

Moritz Hagenmeyer*

Aktuelle Werbestrategien für Nahrungsergänzungsmittel und ihre Bewertung durch die Rechtsprechung¹

I. Einleitung

Dem Einfallsreichtum von Werbestrategien scheinen keine Grenzen gesetzt zu sein – sieht man einmal von den gesetzlichen Schranken ab. Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings schnell: Die einschlägigen lebensmittelrechtlichen Werbeverbote stellen gerade für die Vermarktung von Nahrungsergänzungsmitteln eine besondere Herausforderung dar. Denn diese spezielle Gruppe von Lebensmitteln lebt im wesentlichen von der Werbung. Nicht jeder braucht sie unbedingt, sie schmecken normalerweise nicht, und sie sind oft relativ teuer. Trotzdem kann ihr Verzehr unter gewissen Umständen für bestimmte Personen sinnvoll sein. Nur ist es für Verbraucher ohne besondere Kenntnisse schwer zu entscheiden, welches Nahrungsergänzungsmittel ausgerechnet für sie geeignet ist, zumal sich die ernährungsphysiologische Wirkung solcher Präparate am eigenen Leib zumeist kaum spüren oder messen läßt. Hier muß deshalb die Werbung für eine erfolgreiche Vermarktung einige Überzeugungsarbeit leisten. Was sich einzelne Hersteller zur Werbung ihrer Produkte in letzter Zeit haben einfallen lassen und weshalb sie damit vor Gericht allesamt gescheitert sind, soll dieser Beitrag näher beleuchten.

II. Aktuelle Rechtsprechung zur Nahrungsergänzungsmittel-Werbung

1. OLG Nürnberg – „Fruchtgummi-Revolution“

Obwohl das Urteil des LG Nürnberg-Fürth² sowie der zugehörige Hinweisbeschluß des OLG Nürnberg³ Werbeaussagen für Fruchtgummi-Erzeugnisse zum Gegenstand haben, sind sie aus zwei Gründen auch für die Werbung von Nahrungsergänzungsmitteln von Bedeutung. Die streitigen Produkte waren mit den Angaben „Stärkt die Leistung“, „Stärkt die Zähne“ und „Stärkt die Abwehrkräfte“ sowie mit Namen von (Medizin-)Professoren beworben worden. Hinweise nach Art. 10 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben (VNGA) auf die Bedeutung einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung und einer gesunden Lebensweise sowie auf die Menge des Lebensmittels und das zugehörige Verzehrsmuster fehlten jedoch in der Packungskennzeichnung. Daß die drei Angaben gesundheitsbezogen waren, stand außer Streit. Die Herstellerin der Fruchtgummi-Erzeugnisse war jedoch der Meinung, das Verbot der Werbung mit ärztlichen Empfehlungen aus

Art. 12 VNGA gelte nicht, weil Art. 6 Abs. 1 VNGA wissenschaftliche Nachweise zur Absicherung der Angaben verlange – speziell dazu dienten die Stellungnahmen der Professoren. Zudem sei Art. 10 Abs. 2 VNGA vor dem 31.1.2010 noch nicht anwendbar.

