Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 22. Juni 2016[1]

Rechtssache C-177/15

Nelsons GmbH
gegen
Ayonnax Nutripharm GmbH,
Bachblütentreff Ltd

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs, Deutschland)

„Öffentliche Gesundheit — Gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel — Begriff ‚Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent' — Frage, ob eine Flüssigkeit in Spray- oder Tropfenform, die mehr als 27 Volumenprozent Alkohol enthält, darunter fällt — Erfordernis der Erbringung wissenschaftlicher Nachweise — Übergangsregelung für bestehende Handelsmarken"

I – **Einleitung**

1. Die Nelsons GmbH (im Folgenden: Nelsons oder Revisionsklägerin) vertreibt in Deutschland Bach-Blüten-Heilmittel. Hierzu gehören sogenannte „RESCUE"-Produkte, die in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 ml oder 20 ml und als Spray verkauft werden (im Folgenden: RESCUE-Produkte). Die RESCUE-Produkte haben einen Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent.

2. Die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006[2] enthält Vorschriften für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel. Hierzu gehört u. a. ein allgemeines Verbot gesundheitsbezogener Angaben für „Getränke" mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent.

3. Sind die RESCUE-Produkte von Nelsons „Getränke" im Sinne der Verordnung Nr. 1924/2006? Wenn ja, würde der hohe Alkoholgehalt der RESCUE-Produkte gesundheitsbezogene Angaben über sie grundsätzlich ausschließen. Wenn nein, welche Nachweise müssen (wenn überhaupt) erbracht werden, um solche gesundheitsbezogenen Angaben zu belegen? Kann schließlich zugunsten der RESCUE-Produkte eine Ausnahme von den nach der Verordnung Nr. 1924/2006 geltenden normalen Vorschriften greifen, weil sie über lange Zeit in Deutschland in den Verkehr gebracht worden sind? Dies sind die Fragen, die das vorlegende Gericht in der vorliegenden Rechtssache stellt.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (ABl. 2006, L 404, S. 9).

II – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

1. Verordnung Nr. 1924/2006

4. Die Verordnung Nr. 1924/2006 legt die Voraussetzungen fest, unter denen in der Union verkaufte „Lebensmittel“ [3] Gegenstand nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben sein können.

5. Nach der Verordnung Nr. 1924/2006 sollten gesundheitsbezogene Angaben im Allgemeinen nur nach wissenschaftlicher Bewertung zugelassen werden (23. Erwägungsgrund).

6. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 bestimmt:

„Handelsmarken, Markennamen oder Phantasiebezeichnungen, die in der Kennzeichnung, Aufmachung oder Werbung für ein Lebensmittel verwendet werden und als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe aufgefasst werden können, dürfen ohne die in dieser Verordnung vorgesehenen Zulassungsverfahren verwendet werden, sofern der betreffenden Kennzeichnung, Aufmachung oder Werbung eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist, die dieser Verordnung entspricht.“

7. In Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006 sind „Angabe“ und „Gesundheitsangabe“ wie folgt definiert:

„1. ‚Angabe‘ [bezeichnet] jede Aussage oder Darstellung, die nach dem Gemeinschaftsrecht oder den nationalen Vorschriften nicht obligatorisch ist, einschließlich Darstellungen durch Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, und mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt;

…

5. ‚gesundheitsbezogene Angabe‘ [bezeichnet] jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht“.

8. Art. 4 Abs. 3 der Verordnung bestimmt:

„Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent dürfen keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen.“

9. Die Verordnung Nr. 1924/2006 enthält keine Definition des Begriffs „Getränk“. Nach dem 13. Erwägungsgrund sollten jedoch die in der Richtlinie 2002/46/EG [4] definierten „Nahrungsergänzungsmittel“ *nicht* als „Getränke“ gelten, wenn sie in flüssiger Form dargereicht werden und mehr als 1,2 Volumenprozent Alkohol enthalten.

10. Nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. a sind gesundheitsbezogene Angaben nur zulässig, wenn

3 — Im Sinne der Definition in Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. 2002, L 31, S. 1).

4 — Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2002/46 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel (ABl. 2002, L 183, S. 51).

„anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise nachgewiesen [ist], dass das Vorhandensein, das Fehlen oder der verringerte Gehalt des Nährstoffs oder der anderen Substanz, auf die sich die Angabe bezieht, in einem Lebensmittel oder einer Kategorie von Lebensmitteln eine positive ernährungsbezogene Wirkung oder physiologische Wirkung hat“.

11. Nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. b bis d muss ferner der betreffende „Nährstoff oder die andere Substanz“, in Bezug auf die die Angabe gemacht wird, in dem Lebensmittel tatsächlich in hinreichenden Mengen und in einer für den Körper verfügbaren Form vorhanden sein.

12. Art. 6 Abs. 1 bestimmt weiter:

„Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben müssen sich auf allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise stützen und durch diese abgesichert sein.“

13. In Art. 10 sind die speziellen Bedingungen, denen gesundheitsbezogene Angaben zudem entsprechen müssen, wie folgt festgelegt:

„(1) Gesundheitsbezogene Angaben sind verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II und den speziellen Anforderungen im vorliegenden Kapitel entsprechen, gemäß dieser Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 aufgenommen sind.

…

(3) Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden sind nur zulässig, wenn ihnen eine in einer der Listen nach Artikel 13 oder 14 enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist.“

14. Nach Art. 13 verabschiedet die Kommission Listen zulässiger gesundheitsbezogener Angaben [5]. Die Liste zulässiger Angaben nach Art. 13 wurde erstmals als Anhang der Verordnung (EU) Nr. 432/2012 [6] verabschiedet und ist seitdem mehrfach aktualisiert worden.

15. Art. 14 gilt für bestimmte besondere Arten von Angaben [7]. Er sieht die Erstellung einer Liste von Angaben auf Antrag nach den Verfahren der Art. 15 bis 17 und 19 vor. Die Liste zulässiger Angaben nach Art. 14 wurde erstmals als Anhang der Verordnung (EG) Nr. 983/2009 [8] verabschiedet und ist seitdem mehrfach aktualisiert worden.

16. Art. 28 Abs. 2 sieht die folgenden Übergangsmaßnahmen vor:

„Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen, die dieser Verordnung nicht entsprechen, dürfen bis zum 19. Januar 2022 weiterhin in den Verkehr gebracht werden; danach gelten die Bestimmungen dieser Verordnung.“

5 — Art. 13 gilt für gesundheitsbezogene Angaben mit Ausnahme derjenigen über die Verringerung eines Krankheitsrisikos sowie Angaben über die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern. Diese sind in Art. 14 geregelt.

6 — Verordnung der Kommission vom 16. Mai 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 (ABl. 2012, L 136, S. 1).

7 — Über die Verringerung eines Krankheitsrisikos sowie über die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern.

8 — Verordnung der Kommission vom 21. Oktober 2009 zur Zulassung bzw. Verweigerung der Zulassung bestimmter gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel betreffend die Verringerung eines Krankheitsrisikos sowie die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern (ABl. 2009, L 277, S. 3).

2. Verordnung (EG) Nr. 110/2008 [9]

17. In Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 110/2008 ist der Begriff „Spirituose“ als „alkoholisches Getränk“ mit bestimmten Merkmalen definiert. Nach Art. 9 müssen Spirituosen ohne besondere Bezeichnung (Brandy, Whisky usw.) als „Spirituosen“ etikettiert werden.

III – **Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

A – *Die RESCUE-Produkte der Revisionsklägerin*

18. Nelsons vertreibt in Deutschland über Apotheken Bach-Blüten-Heilmittel. Hierzu gehören die RESCUE-Produkte, die in Pipettenfläschchen oder als Spray mit einem Inhalt von 10 ml oder 20 ml angeboten werden. Diese Produkte tragen die Bezeichnung „Spirituose“ und haben einen Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent. Die Dosierungshinweise empfehlen vier Tropfen oder zwei Sprühstöße täglich.

