

Rechtlich hinreichend gesicherte Werbung*

Praktische Konsequenzen aus der Rechtsprechung für die Lebensmittelvermarktung

Rechtsanwalt Dr. Moritz Hagenmeyer, Hamburg

Gesetzliche Vorschriften müssen interpretiert werden, um angewendet werden zu können. Für die Praxis kommt es entscheidend darauf an, wie die Gerichte einschlägige Normen auslegen. Aus diesem Grund stellt der Autor eine Reihe neuerer Entscheidungen zu den Werbeverböten der §§ 17 und 18 LMBG vor. Anhand der Urteile spürt er aktuelle Trends in der Rechtsprechung auf, die praktische Bedeutung für die Lebensmittelvermarktung haben. Diese Konsequenzen liegen wesentlich darin begründet, daß die Gerichte das neue Leitbild eines informierten und verständigen Durchschnittsverbrauchers ernst nehmen. Allein dadurch verringern sich mögliche Irreführungsgefahren in der Lebensmittelkennzeichnung und -werbung. Außerdem wird das bisher sehr weite Verständnis vom Krankheitsbegriff mit zunehmender Aufklärung enger. Trotzdem betont der Autor, daß vor allem vorsichtige Formulierungen gebraucht werden sollten, um rechtliche Risiken zu reduzieren.

I. Vom Kartenspiel und der Lebensmittelvermarktung

Der Volksmund reimt angeblich: „Kartenspiel und Weiber sind die besten Zeitvertreiber“¹. Ob das Kartenspiel auch mit der Lebensmittelvermarktung vergleichbar ist, soll an dieser Stelle nicht erschöpfend behandelt werden. Gewisse Parallelen lassen sich jedoch erkennen, jedenfalls wenn man eine sportliche Betrachtungsweise wählt. Denn auch bei der Kennzeichnung von bzw. Werbung für Lebensmittel wird nach bestimmten Regeln gespielt. Sie heißen in erster Linie § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) u. b) LMBG und § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG. Dieser Aufsatz widmet sich der maßgeblichen Interpretation dieser drei Spielregeln, wie sie in der letzten Vergangenheit durch deutsche Gerichte vorgenommen worden ist. Damit sollen dem geneigten Spieler Möglichkeiten aufgezeigt werden, sein Blatt bzw. das Risiko eines bestimmten Spielzugs realistisch einzuschätzen und seine Hand nicht zu überreizen. Denn nur mit rechtlich hinreichend gesicherter Werbung läßt sich eine Partie Lebensmittelvermarktung erfolgreich bestehen. Und wer möchte nicht gerne mit dem Trumpf-As den letzten Stich machen?

* Als Referat präsentiert auf der Fachtagung „Lebensmittelrecht und Verbraucherschutz“ am 21. November 2001 in Offenbach.

¹ Alt-Hamburger Skat-Blatt, von Hein Gas; erhältlich auch im Museum für Hamburgische Geschichte.

II. Erste Spielregel: § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b) LMBG – Nicht irreführen!

In jüngster Zeit hat die Rechtsprechung aufschlußreiche Urteile zum Irreführungsverbot im Lebensmittelrecht verkündet, die für jeden Werbenden von Interesse sein dürften. Sie betreffen in erster Linie das Verhältnis von der Schauseite einer Verpackung zu den vorgeschriebenen Pflichtkennzeichnungselementen. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, daß die Bedeutung dieser Entscheidungen erheblich über die jeweiligen Sachverhalte und ihre rechtliche Bewertung im Einzelfall hinausreicht.

1. OLG Frankfurt am Main, ZLR 2001, 450 – „Deutscher Mozzarella“

Zum besseren Verständnis der „Deutscher Mozzarella“-Entscheidung des OLG Frankfurt am Main empfiehlt sich ein Blick auf die Verpackung des streitgegenständlichen Käses, die in ZLR 2001, 451 – geringfügig verkleinert – abgebildet ist. Auf der Vorderseite ist neben dem Produktnamen „MOZZARELLA Polenghi“ nur ein sog. Serviervorschlag zu sehen: Tomatenscheiben, die sich mit Mozzarellascheiben abwechseln. Auf der Rückseite liest man u. a. die Angaben „FROMAGE FRAIS ITALIEN“, „ITALIAANSE VERSE – KAAS“ und „MOZZARELLA DI LATTE DI VACCINO“. Nur wer gründlich sucht, findet auf der Packungsrückseite unterhalb der Mitte – neben dem Genußtauglichkeitskennzeichen – auch folgenden, nicht weiter auffälligen Schriftblock „POLENGHI – NAPOLI/PRODUCT OF GERMANY/PRODUIT EN ALLEMAGNE/HERGESTELLT IN DEUTSCHLAND/PRODUKT UIT DEUTSCHLAND/PRODOTTO IN GERMANIA“.

Unter der Bezeichnung „Polenghi“ wird in Deutschland auch italienischer Mozzarella vertrieben. So liegt der Vorwurf der irreführenden Packungsgestaltung im konkreten Fall nahe: dieser Käse sieht so aus, als ob er aus Italien stammt! Doch die Richter des OLG Frankfurt, die sich selbst „aufgrund eigener Kenntnisse und Erfahrungen“ für informiert und aufmerksam halten, verneinen eine Irreführungsgefahr. Sie meinen, die Vorderseite der Verpackung erwecke – trotz des italienischen Namens – nicht den Eindruck italienischer Herkunft, jedenfalls mache die Gestaltung eine nähere Überprüfung nicht überflüssig. Das bedeutet letztlich nichts anderes, als daß der Verbraucher die Verpackung umdrehen muß, wenn er herausfinden will, woher der Käse stammt. Die Richter sind vor allem der Auffassung, dem Verbraucher, der sich für diese Käsesorte interessiert, sei die Entwicklung auf dem Mozzarella-Markt nicht entgangen, daß nämlich eine italienische Herkunft von Mozzarella auf der Schauseite stets deutlich und unübersehbar hervorgehoben („Mozzarella Italiana“, „Original Italienisch“ oder „Originale Italiana“), eine deutsche Herkunft dagegen auf der Schauseite üblicherweise nicht erwähnt werde. Außerdem wisse der Verbraucher, daß der italienische Mozzarella teurer ist als der deutsche,

daß es also zwei Marktsegmente gibt, daß aber in beiden Segmenten mit dem Motiv der Tomaten- und Mozzarellascheiben geworben wird².

2. OLG Düsseldorf, ZLR 2000, 601 – „Lurpak Streichzart“

Einen ähnlichen Fall hat das OLG Düsseldorf in Sachen „Lurpak Streichzart“ entschieden. Im Streit steht hier die Verpackungsgestaltung eines Mischfett-Brotaufstrichs aus 75 % Butter und 25 % Pflanzenfett: das Produkt ist in denselben Farben und mit demselben Emblem aufgemacht wie die bekannte „Lurpak“-Butter, nur statt des Hinweises auf Markenbutter heißt es auf dem Deckel der Schachtel „Streichzart“³. Unter Irreführungsgesichtspunkten wird beanstandet: es kann der Verpackung – ohne besondere Klarstellung – nicht entnommen werden, daß das Mischfett keine Butter ist. Das Urteil erwähnt leider nicht, daß das Produkt auf der Rückseite ordnungsgemäß mit der beschreibenden Verkehrsbezeichnung „Dänisches Mischfett aus 75 % LURPAK-Butter und 25 % pflanzlichem Fett“ gekennzeichnet ist.