a) Art. 10 Abs. 2 u. Art. 12 VNGA gelten bereits

Die beiden Nürnberger Gerichte entschieden zum einen, daß Art. 12 VNGA ein absolutes Werbeverbot für ärztliche Empfehlungen enthält und die Unterschriften der Professoren letztlich nur als derartige Empfehlungen der Produkte verstanden werden können. Zum anderen urteilten sie, daß Art. 10 Abs. 2 VNGA bereits heute gilt und nicht von der Übergangsfrist des Art. 28 Abs. 5 VNGA erfaßt wird. Über die Begründung des LG Nürnberg-Fürth läßt sich durchaus streiten⁴. In der Sache ist das Urteil jedoch völlig richtig⁵; das hat auch das OLG Nürnberg zutreffend erkannt. Insbesondere daß Art. 10 Abs. 2 VNGA seit dem 1.7.2007 gilt, muß man so sehen; die Gegenargumente können nicht überzeugen. Nicht zuletzt aus der Parallele von Art. 10 Abs. 2 lit. b) VNGA zu Art. 5 Abs. 1 lit. d) VNGA ergibt sich, daß die Pflichtangabe auch dem Täuschungsschutz dient. Wenn ein Nahrungsergänzungsmittel in einer bestimmten Dosierung wirkt, dann kann und muß diese Menge eben auch angegeben werden. Anderenfalls verstieße bereits die Wirkaussage gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB. Diese Problematik soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden⁶, da die Übergangsfrist des Art. 28 Abs. 5 VNGA gemäß Art. 13 Abs. 3 VNGA ohnehin bald endet, nämlich am 31.1.2010 (jedenfalls nach gegenwärtigem Stand der Gesetzgebung).

b) Es gibt modifizierte Pflichtangaben für Nahrungsergänzungsmittel

Für die Werbung, vor allem aber für die Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln, ergibt sich aus den Nürn-

* Rechtsanwalt Dr. Moritz Hagenmeyer ist Partner der Sozietät KROHN Rechtsanwälte sowie Lehrbeauftragter für Lebensmittelrecht an den Universitäten Hamburg und Hannover.

¹ Überarbeitetes Manuskript eines Vortrags, den der Autor am 23.1.2009 auf der EUROFORUM Jahrestagung „Nahrungsergänzungsmittel“ in Frankfurt/Main präsentiert hat.

² LG Nürnberg-Fürth, ZLR 2008, 727.

³ OLG Nürnberg, ZLR 2008, 731.

⁴ Dagegen Voß, DLR 2008, 401.

⁵ So mit Recht und überzeugend Oelrichs, ZLR 2008, 732, 735.

⁶ Vgl. insoweit Oelrichs, ZLR 2008, 732 ff. und die dort zitierte Literatur.

berger Entscheidungen, daß jede gesundheitsbezogene Angabe für ein solches Produkt – sei es in der Werbung, sei es auf der Packung – die Verpflichtung zum Anbringen der Hinweise nach Art. 10 Abs. 2 VNGA auslöst. Die Menge und das Verzehrsmuster gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. b) VNGA sind allerdings auf jedem ordnungsgemäß gekennzeichneten Nahrungsergänzungsmittel bereits angebracht. Denn § 4 Abs. 2 Nr. 2 NemV verpflichtet zur Angabe der empfohlenen täglichen Verzehrsmenge in Portionen des Erzeugnisses. Mit dieser Vorgabe wird automatisch auch die Kennzeichnungspflicht des Art. 10 Abs. 2 lit. b) VNGA erfüllt. Ein Hinweis auf die Bedeutung einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a) VNGA muß auf ordnungsgemäß gekennzeichneten Nahrungsergänzungsmitteln ebenfalls schon vorhanden sein. § 4 Abs. 2 Nr. 4 NemV schreibt nämlich einen Hinweis darauf vor, daß Nahrungsergänzungsmittel nicht als Ersatz für eine ausgewogene und abwechslungsreiche Ernährung verwendet werden sollten. Auch wenn die Reihenfolge der Adjektive hier gegenüber der VNGA vertauscht ist und die Angabe sich darauf fokussiert, daß die entsprechend gekennzeichneten Produkte „kein Ersatz“ für etwas anderes sein sollten, gibt es keinen überzeugenden Grund dafür, dieses Pflichtkennzeichnungselement nicht zugleich als Hinweis „auf die Bedeutung“ einer solchen Ernährung ausreichen zu lassen, zumal Art. 10 Abs. 2 lit. a) VNGA keine weiteren Vorschriften zu dessen Formulierung macht. Lediglich die Pflicht zum Hinweis auf die Bedeutung „einer gesunden Lebensweise“ verbleibt dann; diese Angabe ist in § 4 NemV nicht vorgesehen. Sie kann aber ohne weiteres in das Pflichtkennzeichnungselement nach § 4 Abs. 2 Nr. 4 NemV integriert werden. Wird ein Nahrungsergänzungsmittel folglich mit dem Hinweis gekennzeichnet, „Nahrungsergänzungsmittel sollten nicht als Ersatz für eine ausgewogene und abwechslungsreiche Ernährung und eine gesunde Lebensweise verwendet werden“, dann wird dadurch auch die Kennzeichnungspflicht des Art. 10 Abs. 2 lit. a) VNGA erfüllt.