19. Nelsons vertreibt die RESCUE-Produkte in Deutschland seit einem vor dem 1. Januar 2005 [10] liegenden Zeitpunkt. In diesem Zeitraum hat sich die Zusammensetzung der Produkte nicht geändert, und sie sind seit diesem vor dem 1. Januar 2005 liegenden Zeitpunkt unter der Gemeinschaftsmarke „RESCUE“ vertrieben worden.

20. Die RESCUE-Produkte von Nelsons wurden anfänglich als Arzneimittel vertrieben, wobei die Marke RESCUE für Arzneimittel (und nicht für Lebensmittel) eingetragen war. Im Jahr 2007 ließ Nelsons „RESCUE“ auch als Gemeinschaftsmarke für Lebensmittel eintragen. Im Februar 2008 kam ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg in einem Verfahren, an dem Nelsons nicht beteiligt war, zu dem Schluss, dass es sich bei von Wettbewerbern von Nelsons vertriebenen ähnlichen Bach-Blüten-Heilmitteln nicht um Arzneimittel, sondern um Lebensmittel handele [11]. Im Anschluss an diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg begann Nelsons, seine RESCUE-Produkte in Deutschland als Lebensmittel zu vermarkten.

B – *Dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegendes Verfahren*

21. Die Revisionsbeklagten des Ausgangsverfahrens – die Ayonnax Nutripharma GmbH und die Bachblütentreff Ltd (im Folgenden: Revisionsbeklagte) – vertreiben in Deutschland eigene Bach-Blüten-Heilmittel, die mit den RESCUE-Produkten von Nelsons im Wettbewerb stehen.

22. Die Revisionsbeklagten erhoben gegen Nelsons vor den deutschen Gerichten Klage. Soweit hier relevant, warfen sie Nelsons unlauteren Wettbewerb vor, der im Wesentlichen darin bestehe, dass sie alkoholische Getränke unter Beifügung gesundheitsbezogener Angaben vertreibe. Die gesundheitsbezogene Angabe sei das Wort „RESCUE“, das impliziere, dass der Verwender der Produkte von Nelsons in irgendeiner Weise aus einer schlechten gesundheitlichen Situation „gerettet“ werde.

23. Im Rahmen ihrer Klage beantragten die Revisionsbeklagten, Nelsons zur Unterlassung des Vertriebs ihrer Produkte unter der Bezeichnung „RESCUE“ zu verurteilen.

9 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2008 zur Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Etikettierung von Spirituosen sowie zum Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1576/89 (ABl. 2008, L 39, S. 16).

10 — Einem aufgrund von Art. 28 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006 potenziell relevanten Datum (siehe oben, Nr. 16).

11 — Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 21. Februar 2008 (3 U 235/06).

24. Die Klage der Revisionsbeklagten wurde im ersten Rechtszug überwiegend abgewiesen. Im Berufungsverfahren wurde dem Antrag auf Unterlassung jedoch mit der Begründung stattgegeben, dass die RESCUE-Produkte „Getränke“ im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 seien. Demzufolge dürften sie keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen.

25. Gegen die dem Antrag auf Unterlassung stattgebende Berufungsentscheidung ist wiederum Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt worden. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass der für die RESCUE-Produkte verwendete Begriff „RESCUE“ eine gesundheitsbezogene Angabe darstelle. Er äußert jedoch Bedenken gegen die Einordnung der RESCUE-Produkte als „Getränke“. Soweit diese Produkte nicht als „Getränke“ anzusehen seien, stelle sich auch die Frage, wie die verschiedenen Anforderungen an wissenschaftliche Belege für gesundheitsbezogene Angaben in den Art. 5 und 6 der Verordnung Nr. 1924/2006 im vorliegenden Fall Anwendung finden müssten. Schließlich bestünden Zweifel im Hinblick auf die Übergangsbestimmungen in Art. 28 der Verordnung Nr. 1924/2006 und ihre Anwendung auf eine Handelsmarke, soweit diese zwar vor dem 1. Januar 2005 bestanden habe, das betreffende Produkt zu diesem Zeitpunkt jedoch als Arzneimittel vertrieben worden sei.

26. Aus den vorgenannten Gründen hat der Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 ml 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 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 1 a und 1 b zu verneinen sind:

Müssen auch bei Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung 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 erster Halbsatz der Verordnung Nr. 1924/2006, wenn das betreffende Produkt unter seinem Markennamen vor dem 1. Januar 2005 nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet wurde?

27. Schriftliche Erklärungen sind von den Parteien des Ausgangsverfahrens sowie von Griechenland und der Kommission eingereicht worden. Mit Ausnahme von Griechenland haben alle Beteiligten in der Sitzung vom 6. April 2016 mündliche Ausführungen gemacht.

IV – **Würdigung**

A – *Sind die RESCUE-Produkte „Getränke“?*

28. Mit seiner ersten Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob Produkte mit ähnlichen Eigenschaften, wie sie die RESCUE-Produkte aufweisen, unter den Begriff „Getränk“ nach der Verordnung Nr. 1924/2006 fallen.

29. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall.

30. Die Verordnung Nr. 1924/2006 enthält keine positive Definition des Begriffs „Getränk“. Der 13. Erwägungsgrund dieser Verordnung stellt jedoch klar, dass Nahrungsergänzungsmittel in flüssiger Form, die mehr als 1,2 Volumenprozent enthalten, *nicht* als „Getränke“ gelten [12].

31. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs [13] sind Bedeutung und Tragweite eines Begriffs, den das Unionsrecht nicht definiert [14], entsprechend seinem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang der Begriff verwendet wird und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der er gehört.

32. In Wörterbüchern angegebene Definitionen des Wortes „Getränk“ sind im Allgemeinen sehr weit und schließen alles ein, was man theoretisch zu sich nehmen könnte und nicht eigentlich ein fester Stoff oder ein Gas ist [15]. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird das Wort „Getränk“ jedoch eindeutig nicht mit einer so weiten Bedeutung verwendet: Beispielsweise ist Essig eine Flüssigkeit, die man zu sich nimmt, die aber im üblichen Sprachgebrauch eher nicht als „Getränk“ bezeichnet wird. Ebenso kann ein feines Rachenspray zwar an Zunge oder Gaumen in Tropfen einer Flüssigkeit kondensieren und von Menschen zu sich genommen werden, doch würde man auch insoweit normalerweise nicht von „trinken“ sprechen.

33. Zudem ergibt sich unter den Aspekten Zusammenhang und Zweck manches, was ebenfalls eher dafür spricht, dass mit dem Wort „Getränk“ in Art. 4 Abs. 3 nicht alle Flüssigkeiten gemeint sind, sondern nur solche, die dazu bestimmt sind, von Menschen in wesentlichen Mengen (d. h. in Mengen von mehr als wenigen Tropfen oder einigen Sprühstößen) zu sich genommen zu werden.

34. Erstens soll das Verbot in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 dem Schutz vor den besonders negativen Auswirkungen von Alkohol auf die Gesundheit dienen [16]. Solche Auswirkungen können jedoch nur auftreten, wenn der Alkohol in einer nicht zu vernachlässigenden Menge konsumiert wird. Im vorliegenden Fall dürfte aus den in Rede stehenden sehr kleinen Mengen an Flüssigkeit in Verbindung damit, wie sie konsumiert werden (Eintropfen in den Mund, Mischung mit anderen Flüssigkeiten oder Versprühen), meines Erachtens allgemein folgen, dass die Gesundheitsbelange, denen Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 Rechnung trägt, für die RESCUE-Produkte von Nelsons normalerweise nicht relevant werden [17].