Die Richter des OLG Düsseldorf, die sich „angesichts der streitgegenständlichen Ware“ zu den aufmerksamen Durchschnittsverbrauchern zählen, fühlen sich nicht irreführt⁴. Sie meinen, es sei hinreichend deutlich, daß das Mischfett keine Butter ist. Vor allem die Verpackung in einer Schachtel mit Deckel, die eher an Margarine erinnert, mache auf den Unterschied aufmerksam: ohne die charakteristische Alufolie stelle der Verbraucher sich nämlich die Frage, ob das Produkt tatsächlich Butter sei. Außerdem sei der Verkehr daran gewöhnt, auf einer Butterpackung vorne das Wort „Butter“ (oder „Markenbutter“ o. dgl.) zu finden – fehle dieses Wort, dann liege die Vermutung nahe, daß es keine Butter ist; das Wort „Streichzart“ statt dessen veranlasse zu einer näheren Untersuchung der Ware⁵.

3. Praktische Konsequenzen: Pflichtgemäß kennzeichnen!

Entscheidend für die Praxis ist der Grundgedanke dieser zwei Urteile: Wenn die Schauseite einer Verpackung unklar gehalten ist oder verschiedene Interpretationen zuläßt, dann muß der Verbraucher sie „näher ... überprüfen“⁶ bzw. sich mit dem Pro-

2 Hauer, ZLR 2001, 458, 460–461, hat diese Urteilsbegründung nicht überzeugt. Er zweifelt daran, daß der Verbraucher all diese Umstände tatsächlich kennt, und vermutet, der Name „Polenghi“ könne auch gerade wegen seines italienischen Klangs gewählt worden sein. Dieser Verdacht liegt in der Tat nahe – wer schreibt schon ohne Plan einen bekannten italienischen Käse-Namen auf sein deutsches Produkt, zumal wenn es zwei verschiedene Marktsegmente mit unterschiedlichem Preisniveau gibt?

3 Die Verpackung ist leider nicht in der ZLR abgebildet, weil das Gericht keine Kopie in die Entscheidung integriert hat und die konkrete Ausstattung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht mehr erhältlich war.

4 Die Entscheidung erging aufgrund von § 3 UWG.

5 Frisinger, ZLR 2000, 606, 607–610, vermutet dagegen, der Hersteller habe es mit seiner Produktgestaltung gerade auf eine gezielte Irreführung angelegt; der Verbraucher habe aber einen Anspruch auf eine wahre Information.

6 OLG Frankfurt am Main, ZLR 2001, 450, 456 – „Deutscher Mozzarella“.

dukt „näher befassen“⁷. Eine Gestaltung ist nicht zwangsläufig irreführend, sofern sich Unklarheiten mit Hilfe weiterer Informationen auf der Packung aufklären lassen⁸. Sachlich zutreffende Angaben dürfen im Zweifelsfall auch auf der Rückseite der Verpackung gekennzeichnet werden⁹. Wer seine Lebensmittel pflicht- und wahrheitsgemäß kennzeichnet, läuft also an und für sich nicht Gefahr, mit § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b) LMBG in Konflikt zu geraten.

Aus den beiden Entscheidungen zeichnet sich folglich ein genereller Trend ab: Die Richter trauen bzw. muten dem Verbraucher mehr Aufmerksamkeit und Verantwortung zu als bisher – man könnte auch sagen: sie nehmen das neue Leitbild des verständigen Verbrauchers ernst. Der Kennzeichnungspflicht des Herstellers stellen die Gerichte quasi die Informationspflicht des aufmerksamen Verbrauchers gegenüber. Er muß die maßgeblichen Elemente der Packungskennzeichnung finden und auch lesen. Unterläuft ihm bei der Wahrnehmung eines Lebensmittels ein Irrtum, den er mit Hilfe von vorgeschriebenen Angaben auf der Verpackung aufklären kann, dann handelt er in den Augen der Justiz sozusagen auf eigenes Risiko. Das gilt vor allem im Hinblick auf Pflichtkennzeichnungselemente, zu deren Lektüre der verständige Durchschnittsverbraucher zum Schutz vor einem Irrtum geradezu verpflichtet ist¹⁰.

III. Zweite Spielregel: § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) LMBG – Nicht mit wissenschaftlich ungesicherten Aussagen werben!

Besondere Schwierigkeiten bereitet dem Marketing wie auch den zuständigen Gerichten das Verbot der wissenschaftlich nicht hinreichend gesicherten Lebensmittelwerbung. Das liegt wohl nicht zuletzt daran, daß sich diese Norm an der Schnittstelle zweier grundverschiedener Disziplinen befindet, die jede ihre eigene Sprache spricht. Die „Wissenschaft“ benutzt regelmäßig andere Kriterien zur Bewertung ihrer Forschungsergebnisse als die Juristen. Ein ernstzunehmender Wissenschaftler sieht fast immer noch weiteren Forschungsbedarf; kaum wird er sich jemals dazu

7 OLG Düsseldorf, ZLR 2000, 601, 605 – „Lurpak Streichzart“.

8 Wenn eine Schauseite jedoch insgesamt den Eindruck einer vollständigen Kennzeichnung erweckt, kann sie trotzdem Irreführungsfahren bergen.

9 Unzutreffend ist aus dieser Perspektive deshalb das Urteil des Hans. OLG Hamburg, ZLR 1999, 642, 646 – „Schoko“ (es erging ebenfalls aufgrund von § 3 UWG). Zwar gehören auch die Hamburger Oberlandesrichter zu den aufmerksamen und verständigen Verbrauchern. Doch halten sie die – unauffällige – Kennzeichnung der Verkehrsbezeichnung „Doppelkeks mit Kakaocreme-Füllung“ auf der Seite einer Doppelkeksrolle nicht für ausreichend, um den ihrer Meinung nach irreführenden Eindruck der hervorgehobene Angabe „SCHOKO“ auszuräumen. Das kritisiert zu Recht *Martell*, ZLR 1999, 647, 649; er hat eine Änderung der Rechtsprechung weitsichtig schon damals vorhergesagt.