2. OLG Hamm – „Zimt gegen Zucker“

Ein niederländisches Nahrungsergänzungsmittel mit Zimt wurde beworben u.a. mit den Aussagen „Zimt gegen Zucker“, „Glucos-A. kann blutzuckersenkend wirken“ und „2 Kapseln (Tagesbedarf) enthalten ...“⁷. Zur Verteidigung gegen den Vorwurf, damit würde entgegen § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB krankheitsbezogen und entgegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB irreführend geworben, brachte die Vertreiberin vor Gericht folgende Argumente vor: Die Erhöhung des Blutzuckers sei keine Krankheit. Der Werbehinweis „Zimt gegen Zucker“ sei nichtssagend und weise nicht auf eine Krankheit hin. Und der Hinweis auf die mögliche Blutzuckersenkung sei ein „Warnhinweis vor einer Unterzuckerung“, der ihr von einem sachverständigen Institut ausdrücklich empfohlen worden sei. Von einer Senkung eines erhöhten Blutzuckers sei indes nicht die Rede. Die Werbeaussage zum Tagesbedarf müsse schließlich richtig ausgelegt werden.

ckerung“, der ihr von einem sachverständigen Institut ausdrücklich empfohlen worden sei. Von einer Senkung eines erhöhten Blutzuckers sei indes nicht die Rede. Die Werbeaussage zum Tagesbedarf müsse schließlich richtig ausgelegt werden.

a) „Zucker“ ist eine Krankheit

Keines dieser Argumente konnte das OLG Hamm überzeugen. Das Gericht betont in seinem Urteil zunächst, die Aussage „Zimt gegen Zucker“ werde von Verbrauchern „schlicht plakativ“ verstanden, „so wie sie gemacht worden ist“. Weil das Verständnis, „demzufolge Zucker Zuckerkrankheit bedeutet“, nicht auszuschließen sondern eher naheliegender ist, konnte ohne weiteres auf eine krankheitsbezogene Angabe erkannt werden. Das ist gewiß richtig, denn schon die Formulierung „gegen“ deutet unmißverständlich darauf hin, daß das Produkt etwas bekämpfen soll. Und das kann bei „Zucker“ eigentlich nur die Zuckerkrankheit sein, zumal der Begriff „Zucker“ auch umgangssprachlich als Abkürzung für diese Krankheit verwendet wird.

b) Der „Warnhinweis“ ist eine Empfehlung

Auch das Argument des „Warnhinweises“ zog bei Gericht nicht. Die Richter sahen darin eine verkappte – krankheitsbezogene – Empfehlung jedenfalls gegenüber solchen Verbrauchern, die blutzuckersenkende Mittel suchen. Da § 12 Abs. 1 LFGB generell jeden „Bezug“ zu einer Krankheit in der Lebensmittelwerbung verbietet, kann diese Argumentation nicht von der Hand gewiesen werden. Weiter heißt es in der Entscheidung des OLG Hamm: „Auch Warnhinweise dürfen ... nicht prophylaktisch ausgesprochen werden, wenn sie ... dem beworbenen Mittel eine bestimmte Wirkung beilegen, die wissenschaftlich nicht gesichert ist“. Tatsächlich war eine blutzuckersenkende Wirkung bei gesunden Personen gar nicht untersucht worden (und es liegen wohl auch überhaupt keine Daten dazu vor), weshalb es an dem notwendigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand fehlte.

