markt gekommen ist, sind die materiellen Eigenschaften dieses Erzeugnisses gegenüber dem Produkt "RESCUE Tropfen" unverändert geblieben. Es handele sich nur um eine andere Darreichungsform mit geringfügig abweichender Rezeptur der gleichen materiellen Eigenschaften und praktisch identischem Anwendungsbereich und Einsatzzweck. Sollte dies der Fall sein, wären Änderungen der Aufmachung des Produkts und der Darreichungsform unter Beibehaltung seiner materiellen Eigenschaften irrelevant im Hinblick auf die Anwendung der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 2 Halbs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006, wenn ein von der Beklagten nunmehr als Lebensmittel vermarktetes Produkt mit den gleichen materiellen Eigenschaften und unter derselben Handelsmarke oder demselben Markennamen vor dem 1. Januar 2005 als Arzneimittel vertrieben worden ist (vgl. EuGH, GRUR 2017, 100 Rn. 47 - Nelsons).



19 III. In der wiedereröffneten Berufungsinstanz wird das Berufungsgericht die nach den Ausführungen zu vorstehend II 2 gebotenen Feststellungen nachzuholen haben. Sollte sich dabei ergeben, dass der von der Beklagten dazu gehaltene Vortrag zutrifft und mögliche Änderungen der Darreichungsform zu keiner Änderung der Eigenschaften des Produkts geführt haben, wird es die Klage hinsichtlich des noch streitgegenständlichen Hilfsantrags abzuweisen haben. Anderenfalls wird es den weiteren im Vorlagebeschluss des Senats angeführten Fragen nachzugehen haben. Sollte sich bis zum Schluss der Berufungsverhandlung keine Klärung der vom Gerichtshof der Europäischen Union

unbeantwortet gelassenen Vorlagefragen 1 und 2 ergeben haben (vgl. dazu auch BGH, GRUR 2015, 611 Rn. 13 bis 34 - RESCUE-Produkte I; Schlussanträge des Generalanwalts Bobek vom 22. Juni 2016 - C-177/15, juris Rn. 28 bis 76; Kiontke, ZLR 2017, 347, 350 bis 353), wird das Berufungsgericht wegen dieser Fragen seinerseits eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zu erwägen haben. Sollte es davon absehen, wird es gegebenenfalls die Revision zulassen müssen.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Feddersen

Vorinstanzen:

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

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