10 Vgl. EuGH, ZLR 2000, 317, 322 – „d'arbo naturel“ m. zust. Anm. *Kühn*; EuGH, ZLR 1999, 39, 42 – „Stopfleberzubereitung“ m. zust. Anm. *Horst* u. EuGH, ZLR 1995, 667, 672 – „Sauce béarnaise“. Vgl. schon früher EuGH, ZLR 1979, 343 – „Cassis de Dijon“ u. EuGH, ZLR 1987, 326, 332 – „Bier“, m. Anm. *Zipfel* u. *Gündisch*; vgl. dazu auch *Krohn*, ZLR 1987, 265; *Horst*, Verbraucherinformationen bei verpackten Lebensmitteln, S. 38 Fn. 141; *Horst*, ZLR 1989, 348, 349; *Michaelis*, ZLR 1990, 233.

hinreißen lassen, eine Aussage als abschließend gesicherte und unumstrittene Erkenntnis gelten zu lassen; oft existieren bei neuen Forschungsergebnissen tatsächlich gewichtige Gegenstimmen. Methodische Zweifel, der Umfang einer Studie oder das Erfordernis, mit Hypothesen arbeiten zu müssen, machen wissenschaftliche Gutachten angreifbar. Außerdem lassen sich Ursache und Wirkung bei derart komplexen Vorgängen wie den Einzelheiten der menschlichen Ernährung nur mit großen Schwierigkeiten stichhaltig belegen – vor allem soweit es um gesundheitsdienliche Effekte geht¹¹.

Und doch müssen Juristen – nämlich Richter – bei Rechtsstreitigkeiten eine eindeutige Entscheidung darüber treffen, ob eine Werbeaussage wissenschaftlich hinreichend gesichert ist oder nicht. Da ist es wenig verwunderlich, daß die meisten Verfahren zu § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a) LMBG mit einer Verurteilung enden. Sobald eine Behauptung von den zuständigen Richtern als Wirkaussage eingeordnet wird, scheitert sie beinahe automatisch an der Hürde des gesetzlichen Verbots¹². Denn fast immer sind die streitigen Werbetexte dann so formuliert, daß sie sich nicht überzeugend und nachvollziehbar beweisen lassen.

1. OVG Hamburg, ZLR 1996, 214 – „levitiertes Wasser“

Das „levitierte Wasser“ hat in jüngster Vergangenheit als „Hamburger ‚Wunderwasser‘“ erneut Schlagzeilen gemacht¹³. Dabei standen die Werbeaussagen für dieses Produkt schon vor einigen Jahren auf dem juristischen Prüfstand¹⁴. Hamburger Leitungswasser, dessen Molekularstruktur mit einer sogenannten Levitationsmaschine angeblich verändert wird, soll nach Angaben des Herstellers eine besondere Saugenergie besitzen. Das levitierte Wasser wird u. a. mit der Aussage beworben: „Es regt den Stoffwechsel spürbar an“. Den Vorwurf, die Behauptungen über die besonderen Wirkungen seines Produkts seien wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert, versucht der Hersteller mit einer Reihe von Beweismitteln zu entkräften. Doch hält keines seiner Argumente den Kriterien des OVG Hamburg an den erforderlichen Nachweis stand – den Verwaltungsrichtern werden letztlich nur pseudowissenschaftliche Gutachten vorgelegt.

11 Nur hinsichtlich der – jedenfalls langfristig – gesundheitsschädlichen Wirkung (größerer Mengen) einiger Stoffe scheint sich die Wissenschaft weitgehend einig zu sein; hierzu zählen z.B. Alkohol und Koffein.

12 Umgekehrt liegt beim erfolgreichen Nachweis einer Wirksamkeit oft der Verdacht nahe, daß es sich bei einem Produkt um ein Arzneimittel und nicht um ein Lebensmittel handelt – das gilt um so mehr, seit der BGH in seiner Rechtsprechung „pharmakologische Wirkungen“ bzw. „pharmakologische Eigenschaften“ als Abgrenzungskriterium heranzieht; vgl. BGH, ZLR 2000, 375, 377 – „L-Carnitin“ u. BGH, ZLR 2001, 561, 563 – „3-fache Tagesdosis“ m. Anm. Horst.

13 Die Hamburger Morgenpost titelte am 28. Mai 2001: „Hamburger ‚Wunderwasser‘ – Werbung mit einer Toten“ und schrieb weiter auf Seite 1: „Das Wundermittel heißt ‚levitiertes Wasser‘ – und ist nichts anderes als gequirktes Leitungswasser“.

14 Vgl. schon zuvor VG Minden, ZLR 1994, 62.

Der Hersteller beruft sich zunächst auf Untersuchungen der Wirkung von levitiertem Wasser auf das Pflanzenwachstum von fleischfressenden Venusfliegenfallen sowie auf die Samenkeimung von hitzegeschädigten Radieschen, aus denen sich jedoch keine Schlüsse auf den menschlichen Stoffwechsel ziehen lassen. Zudem können die angewandten Methoden keine Zufallsergebnisse ausscheiden. Die Untersuchung eines Heilpraktikers ist mit 55 oder 56 Testpersonen an einer zu kleinen Zahl von Probanden und außerdem weder im Blindversuch noch als Doppelblindstudie durchgeführt worden; sie leidet zudem an einer nicht anerkannten wissenschaftlichen Vorgehensweise und der Auswertung durch ein Labor, über dessen wissenschaftliche Qualifikation nichts bekannt ist. Eine weitere Untersuchung besteht in einem Eiweißtest, der weder kontrollierbar noch hinsichtlich der Sicherung seiner Randbedingungen eindeutig ist. Theoretische Abhandlungen eines Diplomchemikers aufgrund von allgemeinem Wissen erbringen ebenfalls keinen Beweis für die Wirkung des levitierten Wassers. Schließlich hat ein zweifelhafter Akademiker Photoemissionen gemessen, kann damit aber keinen signifikanten Unterschied zwischen levitiertem und normalem Wasser nachweisen.

2. LG Hamburg, LRE 40, 401 – „Kombucha“

Vor kurzem mußte sich auch das LG Hamburg ausführlich mit Wirkungsaussagen für ein denkwürdiges Lebensmittel befassen. Der Hersteller eines „Kombucha“(Tee-pilz)-Getränks wirbt u. a. (auf der Flasche!) mit folgenden Behauptungen:

- “Kombucha hilft durch seinen Enzymgehalt bei der Aufspaltung von Nahrungstoffen und kann so die Darmfunktion verbessern“,
- “Durch seinen Gehalt an wertvollen Lactobacillen (Milchsäurebakterien) kann Kombucha die Erhaltung der Darmflora fördern und die körpereigenen Abwehrkräfte unterstützen“ und
- “Kombucha kann durch seine Hefen zu einer reinen Haut beitragen“.

Ein Wettbewerber gibt zwei Gutachten in Auftrag, die zu dem Ergebnis kommen, daß keine Enzyme im Produkt nachweisbar sind bzw. daß dort kein Wachstum von Mikroorganismen festgestellt werden kann; daraufhin erwirkt er eine einstweilige Verfügung gegen den Hersteller und läßt ihm seine Werbung gerichtlich verbieten. Der Hersteller legt umgehend Widerspruch ein und überreicht dem Gericht kurzfristig insgesamt sieben Gegengutachten, welche die beworbene Wirkung seines Produkts wissenschaftlich absichern sollen. Trotzdem verliert er den Rechtsstreit auf ganzer Linie.