c) Es gilt der „Mehrdeutigkeitsgrundsatz“

Interessant nicht nur für die Bewerbung von Nahrungsergänzungsmitteln ist schließlich die Begründung des Gerichts für das Verbot der Angabe „2 Kapseln (Tagesbedarf) enthalten ...“. Der Irreführungsvorwurf bestand im Kern darin, daß für Zimt gar kein Bedarf nachgewiesen ist (und wohl auch nicht nachgewiesen werden kann). Für die konkrete Auslobung eines Tagesbedarfs gilt nach zutreffender Ansicht des Gerichts der „Mehrdeutigkeitsgrundsatz“. Danach muß der Werbende bei mehrdeutigen Aussagen jedes vernünftige Verständnis gegen sich gelten lassen; ist auch nur eine relevante Interpretation zur Täuschung geeignet, dann besteht regelmäßig Irreführungsgefahr. Weil man die streitige Formulierung eben nicht lediglich als „Warnhinweis vor einer Unterzuckerung“ sondern

⁷ OLG Hamm, MD 2007, 383.

auch leicht als Unterstellung eines entsprechenden – tatsächlich aber nicht vorhandenen – Bedarfs auffassen kann, mußte die Verteidigung auch an diesem Punkt scheitern.

3. OLG Hamm – „Schmerzlindernde Lebensmittel“

Die Internet-Bewerbung der niederländischen „A.U.A.-Kapseln“ (nach dem Wortlaut des Urteils als Abkürzung für „*Always Using for Anything*“) liest sich wirklich wie eine muntere Satire⁸; die Lektüre der Entscheidung kann deswegen sehr empfohlen werden. Das Produkt aus Pappelblattpulver, Mädesüß, Methylsulfonylmethan, Chilipulver und Senfsamen wurde im wesentlichen angeboten „*gegen die Wehwehchen des Alltags*“. Zu den schönsten Werbeaussagen gehörten u. a.: „*Wer kennt sie nicht? Die kleinen Wehwehchen des Alltags. Da zwickt und zwackt es mal im Kopf, im Rücken, in den Beinen, in den Gelenken und ... und ... und*“ sowie: „*Verschiedene, komplett natürliche Pflanzenstoffe, vereint als geballte Kraft zur Förderung des Wohlfühls gegen das gelegentliche Zwicken und Zwacken in den unterschiedlichsten Körperregionen. Das ist wirklich einmalig*“. Vor allem dem letzten Satz kann man nur uneingeschränkt zustimmen. Die Sorge der Verantwortlichen um die Zulässigkeit ihrer Produktwerbung sprach schließlich aus folgender Aussage: „*Leider dürfen wir Ihnen, aus rechtlichen Gründen, längst nicht alles sagen*“. Das war vermutlich auch besser so. Zur Verteidigung gegen den Vorwurf der Irreführung i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 LFGB trug die Anbieterin vor, ihr Produkt „sei in der Lage, das allgemein Wohlfühl“ – „während der belasteten Momente des Lebens“ – „positiv zu unterstützen“.

a) Richter sind nicht dumm

Veralbern lassen wollten sich die Richter des OLG Hamm ganz offensichtlich nicht. Mit beinahe genauso satirischer Trockenheit legen sie dar, weshalb die Aussagen alle miteinander irreführend sind. Sie erkennen, daß die Beklagte aus der Perspektive von Durchschnittsverbrauchern nicht nur eine Förderung des Wohlfühls, sondern eine „schmerzlindernde Wirkung“ für ihr Produkt auslobt, die es jedoch nicht hat. Messerscharf wird vom Gericht dabei u. a. herausgearbeitet, daß „A.U.A.“ phonetisch wie „aua“ ausgesprochen werden kann und ebenso wie Wehwehchen und Zwicken und Zwacken „einen Hinweis auf (verschiedene) Schmerzsituationen“ darstellt, „die über ein bloßes Unwohlgefühl, ein Schlechtfühlen oder auch eine Ermattung durch die ‚belastenden Momente des Lebens‘ hinausgehen. Der Begriff ‚weh‘ wird als Synonym für etwas Schmerzhaftes verwendet“.