35. Zweitens stellt der 13. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1924/2006 klar, dass flüssige Nahrungsergänzungsmittel, die über 1,2 Volumenprozent Alkohol enthalten, nicht als „Getränke“ angesehen werden. Die Mitteilung der Kommission, die zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates Stellung nahm und der Klarstellung im 13. Erwägungsgrund zustimmte, sah die *ratio legis* des 13. Erwägungsgrundes ausdrücklich darin, dass „die durch den Verzehr dieser Lebensmittel aufgenommene Alkoholmenge vernachlässigbar ist“ [18]. Dies könnte dahin zu verstehen sein, dass die Gesundheitsbelange im Hinblick auf Alkohol, denen Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 Rechnung trägt, bei Flüssigkeiten, die in extrem kleinen Mengen aufgenommen werden, nicht relevant werden und gesundheitsbezogene Angaben in solchen Fällen somit tolerierbar sind.

12 — Dem vorlegenden Gericht zufolge sind Bach-Blüten-Heilmittel keine Nahrungsergänzungsmittel im Sinne der Definition in Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2002/46.

13 — Vgl. z. B. Urteil vom 3. September 2014, Deckmyn und Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, Rn. 19).

14 — Urteile vom 3. April 2008, Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, Rn. 15), vom 27. Januar 2000, DIR International Film u. a./Kommission (C-164/98 P, EU:C:2000:48, Rn. 26), und vom 27. Januar 1988, Dänemark/Kommission (349/85, EU:C:1988:34, Rn. 9).

15 — Englisch: „a drink of any type“ (Cambridge Dictionary); Deutsch: „zum Trinken zubereitete Flüssigkeit“ (Duden); Französisch: „tout liquide qui peut être bu“ (Académie française); Tschechisch: „tekutina určená k pití, k ukojení žízně“ (Slovník spisovného jazyka českého).

16 — Vgl. hierzu z. B. Urteil vom 6. September 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, Rn. 48 ff.).

17 — Diese Schlussfolgerung wird ferner dadurch untermauert, dass die Produkte über Apotheken vertrieben werden.

18 — KOM(2006) 2 endg.

36. Drittens sind nach Anhang XIII der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 [19] (der allgemeinen Kennzeichnungsverordnung) in Getränken geringere Konzentrationen von Vitaminen und Mineralstoffen zulässig als in Nicht-Getränken. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausführt, könnte dies als Hinweis darauf zu verstehen sein, dass bei „Getränken" allgemein davon ausgegangen wird, dass sie von Menschen in größeren Mengen zu sich genommen werden als andere Lebensmittel [20].

37. Aus den vorgenannten Gründen fallen Produkte mit den vom nationalen Gericht in seiner Frage hervorgehobenen Eigenschaften meines Erachtens *nicht* unter den Begriff „Getränk". Ausgehend vom Zweck des Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 und einer Auslegung anhand des Zusammenhangs und der Systematik ist somit eine teleologische Reduktion der weiten Bedeutung des Wortes Getränk im Wörterbuchsinn geboten. Der Begriff sollte richtigerweise nur Flüssigkeiten mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent umfassen, die bei normaler und herkömmlicher Verwendung negative Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit hervorrufen können.

38. Zu betonen ist, dass, wie sich schon aus den vorstehenden Argumenten ergibt, auf die Teile a und b der ersten Frage des nationalen Gerichts, die sich jeweils auf dieselbe, in Form von Tropfen bzw. in Form eines Sprays vertriebene Flüssigkeit beziehen, dieselbe Antwort zu geben ist. Wie die Frage des nationalen Gerichts bereits nahelegt, bleibt nämlich die Substanz des Produkts die gleiche (Flüssigkeit); es ändert sich allein die Form, in der sie abgegeben wird.

39. Als abschließende Bemerkung zur Bedeutung des Begriffs „Getränk" sei noch darauf eingegangen, dass mehrere Beteiligte darauf verwiesen haben, dass die RESCUE-Produkte als „Spirituosen" gekennzeichnet würden.

40. Mit dieser Kennzeichnung sollte möglicherweise der Verordnung Nr. 110/2008 entsprochen werden (wonach „alkoholische Getränke" als „Spirituosen" etikettiert werden müssen).

41. An meinem Ergebnis ändert dies jedoch nichts. Selbst wenn die RESCUE-Produkte im technischen Sinne als „alkoholische Getränke" im Sinne der Verordnung Nr. 110/2008 anzusehen wären, würde daraus nicht automatisch folgen, dass sie als „Getränke" im Sinne der Verordnung Nr. 1924/2006 einzustufen wären. Es gibt nämlich keinerlei besondere Regelungen für eine Koordinierung oder Verwendung gemeinsamer Definitionen im Verhältnis zwischen den beiden Verordnungen [21].

42. Aus den vorgenannten Gründen empfehle ich dem Gerichtshof, die erste Frage des nationalen Gerichts dahin zu beantworten, dass Flüssigkeiten mit ähnlichen Eigenschaften, wie sie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Produkte aufweisen, die einen Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent haben, als Spirituosen bezeichnet werden, in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 ml oder 20 ml oder als Spray über Apotheken vertrieben werden und nach den beigefügten Anweisungen zur Einnahme in sehr kleinen Mengen in Form von Tropfen oder als Spray bestimmt sind, keine „Getränke" im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 darstellen.

19 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission (ABl. 2011, L 304, S. 18).

20 — Darüber hinaus ist in Anhang XIII ausdrücklich von anderen Erzeugnissen als Getränken die Rede, die in Millilitern bemessen sind, woraus eindeutig hervorgeht, dass nicht alle Flüssigkeiten „Getränke" sind.

21 — Vgl. die Richtlinie 2002/46: Die Verordnung Nr. 1924/2006 gilt „unbeschadet" dieser Richtlinie (Art. 1 Abs. 5 Buchst. d der Verordnung Nr. 1924/2006); vgl. ferner insbesondere die Verordnung Nr. 178/2002, deren Definition des „Lebensmittels" in die Verordnung Nr. 1924/2006 übernommen wird (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1924/2006).

B – *Müssen Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile durch wissenschaftliche Nachweise belegt sein?*

1. Einleitung

43. Mit seiner zweiten Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 durch wissenschaftliche Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung belegt sein müssen.

44. Aus den von mir nachstehend dargelegten Gründen müssen solche Verweise meines Erachtens nicht mit *unmittelbaren* wissenschaftlichen Nachweisen einhergehen. Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 müssen diesen Verweisen jedoch „spezielle" gesundheitsbezogene Angaben beigefügt sein. Diese speziellen gesundheitsbezogenen Angaben müssen ihrerseits durch wissenschaftliche Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 belegt sein. Somit müssen Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile stets, zumindest *mittelbar*, durch wissenschaftliche Nachweise belegt sein.

2. Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006

45. In Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 sind zwei Arten von Angaben genannt: a) „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile" und b) „spezielle gesundheitsbezogene Angaben". Bevor die Frage des nationalen Gerichts nach den Nachweisanforderungen zu beantworten ist, sind Bedeutung und Anwendungsbereich dieser beiden Begriffe zu erörtern, die beide in der Verordnung Nr. 1924/2006 nicht definiert sind.

46. Angesichts des Adjektivs „speziell" ist die natürliche Bedeutung des Begriffs „spezielle gesundheitsbezogene Angabe" enger als der Begriff „gesundheitsbezogene Angabe" (der in der Verordnung definiert ist). Er bezeichnet genauere Angaben zu den Wirkungen eines bestimmten Produkts auf die eigene Gesundheit. Mit anderen Worten sind „spezielle gesundheitsbezogene Angaben" eine logische Untergruppe „gesundheitsbezogener Angaben".