Die Hamburger Landrichter zählen sich zunächst zu den angesprochenen Verkehrskreisen und erklären dann, daß die Verbraucher die Werbebehauptungen als Wirkungsversprechen verstehen, daß sie also durch den Konsum des Produkts eine tatsächliche Verbesserung ihres Wohlbefindens erwarten. Aus der Urteilsbegründung

läßt sich anschaulich entnehmen, in welcher Hinsicht die drei Werbeaussagen für das Teepilz-Getränk gegen das gesetzliche Verbot verstoßen:

a) Enzyme und Aufspaltung von Nahrungsstoffen bzw. Verbesserung der Darmfunktion

Einem Gutachten des Wettbewerbers zufolge ist eine enzymatische Aktivität des Produkts überhaupt nicht nachweisbar. Die Aktivitäten, die das vierte Gegengutachten des Herstellers feststellt, können keine Wirkung im Darmtrakt entfalten, weil Enzyme im Produkt in zu geringer Konzentration enthalten sind bzw. die Darmpassage nicht überstehen. Es bleibt danach letztlich völlig offen, ob gemessene Enzyme im menschlichen Darm wirken können. Das fünfte Gegengutachten bestätigt enzymatische Aktivitäten nur für eine Spezialprobe, erbringt damit aber keinen Beleg für Wirkungen des konkreten Produkts im menschlichen Darm. Das sechste Gegengutachten beschränkt sich nur auf Literaturrecherchen und Erfahrungen des Gutachters, untersucht aber ebenfalls nicht das im Handel befindliche Produkt und kann schon deshalb keine gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis liefern. Das siebte Gegengutachten bezieht sich lediglich auf einen Versuch, der an sechzehn weiblichen Mäusen vorgenommen wurde, und kann daher auch keinen gesicherten Forschungsstand über eine funktionelle Wirkung auf den menschlichen Organismus belegen¹⁵. Die Kontrollgruppe mit acht Mäusen ist außerdem mit dem Teepilz-Getränk als alleinige Flüssigkeitszufuhr versorgt worden, was ersichtlich nicht dem Konsumverhalten der Verbraucher entspricht. Ein Gutachter des Wettbewerbers berechnet daraus: „selbst wenn man 65 Liter Kombucha trinken würde, sei nicht gewährleistet, daß nur ein Bruchteil des Lipasegehalts im Duodenum ankommen würde, verglichen mit dem Lipasegehalt eines Pankreoflat Dragees“¹⁶.

b) Wertvolle Lactobacillen und Erhaltung der Darmflora bzw. Unterstützung der körpereigenen Abwehrkräfte

Der Wettbewerber legt einen Testbericht über probiotische Joghurts vor; danach gibt es Hinweise aus Tierversuchen, daß lebende Lactobazillen die Konzentration schädlicher Stoffwechselprodukte im Darm senken können¹⁷. Es ist allerdings noch nicht bewiesen, ob sich diese Forschungsergebnisse auf den gesunden Menschen übertra-

15 Der Wettbewerber stützt sich insoweit auf den Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Probiotische Mikroorganismenkulturen in Lebensmitteln“ am BgVV vom Oktober 1999.

16 LG Hamburg, LRE 40, 401, 405 – „Kombucha“.

17 Stiftung Warentest, „test“ Juli 1998, S. 81–82; vgl. zum Kriterium der „lebenden, vermehrungsfähigen Keime“ in probiotischen Lebensmitteln inzwischen auch Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 323, 326 – „probiotisch“ m. Anm. *Persin*.

gen lassen¹⁸. Die Wirkungen sind überhaupt nur dann möglich, wenn eine genügend große Anzahl aktiver probiotischer Keime enthalten und täglich gegessen werden. Im Kombucha befinden sich aber nur hitzeinaktivierte Lactobazillen. Der Hersteller kann nicht durch Vorlage wissenschaftlicher Studien belegen, daß sie bei der Stärkung der körpereigenen Abwehrkräfte die gleiche Wirksamkeit haben wie lebende Bazillen oder daß sie in ausreichender Anzahl im Produkt vorhanden sind. Das erste Gegengutachten erkennt den hitzeinaktivierten Lactobazillen lediglich eine immunstimulierende Wirkung zu, belegt aber nicht, daß sie den gleichen positiven Einfluß auf die Darmflora ausüben wie lebende Bazillen; es setzt sich nur abstrakt mit der Wirkweise von Keimen auseinander, ohne das konkrete Produkt anhand von Studien am Menschen zu untersuchen. Das zweite Gegengutachten kann ebenfalls den wissenschaftlichen Nachweis nicht führen, da es sich dabei lediglich um eine Studie an vierzig Mäusen handelt. Das dritte und das sechste Gegengutachten befassen sich insoweit wiederum nicht mit dem konkreten Produkt.

c) Hefen und reine Haut

Ein weiteres Gutachten des Wettbewerbers ermittelt den Festanteil an Hefe im Kombucha mit 0,76 g/l und vergleicht ihn mit dem Hefegehalt von „Levurinetten N“. Nach dem Beipackzettel für dieses Arzneimittel verlangt die medizinische Behandlung von Hautproblemen mit Hilfe einer Hefekur aber eine Mindestmenge von 5–6 g pro Tag. Das dritte Gegengutachten befaßt sich dagegen nur allgemein mit dem Einfluß von Hefe auf pathologisch veränderte und gesunde Haut, also ohne konkreten Bezug zum Produkt und ohne auf die erforderlichen Mengen einzugehen. Das sechste Gegengutachten erläutert die systemisch immunstimulierende Wirkung von Hefepräparaten, nimmt aber insoweit ebenfalls keine Untersuchung des streitgegenständlichen Produkts vor.

3. Praktische Konsequenzen: Vorsichtig formulieren!

In der Zusammenschau zeigt sich: Zur Absicherung der Werbeaussagen fehlt es in beiden Fällen durchgehend an wissenschaftlichen Untersuchungen des konkreten Produkts am Menschen. So kann am Ende jedesmal kein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verzehr des beworbenen Lebensmittels und der ausgelobten bzw. versprochenen Wirkung nachgewiesen werden. Vergleicht man nun noch die Werbung aus den beiden Urteilen mit solchen Aussagen, die – soweit bekannt – bisher nicht Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten gewesen sind, dann liegt eine Schlußfolgerung nahe: Für die Zulässigkeit von Wirkaussagen kommt es entscheidend auf die Formulierung an, die das Marketing wählt.

¹⁸ Nach dem Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Probiotische Mikroorganismenkulturen in Lebensmitteln“ am BgVV vom Oktober 1999, auf den sich der Wettbewerber stützt, werden ausdrücklich wissenschaftliche Daten verlangt, die mit Hilfe von Studien am Menschen erstellt wurden.