b) Der Gesamteindruck der Werbung ist von Bedeutung

Aus dem Urteil des OLG Hamm wird außerdem deutlich, daß Werbeaussagen rechtlich immer auch in ihrem

Gesamteindruck zu bewerten sind. Im konkreten Fall hatte sich die Werbende durch weitere Details ihrer Produktpräsentation ein Bein gestellt – nicht nur durch eine schlecht getarnte Bezugnahme auf das Schmerzmittel „Aspirin“ von Bayer, sondern auch noch durch das Bild einer Frau, die ersichtlich unter Kopfschmerzen litt. Schon deswegen konnte die Verteidigung einzelner Aussagen nicht erfolgreich sein. Hätte die Anbieterin ihr Produkt eindeutiger und unmißverständlicher als Wohlfühl-Präparat dargestellt, dann würde sie jetzt nicht das ebenso heitere wie völlig berechtigte Urteil des OLG Hamm zwicken.

4. OLG Düsseldorf – „Gesundheitsbezogene Äußerungen Dritter“

In Düsseldorf stand die Bewerbung zweier Nahrungsergänzungsmittel in einer Sendung bei dem Fernsehsender QVC vor Gericht⁹. Die Produkte einer niederländischen Herstellerin waren bei Anrufen in den Sendungen u. a. mit folgenden Aussagen angepriesen worden: „*Jetzt gibt es aber bestimmte Substanzen, und genau die sind drin in ‚V. Nova‘, die halt Venen und damit die Beine positiv unterstützen können. Und das ist der Grund, warum das Produkt auch so beliebt ist, denn es funktioniert. Wir haben hier wirklich ganz spannende Substanzen, die zum Beispiel auch die Fließgeschwindigkeit des Blutes positiv unterstützen*“ und „*Ah, ‚Woman-Aktiv‘! ... Ich hab die fliegende Hitze ganz weg durch diese Produkte gekriegt*“. Die Beklagte wies den Vorwurf der Irreführung mit dem Einwand zurück, die Anrufer hätten nur Angaben zu Stoffen gemacht, nicht zu ihren Produkten. Außerdem könne sie nicht für Aussagen von Anrufern verantwortlich gemacht werden; immerhin habe sie sich von jenen Aussagen auch ausdrücklich distanziert.

a) Stoffbezogene Angaben sind auch produktbezogen

Diese Argumente haben der Herstellerin am Ende nicht geholfen. Anhand des offensichtlichen Zusammenhangs zwischen Stoffen und Produkt in der Werbung erkennt das OLG Düsseldorf treffend, daß sich die zum ersten Produkt ausgelobte Wirkung nicht allein auf die Stoffe, sondern insbesondere auf das Produkt bezieht, das ergibt sich schon aus der Formulierung „*denn es funktioniert*“. Nach Ansicht der Richter kann ein durchschnittlicher Fernsehzuschauer die Werbung gar nicht anders verstehen, „denn es fragt sich, welchen Sinn die Mitteilung der Stoffeigenschaften sonst haben soll“. Weil das beworbene Produkt die derart ausgelobte Wirkung (der Stoffe) nicht hatte, war die Werbung irreführend. Auch ein Präparat mit einer geringen, unwirksamen Dosis Vitamin C darf schließlich