47. Dagegen sind „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile …" unbestimmtere Angaben zu den positiven Wirkungen eines Produkts auf die „Gesundheit" oder das „gesundheitsbezogene Wohlbefinden". Die Annahme, dass diese „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile" Arten „gesundheitsbezogener Angaben" im Sinne der Definition in Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung sind, liegt nicht ohne Weiteres auf der Hand.

48. Art. 10 Abs. 3 könnte demgegenüber etwa dahin ausgelegt werden, dass diese Bestimmung Regelungen für „gesundheitsbezogene Angaben" festlegt und den gleichen Anwendungsbereich wie Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung Nr. 1924/2006 hat. Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 differenziert Art. 10 Abs. 3 jedoch zwischen zwei verschiedenen Arten „gesundheitsbezogener Angaben", nämlich „allgemeinen gesundheitsbezogenen Angaben" (in der Verordnung als „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile …" bezeichnet) und „speziellen gesundheitsbezogenen Angaben".

49. Die genaue Bedeutung der in Art. 10 Abs. 3 verwendeten Begriffe bleibt somit unklar. Zu untersuchen sind daher Zusammenhang und Zweck dieser Bestimmung.

50. Die Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 1924/2006 ist aufschlussreich. Art. 10 des ursprünglichen Vorschlags der Kommission [22] regelte die besonderen Bedingungen, unter denen gesundheitsbezogene Angaben zulässig sein sollten. Dagegen führte Art. 11 eine Reihe gesundheitsbezogener Angaben auf, die verboten sein sollten. Insbesondere erklärte Art. 11 Abs. 1 Buchst. a „[f]olgende implizite gesundheitsbezogene Angaben [für] nicht zulässig: a) Angaben, die auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels in Bezug auf allgemeine Gesundheit und Wohlbefinden verweisen …“.

51. Nach der ersten Lesung lehnte das Europäische Parlament ein solches völliges Verbot, wie es in Art. 11 Abs. 1 Buchst. a enthalten war, ab und strich dieses [23]. Diese Streichung wurde vom Rat in seinem Gemeinsamen Standpunkt akzeptiert [24]. Es wurde ein neuer Art. 10 Abs. 3 mit dem Wortlaut aufgenommen, der sich in der endgültigen Fassung findet. In seiner Begründung [25] erklärte der Rat, dass er dem von der Kommission vorgeschlagenen Verbot bestimmter Angaben zustimme, andere Angaben aber unter bestimmten Bedingungen zulassen wolle, und nahm insoweit ausdrücklich auf den jetzigen Art. 10 Abs. 3 Bezug.

52. Diese Abänderung wurde von der Kommission [26] ebenso wie nach der zweiten Lesung vom Europäischen Parlament akzeptiert [27].

53. Diese Gesichtspunkte der Entstehungsgeschichte stützen meines Erachtens die vorstehend skizzierte Auslegung. Auch wenn dies nicht ausdrücklich angegeben ist, dürfte Art. 10 Abs. 3 sich somit auf gesundheitsbezogene Angaben im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung Nr. 1924/2006 beziehen. Art. 10 Abs. 3 sollte daher dahin ausgelegt werden, dass er zwischen a) „allgemeinen gesundheitsbezogenen Angaben“ (die in der Verordnung als „Verweis[e] auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile …“ bezeichnet werden) und b) „speziellen gesundheitsbezogenen Angaben“ differenziert.

54. Eine mehr auf den Zusammenhang und die Systematik abstellende Auslegung des Art. 10 Abs. 3 spricht ebenfalls eher für dieses Verständnis oder widerspricht ihm zumindest nicht.

55. Insoweit gibt es eine eindeutige Parallele zwischen Art. 10 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Verordnung. Nach Art. 1 Abs. 3 muss einer Handelsmarke, die als gesundheitsbezogene Angabe aufgefasst werden kann (und die keiner Zulassung bedarf), eine gesundheitsbezogene Angabe beigefügt sein (die der Verordnung Nr. 1924/2006 entsprechen muss).

56. Art. 10 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 tragen offenbar etwaigen Besorgnissen Rechnung, dass bestimmte gesundheitsbezogene Angaben eine Form annehmen, die die volle Einhaltung der Verordnung Nr. 1924/2006 erschweren könnte, weil für sie Ausnahmen von (einem Teil der) Anforderungen der Verordnung in Anspruch genommen werden könnten. Mit Art. 10 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 soll meines Erachtens nicht eine neue, andere Kategorie von auf Produkten erscheinenden Angaben bezeichnet, sondern es sollen vielmehr zwei besondere Arten gesundheitsbezogener Angaben – allgemeine und spezielle – anerkannt werden, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

22 — Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, KOM(2003) 424 endg. (ABl. 2004, C 96, S. 8), Abänderung 42.

23 — Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, A6-0128/2005.

24 — Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 3/2006 vom Rat festgelegt am 8. Dezember 2005 (ABl. 2006, C 80 E, S. 43), siehe insbesondere S. 3 und 7.

25 — Exposé des motifs du Conseil, 8. Dezember 2005, 2003/0165 (COD), S. 7.

26 — Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, KOM(2006) 2 endg., S. 4.

27 — Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, A6-0122/2006.

57. Nach meinem Verständnis von Art. 10 Abs. 3 sind mit diesem oder diesen „Verweis[en] auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile …“ somit „allgemeine gesundheitsbezogene Angaben“ gemeint, die von „speziellen gesundheitsbezogenen Angaben“ zu unterscheiden sind. In meiner nachfolgenden, den Nachweispflichten geltenden Würdigung verwende ich daher vorzugsweise diese Begriffe anstatt der schwerfälligeren „Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile …“.

3. Nachweispflichten für Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile nach Art. 10 Abs. 3

58. Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 sieht das Erfordernis vor, dass allgemeinen gesundheitsbezogenen Angaben eine in einer der Listen nach den Art. 13 oder 14 dieser Verordnung enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigefügt sein muss.

59. Daraus folgt eindeutig, dass allgemeine gesundheitsbezogene Angaben nicht dem Erfordernis unterliegen, dass sie in einer der Listen nach den Art. 13 oder 14 enthalten sein müssen. Dies führt jedoch nicht automatisch zu dem Schluss, dass allgemeine gesundheitsbezogene Angaben von allen sonstigen Anforderungen der Verordnung (einschließlich der Anforderungen nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. a oder Art. 6 Abs. 1) ausgenommen sind. Dagegen sprechen nämlich gute Argumente, die aus Art. 10 selbst folgen.

60. In Art. 10 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1924/2006 ist geregelt, dass gesundheitsbezogene Angaben den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II (zu dem die Art. 5 und 6 gehören) entsprechen müssen. Art. 10 Abs. 3 bildet eine Ausnahme von der Regel des Art. 10 Abs. 1 und ist daher eng auszulegen. Für eine Ausweitung von Art. 10 Abs. 3 über eine Ausnahme vom Erfordernis der Auflistung nach den Art. 13 und 14 hinaus müsste eine starke Begründung vorliegen [28].

61. Um den genauen Umfang der Nachweisanforderungen zu bestimmen, die Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 vorsehen, ist diese Bestimmung näher zu betrachten.

62. Was sagt die natürliche Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 über ihre Anwendbarkeit auf allgemeine gesundheitsbezogene Angaben aus?

63. Weder Art. 5 Abs. 1 Buchst. a noch Art. 6 Abs. 1 unterscheiden *ausdrücklich* zwischen den wissenschaftlichen Nachweisen, die für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben, und denen, die für spezielle gesundheitsbezogene Angaben erforderlich sind.

64. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1924/2006 verlangt allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise für die positiven Wirkungen „des Nährstoffs oder der anderen Substanz, *auf die sich die Angabe bezieht*“ [29] . Meines Erachtens ist die natürliche Bedeutung dieses Wortlauts, dass wissenschaftliche Nachweise zumindest für Angaben über „die Nährstoffe oder anderen Substanzen“ erforderlich sind. Unklar ist allerdings, ob diese Anforderung gleichermaßen für gesundheitsbezogene Angaben gilt (oder gelten kann), die sich in allgemeinerer Weise auf das Produkt beziehen und nicht mit speziellen „Nährstoffen oder anderen Substanzen“ in Verbindung gebracht werden können.