Im Zweifel kann jede wissenschaftliche Studie mit Aussicht auf Erfolg angegriffen werden, und sei der Hersteller auch noch so gut vorbereitet. Denn stets könnte man ja auch noch gründlicher, noch länger oder noch mehr Probanden untersuchen; außerdem könnten weitere Alternativ-Ursachen oder Kombinationseffekte auszuschließen sein. Deshalb muß die Werbung mit Wirkaussagen in ihrer Wortwahl immer sehr vorsichtig sein; Beispiele sind etwa „kann dazu beitragen“, „unterstützt bei regelmäßigem Verzehr“, „wirkt sich positiv aus“ oder „und man fühlt sich wohl“. Wer sich für derart zurückhaltende Formulierungen entscheidet, dem wird es erheblich leichter fallen, das erforderliche Maß an wissenschaftlichem Nachweis zu erbringen, als demjenigen, der sich zu einem Garantieverprechen versteigt, das er letztlich nicht halten kann.

IV. Dritte Spielregel: § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG – Keine krankheitsbezogenen Aussagen machen!

Wenn sie es wüßten, könnten die informierten und verständigen Verbraucher vermutlich kaum glauben, was die Rechtsprechung zu ihrem Schutz in jüngster Vergangenheit alles als Krankheit angesehen hat. Werden sie doch von der Gesundheitspolitik und den Krankenkassen immer stärker dazu aufgerufen, sich ausreichend zu bewegen und vor allem sich gesund zu ernähren, um nicht einer der verbreiteten Zivilisationskrankheiten zum Opfer zu fallen. Doch von Gesetzes wegen dürfen Hersteller von Lebensmitteln bisher nicht über die Krankheitsrisiko-verbeugenden Eigenschaften ihrer Produkte informieren; damit soll einer Selbstmedikation des Verbrauchers mit Lebensmitteln vorgebeugt werden¹⁹ – angesichts des neuen Leitbilds vom verständigen Verbraucher ist das gewiß ein Anachronismus, der zumindest im Hinblick auf eine mögliche Risikovorbeugung zügig gelockert werden sollte²⁰. Einige aktuelle Beispiele mögen veranschaulichen, welche Aussagen in der Praxis zuletzt aufgrund von § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG verboten worden sind und welche nicht²¹.

19 Vgl. z.B. OLG Köln, ZLR 2001, 872, 898 – „das Herz schützen“ (in diesem Heft); das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG soll dagegen nicht verhindern, daß Lebensmittel als Quasi-Arzneimittel beworben werden, dazu dient allein § 17 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c) LMBG; unzut. insoweit Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 737, 739 – „cholesterinsenkende Wirkung“; vgl. dazu auch Köhler, WRP 2001, 363, 369 u. ZLR 1999, 599, 608.

20 Zu den gegenwärtigen Reformbestrebungen vgl. Horst/Mrohs, ZLR 2000, 125, 137–138; Schroeter, ZLR 2000, 141, 148; Schroeter, ZLR 1999, 711, 718; CIAA, Code of practice on the use of health claims DOC MIN/066/99E-Final, S. 3–5.

21 Es gibt sogar Aussagen, die sowohl verboten als auch später nicht verboten wurden; vgl. Hans. OLG Hamburg, ZLR 1995, 60 – „Immunsystem“ u. ZLR 2001, 147 – „Immunsystem II“.

1. Verbotene Werbeaussagen

Am Verbot der krankheitsbezogenen Werbung sind sowohl eindeutige Benennungen von bekannten Krankheiten als auch – an und für sich unverdächtige – bloße Erwähnungen von Körperfunktionen oder -organen gescheitert. Da die Rechtsprechung unter Krankheit seit langem jede, noch so geringfügige oder kurzfristige Abweichung vom gesunden Normalzustand des Menschen versteht und einen Bezug dazu auch mittels weiter Assoziationsmöglichkeiten einbezieht, geraten oft Behauptungen in Konflikt mit dem Gesetz, die auf den ersten Blick gar keinen Krankheitsbezug vermuten lassen. Bei anderen, klar erkennbar krankheitsbezogenen Aussagen – wie z. B. der Nennung von „Krebs“ – fragt man sich zuweilen, mit welcher Absicht Hersteller wohl auf die Idee kommen, im Einzelfall so für ihre Lebensmittel zu werben.

a) OLG Köln, ZLR 2001, 872 – „das Herz schützen“

In dem aktuellen Urteil des OLG Köln wird nicht nur eine Werbeaussage als zulässig eingestuft²². Es gibt daneben auch drei weitere Behauptungen, die gegen das gesetzliche Verbot verstoßen. In der streitigen Anzeige eines Verkäufers heißt es u. a., die Vitamine in frischem Gemüse und Salat sollen „sogar vor Krebs schützen“, „Laut Studien kann Rotwein dazu beitragen, ... Herzkrankheiten vorzubeugen“ und „Diese können ... den Blutdruck regulieren und sollen sogar eine krebsvorbeugende oder -hemmende Wirkung haben“. Daß diese Werbung sich hinter Meinungen Dritter versteckt, befreit sie nach Ansicht des Gerichts nicht vom Vorwurf des verbotenen Krankheitsbezugs. Denn der Werbende macht sie sich zu eigen und lobt die Wirkungen damit auch für seine Lebensmittel aus.

Die Kölner Oberlandesrichter, die sich selbst zum angesprochenen Verkehr zählen, verstehen die erste und die dritte Aussage dahin, daß die beworbenen Lebensmittel die Entstehung von Krebs verhindern können. Krebs werde eindeutig als Krankheit begriffen und nicht nur als allgemeine Umschreibung – es sei daher nicht weiter erforderlich, eine bestimmte konkrete Krankheit im medizinisch fachlichen Sinne zu nennen. Weil den angesprochenen Adressaten der Zusammenhang zwischen Gefäßveränderungen und bestimmten Herzerkrankungen bis hin zum Herzinfarkt bekannt sei, deuten die Richter auch die zweite Werbeaussage über den Verzehr von Rotwein im Wege einer Assoziation als konkret krankheitsvorbeugend. Der Begriff „Blutdruckregulierung“ in der dritten Aussage suggeriert schließlich nach Meinung des Gerichts nicht nur Gesunderhaltung sondern vielmehr Abweichungen vom Normalzustand, die einer Begradigung bedürfen. Darin sehen die Richter ein eigenständiges Krankheitsbild, nämlich Bluthochdruck, und nicht nur einen rechtlich unbedenklichen Risikofaktor arteriosklerotischer Gefäßerkrankungen.

²² Siehe unten 2. a).

b) Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 737 – „cholesterinsenkende Wirkung“

An dem „cholesterinsenkende Wirkung“-Urteil des OLG Hamburg läßt sich besonders gut erkennen, wie außerordentlich wichtig jedes einzelne Wort einer Werbeaussage sein kann. Der Hersteller einer Diät-Margarine läßt in seiner Werbung einen begeisterten Verbraucher wie folgt zu Wort kommen: „Ich konnt's kaum glauben, aber mein Cholesterin ist deutlich runter gegangen“. Die Hamburger Oberlandesrichter werten einen jenseits der üblichen Schwankungen erhöhten Cholesterinspiegel als Stoffwechselerkrankung²³. Zwar bemerken sie, daß ein erhöhter Cholesterinspiegel ein bedeutsamer Risikofaktor für Koronarerkrankungen ist, aber sie verleihen diesem Faktor gleichzeitig einen eigenständigen Krankheitswert²⁴. So können die Richter folgern, die beworbene „deutliche“ Senkung signalisiere einen ebenso „deutlich“ erhöhten, krankhaften und medizinisch behandlungsbedürftigen Cholesterinspiegel; eben darin sehen sie den Krankheitsbezug.