8 OLG Hamm, MD 2007, 1206.

9 OLG Düsseldorf, MD 2008, 359.

nicht mit der Wirkung von Vitamin C in höheren Dosen beworben werden. Dieses Beispiel der Richter ist überzeugend und zeigt zugleich, worauf bei einer stoffbezogenen Werbung geachtet werden muß: Es darf nicht der – falsche – Eindruck erweckt werden, ein Nahrungsergänzungsmittel könne das leisten, was höhere Mengen der enthaltenen Zutaten sonst bewirken mögen. Nur wenn es einem Hersteller gelingt, für den Durchschnittsverbraucher klar erkennbar zwischen Stoffpräsentation einerseits und Produktwerbung andererseits zu trennen, kann eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung auch vermieden werden.

b) Aussagen von Anrufern werden dem Hersteller zugerechnet

Hinsichtlich der Zurechnung von Aussagen Dritter bestätigt das OLG Düsseldorf lediglich seine eigene und die zugrundeliegende parallele Rechtsprechung des OLG Hamm¹⁰: Der Werbende braucht sich solche Aussagen nicht zu eigen zu machen; es genügt, daß er sie unmittelbar wiedergibt, zitiert oder auch nur darauf hinweist, solange „aus der Sicht des Verbrauchers ernsthaft der Eindruck entstehen kann, das gerade beworbene Mittel könne die vom Dritten angesprochene Krankheit verhüten“. Wenn ein Anbieter sich nicht unverzüglich und ausdrücklich von einer problematischen Äußerung eines Dritten distanziert, „entsteht beim Zuschauer der Eindruck, diese Aussage sei Teil der Werbung“. Als solche Distanzierung genügt im konkreten Fall nicht die Formulierung, die der Geschäftsführer der Beklagten in der Sendung gemacht hatte: *„Aber so richtig, genau, nach deutschem Recht dürfen Nahrungsergänzungsmittel nämlich gar nichts bewirken. Und infolgedessen halten wir aus juristischen Gründen fest, kann nicht alles weg sein“*. Das war den Richtern zu formaljuristisch. Sie halten fest: „Richtig wäre die Aussage gewesen, daß Nahrungsergänzungsmittel eben keine heilende Wirkung aufweisen, weil es ansonsten keine Nahrungsergänzungsmittel, sondern Arzneimittel wären“. Ob diese Form der Distanzierung in jedem Fall ausreicht, sei ebenso dahingestellt wie die Frage, ob eine solche Angabe rechtlich notwendig ist. Wer sie verwendet, kann sich jedenfalls auf das OLG Düsseldorf berufen, auch wenn dann immer noch die Gesamtumstände der Werbung zu berücksichtigen sind.

5. OLG Schleswig – „Anti-Ageing wissenschaftlich dokumentiert“

Das OLG Schleswig hat kurzen Prozeß mit der Werbung für „E-Dragees“ gemacht¹¹. Dieses Nahrungsergänzungsmittel wurde u. a. folgendermaßen angepriesen: *„E. ist das erste Dragee mit wissenschaftlicher Dokumentation, die beweist, daß Falten gestoppt werden können“*, *„Anti-Ageing wissenschaftlich dokumentiert“* und *„Wirkt den Alterungsmerkmalen der Haut entgegen, die Falten und Pigmentveränderungen verursachen“*. Zur Rechtfertigung ihrer Aussagen hatte die Beklagte sich auf eine Studie mit 62 Frauen gestützt und auf Listen mit gesundheitsbezogenen Angaben berufen, die am Ende des gegenwärtigen Bewertungsverfahrens in die Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben nach Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 u. 3 VNGA aufgenommen werden sollen.