28 — Dies wird besonders deutlich, wenn man sich den eher grundlegenden Charakter einiger der sonstigen Anforderungen in Kapitel II vor Augen führt, von denen eine Ausnahme geltend gemacht wird (z. B. dass Angaben nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein oder nicht zum übermäßigen Verzehr eines Lebensmittels ermutigen dürfen). Vgl. Art. 3 Buchst. a und c der Verordnung Nr. 1924/2006.

29 — Hervorhebung nur hier. Dieser Wortlaut findet sich auch in Art. 5 Abs. 1 Buchst. b, c und d.

65. Art. 6 Abs. 1 der Verordnung verlangt allgemeiner, dass gesundheitsbezogene Angaben sich auf allgemein anerkannte wissenschaftliche Nachweise „stützen und durch diese abgesichert“ sein müssen. Die natürliche Bedeutung dieser Bestimmung ist, dass sie sowohl für allgemeine als auch für spezielle gesundheitsbezogene Angaben gilt. Hingegen ist nicht völlig klar, ob die Nachweisanforderung gleichermaßen für allgemeine und spezielle gesundheitsbezogene Angaben erfüllt werden muss (oder überhaupt kann).

66. Aus den vorgenannten Gründen lässt der natürliche Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 keinen eindeutigen Schluss darauf zu, welchen Umfang die Nachweisanforderung hat, die für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben gilt. Meines Erachtens schaffen diese Bestimmungen jedoch keine vollständige und allgemeingültige Ausnahme von der Verpflichtung, in irgendeiner Form wissenschaftliche Nachweise zu erbringen, um allgemeine gesundheitsbezogene Angaben zu belegen.

67. Hilfreich zur Klärung dieser Frage ist eine systematische und teleologische Prüfung. Erstens geht von vielen Bestimmungen der Verordnung Nr. 1924/2006 die klare Botschaft aus, dass gesundheitsbezogene Angaben das Risiko einer Irreführung der Verbraucher hervorrufen und daher wissenschaftlich abgesichert sein müssen (vgl. z. B. Erwägungsgründe 9, 14, 16, 17 und 23). Wiederum wird hier nicht zwischen allgemeinen und speziellen gesundheitsbezogenen Angaben differenziert. Dieser grundsätzliche Punkt bedeutet jedoch nicht, dass das Erfordernis wissenschaftlicher Nachweise nicht in unterschiedlicher Art und Weise für allgemeine und für spezielle gesundheitsbezogene Angaben zu erfüllen ist.

68. Zweitens haben sowohl das vorlegende Gericht als auch Nelsons und die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt, dass es allgemeine gesundheitsbezogene Angaben gebe, die in der Praxis zu allgemein für eine Bewertung und daher ihrer Natur nach nicht durch wissenschaftliche Nachweise belegbar seien [30]. Somit ließe sich die Ansicht vertreten, dass es *de facto* einem Verbot allgemeiner gesundheitsbezogener Angaben gleichkäme, würde für solche Angaben ein Nachweis anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise verlangt. Dies stände im Widerspruch zur ausdrücklichen Ablehnung eines völligen Verbots allgemeiner gesundheitsbezogener Angaben durch das Europäische Parlament und den Rat (siehe oben, Nr. 51).

69. Dessen ungeachtet ist ebenso festzustellen, dass eine völlige und allgemeingültige Ausnahme von der Verpflichtung zur Erbringung wissenschaftlicher Nachweise für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben problematisch ist. Dies würde nicht nur der natürlichen Bedeutung des Wortlauts, sondern auch dem von der Verordnung verfolgten Ziel des Verbraucherschutzes, genauer gesagt, der Unterbindung irreführender Angaben, einschließlich solcher, die keine wissenschaftliche Grundlage haben, zuwiderlaufen.

70. Aus den vorgenannten Gründen kann Art. 10 Abs. 3 meines Erachtens keinesfalls dahin ausgelegt werden, dass er eine allgemeine Ausnahme von den Nachweisanforderungen in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vorsieht.

71. Ich stimme jedoch mit der Kommission darin überein, dass es nicht erforderlich ist, *unmittelbare* wissenschaftliche Nachweise für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben zu erbringen. Stattdessen müssen diesen Angaben spezielle gesundheitsbezogene Angaben beigefügt sein, die durch solche Nachweise belegt *sind*. Infolgedessen werden für die allgemeine Angabe *mittelbare* Nachweise erbracht.

30 — Vgl. auch den Durchführungsbeschluss 2013/63/EU der Kommission vom 24. Januar 2013 zur Annahme von Leitlinien zur Umsetzung der in Artikel 10 der Verordnung Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates dargelegten speziellen Bedingungen für gesundheitsbezogene Angaben (ABl. 2013, L 22, S. 25), S. 28, letzter Absatz.

72. Dieses Verständnis steht im Einklang mit einer systematischen Auslegung der Verordnung und wahrt zugleich die eindeutige gesetzgeberische Absicht, kein völliges Verbot allgemeiner gesundheitsbezogener Angaben vorzusehen, aber dennoch, wenn auch mittelbar, deren wissenschaftliche Absicherung zu verlangen.

73. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die vorstehende Auslegung von Art. 10 Abs. 3 voraussetzt, dass zwischen der allgemeinen und der beigefügten speziellen Angabe eine Verbindung besteht. Die Frage, welcher Art diese Verbindung genau sein muss, geht über den Rahmen der Fragen des nationalen Gerichts hinaus und soll hier nicht im Einzelnen erörtert werden. Im Licht der vorstehenden Erwägungen muss das Verhältnis zwischen den allgemeinen und speziellen Angaben jedoch so geartet sein, dass die Nachweise, die die spezielle Angabe belegen, für die allgemeine Angabe relevant und geeignet sind, sie mittelbar zu belegen [31].

4. Ergebnis

74. Aus den vorgenannten Gründen schlage ich vor, die zweite Frage des nationalen Gerichts dahin zu beantworten, dass für Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 keine unmittelbaren wissenschaftlichen Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung erforderlich sind. Für sie sind jedoch mittelbare Nachweise in Form allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise erforderlich, welche die spezielle Angabe belegen, die den Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile beigefügt sein muss.

75. Als abschließende Bemerkung möchte ich, auch wenn dies im Rahmen der Fragen des nationalen Gerichts nicht ausdrücklich angesprochen wird, noch darauf eingehen, dass im Vorabentscheidungsersuchen die Ansicht vertreten wird, dass das Erfordernis, wonach allgemeinen gesundheitsbezogenen Angaben spezielle gesundheitsbezogene Angaben beigefügt sein müssen, erst nach abschließender Erstellung der Listen nach den Art. 13 oder 14 wirksam werde.

76. Meines Erachtens ist dieses Verständnis von Art. 10 Abs. 3 nicht zutreffend. Eine solche Begrenzung der zeitlichen Geltung dieser Bestimmung ist nicht vorgesehen. Sie lässt sich auch nicht aus einer stärker systematisch oder teleologisch orientierten Auslegung herleiten. Insbesondere sind in Art. 28 der Verordnung Nr. 1924/2006 ausdrücklich mehrere Übergangsmaßnahmen vorgesehen [32]. Eine Aussetzung der Anforderungen nach Art. 10 Abs. 3 gehört nicht dazu. Allgemeiner gesagt sind die Listen nach den Art. 13 oder 14 schon ihrer Natur gemäß kontinuierlich fortzuentwickeln und werden niemals unabänderlich feststehen [33]. Die Anforderungen nach Art. 10 Abs. 3 sind meines Erachtens somit bereits voll anwendbar.