Das ist fast so, als wolle man einem Raucher frische Luft empfehlen, den Nichtraucher aber von dieser Wohltat ausschließen. Warum sollte nicht auch jemand mit einem normalen Cholesterinspiegel auf gesunde Ernährung achten und versuchen, seinen Cholesterinspiegel zu senken? Der Schluß von einer deutlichen Senkung auf eine vorherige deutliche Erhöhung ist keineswegs zwingend²⁵. Die Urteilsbegründung legt das Wort „deutlich“ in der streitigen Formulierung derart auf die Goldwaage, daß man leicht vermuten kann: hätte die Äußerung auf dieses Wort verzichtet oder statt dessen z. B. das Wort „wirklich“ verwendet, dann wäre die Werbung nicht verboten worden. Jedenfalls spricht nach dem Wortlaut der Entscheidung nichts gegen diese Vermutung.

c) Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 147 – „Immunsystem II“

Auch die „Immunsystem II“-Entscheidung des OLG Hamburg hat vor allem Bedeutung wegen der einen Werbeaussage, die sie erlaubt²⁶. Das Urteil verbietet aber auch drei weitere Formulierungen, deren Krankheitsbezug jeweils so deutlich zum Ausdruck kommt, daß der Werbende geradezu bestraft werden mußte. Der betroffene Hersteller bewirbt seine Nahrungsergänzung nämlich u. a. mit folgenden Aussagen, von denen er ernsthaft behauptet, sie seien nicht krankheitsbezogen:

23 Die Entscheidung erging aufgrund von § 18 Abs. 1 Nr. 4 LMBG; v. Jagow, ZLR 2001, 744 weist jedoch zu Recht darauf hin, daß diese Norm nur ein Unterfall des § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG ist.

24 Ganz im Gegensatz dazu entscheidet das OLG Köln, ZLR 2001, 156, 158 – „Shiitake Pilze“; vgl. v. Jagow, ZLR 2001, 744, 745; siehe auch unten 2. b).

25 v. Jagow, ZLR 2001, 744, 745 begründet diese Überlegung zutreffend mit dem Argument, daß eine deutliche Senkung auch für Menschen mit nur leicht erhöhtem Cholesterinspiegel interessant sein kann, um „auf der sicheren Seite zu sein“; so entschied offenbar auch die Vorinstanz, vgl. Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 737, 740 – „cholesterinsenkende Wirkung“.

26 Siehe unten 2. c).

- “mit dem darmschmarotzende Parasiten, Krankheitskeime und deren Gifte regelmäßig ‚ausgekehrt‘ werden können“,
- “die wenigsten tun jedoch etwas gegen die Selbstvergiftung aus dem Darm“ und
- “die Ursache vieler Krankheiten und ein vorzeitiger Tod seien Fäulnisprozesse im Dickdarm“.

Die Hamburger Oberlandesrichter, die sich zu den Verbrauchern zählen, halten es in diesem Fall nicht für erforderlich, daß eine konkrete und näher bezeichnete Krankheit genannt wird. Zwar seien Äußerungen zulässig, „die nur allgemein Gedanken an irgendwelche unbestimmten Krankheiten auslösen“²⁷. Spreche eine Aussage aber gleich mehrere Krankheiten oder Krankheitsbilder an, dann verstoße sie erst recht gegen das gesetzliche Werbeverbot; es könne nicht dadurch umgangen werden, daß die Krankheiten nicht näher bezeichnet werden. So verstehe der Verbraucher die erste Aussage als Bezug auf die Auskehrung konkreter Krankheitskeime. Daß eine Vergiftung vom Verkehr als abnorm und krankhaft angesehen werde, bedürfe keiner näheren Begründung. Und schließlich sei auch der vorzeitige Tod nach dem Verkehrsverständnis eine Abweichung vom normalen Gesundheitszustand.

d) *KG Berlin, ZLR 2000, 88 – „Oxydationsschutz“*

Besonders stolz scheint das Kammergericht Berlin zu sein auf seine umstrittene, strafrechtliche „Oxydationsschutz“-Rechtsprechung²⁸. Ein Hersteller wirbt für Selenhefe-Kautabletten mit folgendem Text: „Umwelteinflüsse wie Streß und verschmutzte Luft belasten den Organismus und erfordern eine regelmäßige Zufuhr von Selen, denn sie schädigen unsere Zellen und begünstigen unter anderem die Entstehung von aggressiven Sauerstoffverbindungen im Körper (sogenannte freie Radikale). Selen fördert den Zellstoffwechsel und schützt vor der schädlichen Wirkung der freien Radikale (Oxydationsschutz).“ In Berlin meinen die Kammerrichter, das Krankheitswerbeverbot verlange nicht die Benennung einer bestimmten Krankheit; es reichten Hinweise auf körperliche Zustände oder auf Wirkungen des Lebensmittels, die flüchtige Verbraucher²⁹ mit bestimmten Krankheiten in Verbindung bringen können. So sei zwar die Zellschädigung als Oberbegriff nicht als Krankheit einzuordnen. Aber den Oxydationsschutz verstehe der flüchtige Verbraucher als Vorbeugung gegen Zellschädigungen, und ein solcher Schutz sei eben nur erforderlich, wo

²⁷ Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 147, 151 – „Immunsystem II“.

²⁸ Die Entscheidung stützt sich auf frühere Entscheidungen desselben Gerichts: KG Berlin, ZLR 1993, 549 u. KG Berlin, ZLR 1993, 482; in diesem Urteil wurde die Aussage „Oxydationsschutz für die Zelle“ als krankheitsbezogen verboten.

²⁹ *Mettke*, ZLR 2000, 91, 92–93, kritisiert zu Recht dieses Verbraucherleitbild; seiner Meinung nach muß es angesichts der Rechtsprechung des EuGH – z. B. in ZLR 1999, 225, 233 – „Kessler Hochgewächs“ – auf das Verständnis des interessierten, gesundheitsbewußten Verbrauchers ankommen.

der Zelle Schaden drohe. Darin sehen die Richter bereits eine verbotene krankheitsbezogene Werbung.

2. Erlaubte Werbeaussagen

Es gibt aber auch Formulierungen, die – mit z. T. unterschiedlicher Begründung – von den zuständigen Gerichte nicht als verbotene krankheitsbezogene Werbung eingestuft werden. Oft ergehen solche Entscheidungen um Haaresbreite; eindeutige Sachverhalte kommen nämlich normalerweise nicht vor Gericht. Fast immer steht in den einschlägigen Fällen der gesundheitsdienliche bzw. -fördernde Aspekt eines Lebensmittel im Vordergrund der Auslobung. Denn die rein gesundheitsbezogene Lebensmittelwerbung ist bekanntlich erlaubt und kann demzufolge niemandem untersagt werden, solange sie sachlich zutreffend, d. h. vor allem solange sie nicht irreführend ist.

a) OLG Köln, ZLR 2001, 872 – „das Herz schützen“

In einem Punkt hat das OLG Köln in seinem „das Herz schützen“-Urteil keinen unzulässigen Krankheitsbezug erkennen können; es handelt sich um die Aussage, die der Entscheidung ihren Namen gibt: „Denn dieser enthält die wichtigen Omega-3-Fettsäuren, die u. a. das Herz schützen“. Die Kölner Oberlandesrichter sehen in dieser Formulierung – auch angesichts des konkreten textlichen Zusammenhangs – zu Recht keine Behauptung, das beworbene Lebensmittel könnte Herzkrankheiten vorbeugen. Vielmehr werde mit dem Schutz bestimmter Körperbereiche, -funktionen oder -organe nur der Wert des Lebensmittels für die Erhaltung oder Kräftigung der Gesundheit betont. Mit anderen Worten: Schutz bedeute Erhaltung eines gesunden Status; das sei aber nicht notwendig dasselbe wie Krankheitsvorbeugung³⁰. Tatsächlich habe nicht jeder verbesserungsfähige Status schon an und für sich einen Krankheitswert. Zudem werde hier nicht einmal indirekt eine bestimmte Krankheit oder gar ein spezifisches Krankheitsbild in seiner symptomatischen Erscheinungsform erkennbar.

b) OLG Köln, ZLR 2001, 156 – „Shiitake Pilze“

In diesem Fall wirbt ein Verkäufer für einen asiatischen Speisepilz mit einer Reihe von Worten, die in anderen Entscheidungen Stein des Anstoßes sind, und zwar in folgenden Aussagen:

1. „Das Abwehrtraining aus Fernost“,
2. „... soll er auch gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen“,
3. „den Cholesterinspiegel senken“,
4. „Viren bekämpfen“,

³⁰ Sosnitza, ZLR 2001, 881, 884 (in diesem Heft), begrüßt diese Überlegung als wichtigen Faktor zur Begrenzung der verbotenen Krankheitswerbung durch die erlaubte Gesundheitswerbung.

5. „das Immunsystem stärken wie kaum ein anderes Nahrungsmittel“
6. „In China und Japan gilt der Shiitake deshalb schon seit Jahrhunderten als Lebenselixier mit sagenumwobener Heilkraft“,
7. „Seine Wirkung entfaltet der Shiitake am besten, wenn er frisch zubereitet wird“ und
8. „Er enthält den Stoff Lentinan, der das Immunsystem auf Trab bringt und den Körper vor vielen Krankheiten schützen soll“.

Nach Ansicht der Richter des OLG Köln, die potentiell zum angesprochenen Verkehr gehören, verstößt jedoch keine dieser Aussagen gegen § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG. Die Argumentation des „Shiitake-Pilze“-Urteils überrascht³¹, vor allem weil z.B. die Werbeaussage Nr. 4. mit anderen Überlegungen vermutlich auch als krankheitsbezogen eingestuft werden kann. Zur Begründung des Freispruchs heißt es jedoch überzeugend, der Verkehr schließe aus der Werbung nicht notwendig auf eine bestimmte Krankheit. Die Erhöhung des Cholesterinspiegels sei keine Krankheit sondern lediglich ein Risikofaktor; gerade Verbraucher mit erhöhtem Cholesterinspiegel wüßten das und sie wüßten auch, daß eine bloße Senkung des Cholesterinspiegels keine Krankheit heilen kann.

c) *Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 147 – „Immunsystem II“*

Hinsichtlich der Aussage „regen die Abwehrtruppe des Immunsystems an“ für eine Nahrungsergänzung kann das OLG Hamburg inzwischen keinen verbotenen Krankheitsbezug erkennen³². Das Gericht wendet sich damit in seiner „Immunsystem II“-Entscheidung klar erkennbar von seiner früheren „Immunsystem“-Entscheidung ab³³. Die Hamburger Oberlandesrichter werten die Anregung des Immunsystems durch ein Nahrungsmittel – nach dem Verständnis der Verbraucher – nunmehr als rein gesundheitserhaltende Äußerung im normalen Schwankungsbereich der Körperfunktionen. Das zusätzliche Wort „Abwehrtruppe“ mache nur die Funktion des Immunsystems anschaulich. Es sei erlaubt, auf die Wirkung einer gesunden Ernährung für das Immunsystem hinzuweisen, obwohl „dem Begriff des Immunsystems der Bezug zu etwaigen Krankheiten immanent ist“. Denn ein bloß spiegelbildlicher Gedanke an Krankheitszustände könne eine Werbeaussage nicht unzulässig machen. Damit wird der überaus weiten Assoziationskette aus dem Vorläufer-Urteil zu Recht ein Riegel vorgeschoben.

31 *Scholz*, ZLR 2001, 163, 164–165 begrüßt die überraschend liberale und differenzierte Auslegung des § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG.

32 Anders noch derselbe Senat (*Hans. OLG Hamburg, ZLR 1995, 60 – „Immunsystem“, m. krit. Anm. Hermle*) für die Aussage „Die Vitamin-/Mineralstoff-Kombination speziell für den Organismus des Mannes oder der Frau zur Stärkung des Immunsystems“, allerdings – wie der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht *Brüning* in der mündlichen Verhandlung am 16. November 2000 betonte – damals in anderer Besetzung.

33 *Schroeter*, ZLR 2001, 154, 155–156 sieht den Grund dafür in dem gewandelten Verbraucherleitbild; der verständige Verbraucher versteht das Immunsystem nicht als krankheitsbezogen; vgl. dazu auch *Mettke*, ZLR 2000, 91, 92–93.