C – *Ist die Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 anwendbar, wenn das Produkt als Arzneimittel vermarktet wurde?*

1. Einleitung

77. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 voraussetzt, dass das betreffende Produkt vor dem 1. Januar 2005 als Lebensmittel vermarktet wurde.

31 — Vgl. auch den Durchführungsbeschluss 2013/63 der Kommission, wonach eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe zu der allgemeinen Angabe „einen gewissen Bezug … haben [sollte]“; nach Art. 1 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006, der Art. 10 Abs. 3 entspricht (siehe oben, Nr. 55), muss die zugelassene gesundheitsbezogene Angabe auf die in der Handelsmarke enthaltene Angabe bezogen („related“) sein.

32 — Hierzu gehört Art. 28 Abs. 5, der Übergangsmaßnahmen während der Erstellung der Liste nach Art. 13 Abs. 3 vorsieht.

33 — Vgl. hierzu auch Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in der Rechtssache Ehrmann (C-609/12, EU:C:2013:746, Nr. 97).

78. Als Einleitung zu dieser Frage ist es meines Erachtens hilfreich, sich noch einmal einige ganz besondere Aspekte der vorliegenden Rechtssache vor Augen zu führen.

79. Die RESCUE-Produkte gibt es in genau derselben physischen Form und unter derselben Handelsmarke seit einem vor dem 1. Januar 2005 liegenden Zeitpunkt. Geändert haben sich die Art der Vermarktung der RESCUE-Produkte und die Produktkategorien, für die die Handelsmarke eingetragen ist.

80. Bis 2007 wurden die RESCUE-Produkte als Arzneimittel vermarktet und war die Handelsmarke (u. a.) für Arzneimittel eingetragen. Seit 2007/2008 werden die RESCUE-Produkte als Lebensmittel vermarktet und ist die Handelsmarke für Lebensmittel eingetragen. Die Änderung des Marktauftritts vollzog sich jedoch nicht aufgrund einer einseitigen Entscheidung der Revisionsklägerin. Vielmehr erfolgte sie im Anschluss an ein Urteil eines Gerichts, des Oberlandesgerichts Hamburg, aus dem sich implizit ergab, dass der von der Revisionsklägerin zuvor verfolgte Marktauftritt unzulässig war. Die betreffenden Produkte hätten nicht als Arzneimittel, sondern als Lebensmittel vermarktet werden müssen.

81. Diese Sachverhaltsangaben heben die Problematik hervor, die der dritten Frage des nationalen Gerichts zugrunde liegt, nämlich, auf welche vor 2005 vorliegenden Faktoren es für die Anwendung der Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 ankommt (physische Eigenschaften des Produkts, rechtliche Einstufung [durch den Verkäufer oder die zuständigen Behörden], Vermarktung usw.).

2. Würdigung

82. Seinem Wortlaut nach gilt Art. 28 Abs. 2 für „Produkte“ mit Handelsmarken (oder Markennamen) [34], die bereits vor dem 1. Januar 2005 „bestanden“ und der Verordnung Nr. 1924/2006 nicht entsprechen.

83. Aus dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 geht nicht eindeutig hervor, was genau vor dem 1. Januar 2005 „bestanden“ haben muss (das Produkt, die betreffende Handelsmarke oder das Produkt mit der betreffenden Handelsmarke). Das Wort „bestanden“ ist selbst ebenfalls ungenau. Es impliziert offenbar keine besondere Form der Vermarktung des Produkts (oder überhaupt irgendeine Vermarktung).

84. Eindeutig ist jedoch, dass bei einer reinen Wortlautauslegung Arzneimittel, die vor 2005 unter Verwendung einer ebenfalls vor 2005 bestehenden Handelsmarke in den Verkehr gebracht wurden, unter den Begriff „Produkte mit bereits vor dem 1. Januar 2005 bestehenden Handelsmarken oder Markennamen“ fallen.

85. Nach Art. 28 Abs. 2 ist weiterhin erforderlich, dass die Produkte mit Handelsmarken „dieser Verordnung nicht entsprechen“. Das Verb „entsprechen“ wird in der Gegenwartsform verwendet. Vom Wortlaut ausgehend, setzt es daher nicht voraus, dass die „Produkte mit den Handelsmarken“ am 1. Januar 2005 mit der Verordnung nicht im Einklang *standen*, sondern dass sie sich zu dem Zeitpunkt in einem Zustand der Nichtentsprechung *befinden*, zu dem die Übergangsausnahmeregelung geltend gemacht wird. Davon ausgehend kann Art. 28 Abs. 2 ebenfalls auf die in der Frage des nationalen Gerichts geschilderte Fallgestaltung Anwendung finden, in der es um Produkte geht, die als Arzneimittel vermarket *wurden*, jetzt aber als Lebensmittel vermarktet und rechtlich eingestuft *werden*.

34 — Im Interesse einer einfachen Darstellung ist nachfolgend nur noch von Handelsmarken die Rede.

86. Die Revisionsbeklagten und die Kommission vertreten in ihren Erklärungen die Ansicht, dass Art. 28 Abs. 2 nicht anwendbar sei. Ihr Hauptargument ist im Wesentlichen, dass Art. 28 Abs. 2 Lebensmittel betreffe. Nur Lebensmittel könnten mit gesundheitsbezogenen Angaben versehen sein und infolgedessen der Verordnung nicht entsprechen. Art. 28 Abs. 2 sei daher auf Arzneimittel nicht anwendbar.

87. Dieses Argument ist insofern problematisch, als es an dem konkreten Problem des vorliegenden Falles vorbeigeht, das darin besteht, dass sich die rechtliche Kategorie der betreffenden Produkte geändert hat. Wenn die RESCUE-Produkte weiterhin als Arzneimittel vermarktet und rechtlich eingestuft worden wären, wäre die Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 nicht anwendbar. In diesem Fall wäre jedoch auch die Verordnung insgesamt grundsätzlich nicht einschlägig.

88. Aus den vorgenannten Gründen kann diese (ganz besondere) Fallgestaltung meines Erachtens eindeutig vom Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 erfasst sein. Allerdings ist das Wort „Produkte“ in Art. 28 Abs. 2 in dem von allen Beteiligten angeführten Urteil Green-Swan [35] vom Gerichtshof in einem anderen Licht betrachtet worden.

a) Die Rechtssache Green-Swan und die Bedeutung des Begriffs „Produkte“ in Art. 28 Abs. 2

89. Im Urteil Green-Swan hat der Gerichtshof festgestellt, dass Art. 28 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1924/2006 „dahin auszulegen ist, dass er sich nur auf Lebensmittel bezieht, die mit einer Handelsmarke oder einem Markennamen versehen sind, die oder der als eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe im Sinne dieser Verordnung aufzufassen ist, und die in dieser Form vor dem 1. Januar 2005 bestanden“ [36].

90. Das Urteil Green-Swan könnte somit dahin verstanden werden, dass der Gerichtshof den Begriff „Produkte“ in Art. 28 Abs. 2 als „Lebensmittel“ ausgelegt habe. Unter Verweis auf dieses Urteil vertreten die Revisionsbeklagten und die Kommission im Wesentlichen die Ansicht, dass ein Produkt, das vormals als Arzneimittel vermarktet worden sei, niemals in den Anwendungsbereich der Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 fallen könne.

91. Dem kann ich mich nicht anschließen. Dass „Produkte“ als „Lebensmittel“ auszulegen seien, ist eine Schlussfolgerung, die nicht so offensichtlich zu ziehen ist, und wurde meines Erachtens tatsächlich vom Gerichtshof im Urteil Green-Swan *nicht* ausdrücklich so entschieden.