3. Praktische Konsequenzen

Ein klarer Trend in der Entscheidungspraxis deutscher Gerichte läßt sich angesichts dieser Urteile derzeit leider nicht ausmachen – sieht man einmal davon ab, daß auch hinsichtlich des Verständnisses streitiger Aussagen inzwischen fast immer der informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher bemüht wird³⁴. In vielerlei Hinsicht hängt die Zulässigkeit vermeintlich krankheitsbezogener Werbebehauptungen von den Umständen des jeweiligen Falls ab, zu denen vor allem das beworbene Produkt, aber auch die gewählte Formulierung gehören. Die zuletzt vorgestellten Entscheidungen geben jedoch Anlaß zu Hoffnung für mehr Spielraum in der Werbung. Drei Schlußfolgerungen lassen sich mit der gebotenen Vorsicht aus der Rechtsprechung ziehen.

a) Risikofaktoren sind keine Krankheiten

Wenn Risikofaktoren übereinstimmend noch nicht als Krankheit bzw. krankheitsbezogen angesehen werden, dann verlagert sich die bisherige Abgrenzungslinie hin zu einem engeren Krankheitsbegriff³⁵. Das zeigt sich besonders deutlich an denjenigen Urteilen, die sich mit einem erhöhten Cholesterinspiegel befassen. Richtigerweise muß man dieses Phänomen in die Kategorie Risikofaktor einordnen³⁶. So wie z.B. Haarausfall oder Übergewicht ist auch ein erhöhter Cholesterinspiegel eben an und für sich keine Krankheit. Erst wenn er einen gesundheitsgefährdenden Grad angenommen hat, kann man ihn als Krankheit ansehen³⁷ – so wie das etwa auch für Fettleibigkeit gelten kann. Das bedeutet im Umkehrschluß auch, daß Aussagen über die Beeinflussung des Cholesterinspiegels oder andere Risikofaktoren durch eine gesunde Ernährung nicht verboten sind.

b) Gesundheit darf geschützt werden

Außerdem darf dem informierten und verständigen Verbraucher nicht weiterhin jede noch so an den Haaren herbeigezogene Assoziationskette in Richtung möglicher Erkrankungen unterstellt werden. Eine bloße Aussage über den Gesundheitsschutz oder die Wirkung einer gesunden Ernährung läßt nicht automatisch einen unzulässigen Krankheitsbezug mitschwingen³⁸.

34 Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 737, 739 – „cholesterinsenkende Wirkung“; OLG Köln, ZLR 2001, 872, 875 – „das Herz schützen“ (in diesem Heft) u. ZLR 2000, 156, 158 – „Shiitake Pilze“ sprechen von dem angesprochenen Verkehr bzw. den angesprochenen Verkehrskreisen; Hans. OLG Hamburg, ZLR 2000, 147, 151 – „Immunsystem II“ spricht schlicht vom Verbraucher.

35 Eine enge Auslegung des Krankheitsbegriffs fordert bereits *Mettke*, ZLR 2000, 91, 94.

36 OLG Köln, ZLR 2000, 156, 158 – „Shiitake Pilze“; zutr., aber mit der falschen Schlußfolgerung Hans. OLG Hamburg, ZLR 2001, 737, 739 – „cholesterinsenkende Wirkung“.

37 Das übersieht OLG Köln, ZLR 2001, 872, 878 – „das Herz schützen“ (in diesem Heft).

38 OLG Köln, ZLR 2001, 872, 880–881 – „das Herz schützen“ (in diesem Heft); Hans. OLG Hamburg, ZLR 2000, 147, 151 u. 152 – „Immunsystem II“.

c) allgemeine Gedanken an Krankheiten sind erlaubt

Selbst Angaben, die nur allgemein Gedanken an irgendwelche unbestimmten Krankheiten auslösen, sind zulässig³⁹. Nicht jede Erwähnung von Stärkung, Kräftigung oder Erhalt eines Körperorgans bzw. einer Körperfunktion ist zwangsläufig auch eine verbotene – symptombezogene – krankheitsvorbeugende Werbung. Denn der mündige und gesundheitsbewußte Verbraucher denkt bei der Nennung eines Organs oder einer Funktion zuerst an seine Gesundheit und eben nicht ohne weiteres an eine bestimmte Krankheit. Auch in dieser Hinsicht ist es wichtig, sorgfältig auf die saubere Formulierung jeder einzelnen Werbeaussage zu achten.

V. Risikoeinschätzung

Wer sich mit Kennzeichnung oder mit Werbung für Lebensmittel an die Öffentlichkeit begibt, läuft immer das Risiko einer behördlichen Beanstandung oder einer Attacke durch Wettbewerber. Dieses Risiko läßt sich spieltheoretisch beschreiben bzw. berechnen als Produkt aus Angriffswahrscheinlichkeit und Verletzungsintensität. Gerade auf dem Gebiet der gesundheitsbezogenen Werbung für Lebensmittel existiert eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, von Konkurrenten abgemahnt zu werden; dieser Faktor läßt sich in der Praxis kaum beeinflussen. Am besten kann jeder Werbende sein individuelles Risiko über den Faktor der Rechtmäßigkeit seiner Behauptungen und Angaben steuern. Je weniger einzelne Kennzeichnungselemente oder Werbeaussagen in Konflikt mit den einschlägigen Normen geraten, desto geringer ist das abschätzbare Risiko und desto größer sind auch die Erfolgchancen im Falle eines Rechtsstreits.

Die Rechtsprechung steckt mit ihren jüngsten Entscheidungen einen Rahmen ab, der sich zwar nicht immer durch klare oder gar eindeutige Linien auszeichnet, der aber doch ein gewisses Maß an Orientierung gibt. Folgt man im Einzelfall der richterlichen Auslegung des Gesetzes, dann bleibt das Risiko überschaubar. Dem Werbenden, der noch mehr Rechtssicherheit wünscht, kann nur dringend empfohlen werden, sich rechtlich gut beraten zu lassen, bevor er sein Spiel beginnt. Denn letztlich ist es eben doch wie beim Kartenspiel: Wer redlich ist und kein As im Ärmel versteckt, der sollte sich regelmäßig an einer Partie beteiligen – dann wird er im Ernstfall wahrscheinlich auch öfter den letzten Stich machen (der Ober sticht den Unter).

³⁹ Hans. OLG Hamburg, ZLR 2000, 147, 151 u. 152 – „Immunsystem II“; vgl. a. OLG Köln, ZLR 2001, 872, 880–881 – „das Herz schützen“ (in diesem Heft).

Summary

Since legal provisions require interpretation, the courts' understanding of the statutory bans on misleading and illness-related advertising is of considerable importance to those who label and advertise foodstuffs. The author presents a number of recent cases decided by German courts dealing with allegations of deceptive presentations, scientifically unfounded or insufficiently substantiated claims and the mentioning of or association with diseases. Analysing the decisions he detects some trends of variable clarity, the most significant being the employment of the new European consumer stereotype, namely the informed and understanding consumer. This leads to fewer dangers of deception where fronts of packs are labelled in a manner leaving scope for interpretation. In such cases the consumer is obliged to turn the relevant pack, search for and read essential labelling elements. If potential misunderstandings can be clarified in this way, there is no breach of the ban on misleading advertising. With regard to claims implying scientific substantiation, the decisions show the importance of the actual wording. Only carefully phrased statements on the capacities of foodstuffs stand reasonable chances of being held not to violate the law. This is primarily so, because science is apparently still far away from clear evidence regarding causal links between the consumption of a foodstuff and an actual health benefit. However, the very wide concept of an illness relation appears to narrow slightly. Some courts already acknowledge that the mere mentioning of e.g. cholesterol or the immune-system as such do not necessarily bear the implication of a disease. Moreover, the provocation of consumers' general thoughts of unspecified illnesses or the mere mentioning of risk factors as such can be lawful under certain circumstances. Although it is of course possible for food manufacturers to rely on this case law, the author recommends they seek legal advice before labelling and advertising their products.