92. Einzelne Aussagen, die der Gerichtshof in Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens trifft, sind in ihrem Zusammenhang auszulegen und vor dem Hintergrund und im Rahmen des Sachverhalts der Rechtssache zu verstehen. Die Aussage im Urteil Green-Swan, auf die die Revisionsbeklagten und die Kommission verweisen, ist lediglich eine eher zufällige Aussage, die in einer bestimmten Weise formuliert ist, um die konkrete Frage des nationalen Gerichts zu beantworten. Sie nimmt den genauen Wortlaut der Frage des nationalen Gerichts auf, das selbst von Lebensmitteln und nicht von Produkten sprach. Auf die Frage, ob „Produkte“ als „Lebensmittel“ auszulegen sind, kam es jedoch in der Rechtssache Green-Swan nicht an. Sie wurde nicht näher erörtert.

93. Daher kann eine Heranziehung des Urteils Green-Swan in der vorliegenden Rechtssache nur von begrenztem Nutzen sein.

35 — Urteil vom 18. Juli 2013, Green-Swan Pharmaceuticals CR (C-299/12, EU:C:2013:501).

36 — Rn. 37.

94. Allgemein betrachtet ist die natürliche Bedeutung des Begriffs „Produkte“ eindeutig eine andere und weitere als die des Begriffs „Lebensmittel“. Systematisch betrachtet, wird der Begriff „Lebensmittel“ in der Verordnung über 70 Mal, *u. a. auch in Art. 28 selbst*, verwendet. Der Begriff „Produkte“ findet sich zweimal – im ersten Erwägungsgrund und in Art. 28 Abs. 2. Dies könnte die Annahme zulassen, dass der Gesetzgeber bewusst eine begriffliche Unterscheidung im Wortlaut der Bestimmung vornehmen wollte, die sich offenbar in allen Amtssprachen gleichermaßen wiederfindet. Vor diesem Hintergrund bedürfte es in der Tat einer weit eingehenderen und gezielteren rechtlichen Begründung, um „Produkte“ mit „Lebensmitteln“ gleichzusetzen.

95. Zudem wäre jedoch meines Erachtens selbst dann, wenn in Art. 28 Abs. 2 das Wort „Produkte“ als „Lebensmittel“ ausgelegt würde, eine Anwendung dieser Bestimmung auf Fälle der vorliegenden Art nicht ausgeschlossen.

96. Insoweit ist zu unterstreichen, dass die vorliegende Rechtssache einen ganz besonderen Fall betrifft. Die betreffenden Produkte *sind* tatsächlich Lebensmittel, die aber als Arzneimittel *vermarktet wurden*, bis ihre richtige rechtliche Einordnung durch das Urteil eines nationalen Gerichts geklärt wurde. Dies geschah kurz nach dem in der Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 vorgesehenen Stichtag 1. Januar 2005.

97. Diese Sachverhaltsumstände heben die besonderen Merkmale des geltenden Regulierungssystems hervor. Im Unionsrecht hat die Einordnung eines Produkts als Arzneimittel oder als Lebensmittel regulatorisch ganz erhebliche Folgen. In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Lebensmitteln jedoch nicht unbedingt immer klar und kann sich mit der Zeit ändern oder je nach Mitgliedstaat variieren [37]. Im vorliegenden Fall führt somit allein die Ansicht, dass in Art. 28 Abs. 2 „Produkte“ als „Lebensmittel“ auszulegen seien, noch nicht zu einer vollständigen Lösung. Es stellt sich die Frage: Lebensmittel zu welchem Zeitpunkt und nach wessen Entscheidung?

98. Diese Problematik stellt sich nur aufgrund ganz besonderer Umstände. Die Einordnung von Produkten kann von einer der rechtlichen Kategorien Arzneimittel und Lebensmittel zur anderen wechseln, dies dürfte aber eher die Ausnahme als die Regel sein. Mit anderen Worten dürfte sich die Frage „Lebensmittel zu welchem Zeitpunkt und nach wessen Entscheidung“ nur in seltenen Fällen stellen.

99. Ich werde auf diesen Punkt noch zurückkommen. Zum Abschluss dieses Abschnitts genügt die Feststellung, dass, selbst wenn „Produkte“ als „Lebensmittel“ ausgelegt würden, dies die Anwendung von Art. 28 Abs. 2 auf Produkte, die vor 2005 als Arzneimittel *vermarktet* wurden, jetzt aber als Lebensmittel eingestuft und vermarktet werden (und die dieselbe physische Form mit derselben Handelsmarke wie vorher haben), nicht *ipso facto* ausschließt.

b) Umfassendere kontextuelle, systematische und teleologische Auslegung

100. Der vierte Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1924/2006 bestätigt, dass die Verordnung auf Handelsmarken Anwendung findet, die als gesundheitsbezogene Angaben ausgelegt werden können [38]. Die Verordnung enthält zwei weitere Bestimmungen, die Handelsmarken betreffen: zum einen Art. 1 Abs. 3, der im Wesentlichen eine Ausnahme von den Zulassungserfordernissen der Verordnung für Handelsmarken vorsieht, die als gesundheitsbezogene Angabe aufgefasst werden können, sofern ihnen eine zugelassene gesundheitsbezogene Angabe beigefügt ist, und zum anderen die Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2.

37 — Die vorliegende Rechtssache ist ein Beispiel für einen solchen Fall. Vgl. z. B. Urteile vom 21. März 1991, Delattre (C-369/88, EU:C:1991:137, Rn. 27 und 29), vom 9. Juni 2005, HLH Warenvertrieb und Orthica (C-211/03, C-299/03 und C-316/03 bis C-318/03, EU:C:2005:370, Rn. 56), und vom 5. März 2009, Kommission/Spanien (C-88/07, EU:C:2009:123, Rn. 69).

38 — Vierter Erwägungsgrund: „Diese Verordnung sollte ferner auf Handelsmarken und sonstige Markennamen Anwendung finden, die als nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe ausgelegt werden können.“

101. Eine Gesamtbetrachtung von Art. 1 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 2 erhellt, wie die Verordnung Nr. 1924/2006 auf Handelsmarken Anwendung finden soll. Diese Bestimmungen waren im ursprünglichen Vorschlag der Kommission für die Verordnung nicht enthalten, der für Handelsmarken keine besondere Behandlung vorsah [39]. Das Europäische Parlament schlug in seiner ersten und zweiten Lesung vor, Handelsmarken von der Verordnung gänzlich auszunehmen. Es war der Ansicht, dass eine Anwendung der Verordnung auf Handelsmarken zu Rechtsunsicherheit beitragen und „die Inhaber bestehender Marken übervorteilen [würde], die zum Teil stark von der Wiedererkennung der Marke abhängig sind“ [40]. Eine solche völlige Ausnahme wurde letztlich abgelehnt, und es wurde ein Kompromiss erzielt, dessen Ergebnis in Art. 1 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 2 übernommen wurde.

102. Aus diesen Anmerkungen würde ich folgende allgemeine Schlussfolgerungen für die Auslegung von Art. 28 Abs. 2 ziehen.

103. Erstens wird für Handelsmarken, die als gesundheitsbezogene Angaben aufgefasst werden können, ausdrücklich anerkannt, dass sie im Rahmen der Verordnung Nr. 1924/2006 Besonderheiten aufweisen, so dass die normale Regelung nicht gleichermaßen Anwendung finden kann.

104. Zweitens bestätigen die vorgenannten Anmerkungen meines Erachtens, dass nach Art. 28 Abs. 2 sowohl das Produkt als auch die betreffende Handelsmarke vor dem 1. Januar 2005 bestanden haben müssen (und nicht nur das Produkt oder nur die Handelsmarke).

105. Aus der Entstehungsgeschichte geht hervor, dass Art. 28 Abs. 2 einen gewissen *Übergangsschutz für bestehende Handelsmarken* gewähren soll. Unternehmen, die in eine Marke investiert haben und auf Grundlage dieser Gesamtinvestition und der daraus resultierenden Wiederkennung der Marke ihre Produkte vertreiben, wären mit unverhältnismäßigen Folgen konfrontiert, wenn die Verordnung von heute auf morgen ein Verbot der betreffenden Handelsmarke einführen würde.

106. Dies ist meines Erachtens ein starkes Indiz dafür, dass Art. 28 Abs. 2 *nicht* dahin ausgelegt werden kann, dass er eine *allgemeine* Ausnahme für Handelsmarken eröffnet, die als gesundheitsbezogene Angaben aufgefasst werden können und vor dem 1. Januar 2005 bestanden, ohne dass es auf die Produkte ankäme, für die sie verwendet werden. Vielmehr bietet Art. 28 Abs. 2 Schutz, soweit ein bestimmtes Produkt in Kombination mit einer relevanten Handelsmarke (im Folgenden: relevante Produkt/Handelsmarken-Kombination) vor dem 1. Januar 2005 bestand. Andernfalls könnte eine Handelsmarke, die vor dem 1. Januar 2005 bestand, nach diesem Zeitpunkt für völlig neue Produkte verwendet und für sie weiterhin die Ausnahme in Anspruch genommen werden, obwohl in solchen Fällen kein offensichtlich unverhältnismäßiger und ungerechtfertigter Nachteil entstände.

107. Dieser Ansatz steht auch im Einklang mit dem Urteil Green-Swan, wonach Lebensmittel mit relevanten Handelsmarken „in dieser Form“ am 1. Januar 2005 bestanden haben müssen. Aus der Frage des nationalen Gerichts in der Rechtssache Green-Swan und der Antwort des Gerichtshofs geht eindeutig hervor, dass mit „in dieser Form“ die *Lebensmittel mit den relevanten Handelsmarken* (und nicht nur das Lebensmittel [41] oder nur die Handelsmarke) gemeint sind.

39 — KOM(2003) 424 endg. (ABl. 2004, C 96, S. 8).

40 — Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, A6-0128/2005, Änderungsantrag 19.

41 — Das nationale Gericht hatte in der Rechtssache Green-Swan im Wesentlichen danach gefragt, ob die Ausnahme nach Art. 28 Abs. 2 für a) Lebensmittel „in dieser Form“ oder b) Lebensmittel mit einer Handelsmarke „in dieser Form“ gelte.

108. Drittens muss nach Art. 28 Abs. 2 die relevante Produkt/Handelsmarken-Kombination vor dem 1. Januar 2005 „bestanden“ haben. Meines Erachtens ist die natürliche Bedeutung von „bestehen“ in diesem Zusammenhang, dass die relevante Produkt/Handelsmarken-Kombination zu diesem Zeitpunkt *in derselben physischen Form* bestand. Meines Erachtens lässt sich dem Kontext, der Systematik oder dem Zweck der Verordnung Nr. 1924/2006 nichts entnehmen, was eine andere Auslegung rechtfertigen würde.

109. Insbesondere sehe ich keinen Grund, warum die Art und Weise der Anwendung von Art. 28 Abs. 2 davon abhängen sollte, wie das Produkt in der Vergangenheit vermarktet wurde oder ob eine offenbar unzutreffende rechtliche Einstufung durch den Verkäufer vorlag.

110. Viertens setzt Art. 28 Abs. 2 voraus, dass die relevante Produkt/Handelsmarken-Kombination der Verordnung „nicht entspr[icht]“. Wiederum ausgehend von ihrem Zweck soll diese Bestimmung vermeiden, dass den Inhaber einer Handelsmarke eine unverhältnismäßige Wirkung dadurch trifft, dass ihm das Recht zur Verwendung dieser Handelsmarke von heute auf morgen entzogen wird, weil sie der Verordnung nicht entspricht. Im vorliegenden Fall handelt es sich insoweit tatsächlich um eine angebliche Nichtentsprechung (was nach meinem Verständnis Grundlage des Vorbringens der Revisionsklägerin ist). Ob dieser Zustand der Nichtentsprechung sich aus einer Änderung der Vermarktung oder einer rechtlichen Neueinstufung eines Produkts ergibt, ist meines Erachtens unerheblich. Es liegt hier nicht der Fall vor, dass eine neue Produkt/Handelsmarken-Kombination in einem Zustand der Nichtentsprechung auf den Markt gebracht wird. Die relevante Produkt/Handelsmarken-Kombination war vor dem 1. Januar 2005 in genau derselben physischen Form jahrelang auf dem Markt. Dies dürfte meines Erachtens genau die Art von Produkt sein, für die die Übergangsausnahmeregelung nach Art. 28 Abs. 2 gedacht ist.

111. Schließlich muss allgemein bei der Auslegung des Anwendungsbereichs der Übergangsausnahmeregelung in Art. 28 Abs. 2 nicht nur berücksichtigt werden, dass Ausnahmen eng auszulegen sind, sondern auch, dass Handelsmarken eine Form des Eigentums sind[42]. Wie aus dem oben in Nr. 101 skizzierten Gesetzgebungsverfahren schon ersichtlich, könnte es in extremen Fällen als eine Form der Enteignung angesehen werden, wenn keine angemessenen Übergangsbestimmungen vorgesehen werden.

3. Ergebnis

112. Aus den vorgenannten Gründen schlage ich vor, die dritte Frage des nationalen Gerichts dahin zu beantworten, dass die Bestimmung des Art. 28 Abs. 2 erster Halbsatz der Verordnung Nr. 1924/2006 anwendbar ist, wenn das betreffende Produkt unter seinem Markennamen vor dem 1. Januar 2005 nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet wurde. In diesen Fällen setzt Art. 28 Abs. 2 voraus, dass das betreffende Produkt zu diesem Zeitpunkt a) in derselben physischen Form und b) mit derselben Handelsmarke bestand.

V – **Ergebnis**

113. Ich empfehle dem Gerichtshof, die ihm vom Bundesgerichtshof vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Frage 1

42 — Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte; vgl. allgemein Urteil vom 16. Juli 2015, Coty Germany (C-580/13, EU:C:2015:485, Rn. 29); vgl. auch Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 11. Januar 2007, Anheuser-Busch Inc./Portugal (ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, Rn. 66 bis 78) (wo der Schutz des Art. 1 des Protokolls Nr. 1 sogar auf bloße Anträge auf Eintragung einer Handelsmarke erstreckt wird).

Flüssigkeiten mit ähnlichen Eigenschaften, wie sie die Produkte im Ausgangsverfahren aufweisen, die einen Alkoholgehalt von 27 Volumenprozent haben, als Spirituosen bezeichnet werden, in Pipettenfläschchen mit einem Inhalt von 10 ml oder 20 ml oder als Spray über Apotheken vertrieben werden und nach den beigefügten Anweisungen zur Einnahme in sehr kleinen Mengen in Form von Tropfen oder als Spray bestimmt sind, stellen keine „Getränke“ im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel dar.

Frage 2

Für Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile im Sinne von Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1924/2006 sind keine unmittelbaren wissenschaftlichen Nachweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung erforderlich. Für sie sind jedoch mittelbare Nachweise in Form allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise erforderlich, welche die spezielle Angabe belegen, die den Verweisen auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile beigefügt sein muss.

Frage 3

Die Bestimmung des Art. 28 Abs. 2 erster Halbsatz der Verordnung Nr. 1924/2006 ist anwendbar, wenn das betreffende Produkt unter seinem Markennamen vor dem 1. Januar 2005 nicht als Lebensmittel, sondern als Arzneimittel vermarktet wurde. In diesen Fällen setzt Art. 28 Abs. 2 voraus, dass das betreffende Produkt zu diesem Zeitpunkt a) in derselben physischen Form und b) mit derselben Handelsmarke bestand.