a) Die Beweislast liegt beim Werbenden

Die Studie der Beklagten vermochte das OLG Schleswig nicht zu überzeugen. Das Gericht betont, daß „der Werbende, der die Wirksamkeit behauptet, diese auch beweisen ... muß“. Kann der Kläger belegen, daß die ausgelobten Wirkungen wissenschaftlich umstritten sind, dann genügt eine einzelne Studie oft nicht mehr als Beweismittel. Im konkreten Fall kam hinzu, daß es zweifelhaft blieb, ob die vorgelegte Studie „den wissenschaftlichen Anforderungen, die an einen Wirksamkeitsnachweis zu stellen sind, genügt“. Die Probandenzahl erschien dem Gericht zu gering und es fehlten Unterlagen, die eine Nachprüfung ermöglichen. Entscheidend aber war, daß die Studie die aufgestellten Behauptungen gar nicht stützte: Sie konnte nur belegen, daß „E-Dragees“ zu einer Verbesserung der Geschmeidigkeit und Elastizität der Haut führen würden“, nicht jedoch, „daß ‚E-Dragees‘ den Alterungsprozeß der Haut stoppen bzw. hemmen“. Weil die – möglicherweise beweisbare – Hautverbesserung keine – ausgelobte – Verzögerung des Alterungsprozesses ist, war die Werbung irreführend. Die Beweiskraft einzelner Studien ist eben zumeist auf deren konkretes Ergebnis beschränkt.

b) Die Gemeinschaftsliste bleibt abzuwarten

Der in letzter Zeit gern vorgebrachte Einwand, eine gesundheitsbezogene Aussage befände sich doch auf den Listen, die in der Gemeinschaftsliste zulässiger Angaben münden sollen, konnte beim OLG Schleswig ebenfalls nicht verfangen. Zum einen hatten die hier von der Beklagten in Bezug genommenen Aussagen wenig mit den streitigen Werbeaussagen zu tun. „Daß Vitamin E, Vitamin C, Selen, Zink und Lycopin antioxidative Wirkung zukommen soll“ ist nach Ansicht des Gerichts „nicht gleichbedeutend damit, daß diese Stoffe tatsächlich auch geeignet sind, dem Alterungsprozeß entgegenzuwirken, den Alterungsprozeß zu hemmen (Anti-Ageing) oder sogar zu stoppen“. Darin liegt eine Parallele zur zuvor erwähnten Entscheidung des OLG Düsseldorf (s.o. D. 1). Zum anderen erkennen die Richter auch den Unterschied zwischen Vorschlagslisten (mit Recht auch bezeichnet als „Wunschlisten“) der Wirtschaft einerseits und andererseits einer noch „von der EU-Kommission zu erstellenden Gemeinschafts-

10 OLG Hamm, MD 2005, 549 – „Das schützt vor Grippe und alles“.

11 OLG Schleswig, MD 2008, 533.

liste zulässiger Angaben ... Es bleibt abzuwarten, wie diese Gemeinschaftsliste letztlich inhaltlich ausgestaltet sein wird“. In der Tat befinden sich auf den Wunschlisten durchaus Angaben, die möglicherweise zugelassen werden (können). Aber diese Listen sind auch voll von Angaben, bei denen man getrost darauf wetten kann, daß sie bereits von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit negativ bewertet werden. Die Vorschlagslisten an und für sich verleihen deshalb gegenwärtig keinerlei Rechtssicherheit für Werbende, so sehr mancher Hersteller oder Vertreter von Nahrungsergänzungsmitteln das auch bedauern mag.

6. OLG Hamm – „Starke Venen für leichte Beine“

Unter der Überschrift „Starke Venen für leichte Beine“ wurde ein Nahrungsergänzungsmittel mit den Stoffen Asiatischer Wassernabel, Aroinabeere und Buchweizen wie folgt beworben¹²: „unterstützt das Binde- und Stützgewebe der Venen“, „unterstützt die Fließgeschwindigkeit des Blutes und Geschmeidigkeit der Blutgefäßwände“ und „unterstützt den Flüssigkeits- und Sauerstofftausch in den Venen“. Den Irreführungsvorwurf wies die Beklagte in diesem Fall mit dem Argument zurück, die Aussagen bezögen sich „auf eine entsprechende Wirkung der Inhaltsstoffe der benannten Pflanzen, die diesen tatsächlich auch zukomme. Auf das Produkt selbst bezögen sie sich erkennbar nicht“. Bei einer höheren Dosierung als im Produkt sei die entsprechende Wirkung auch wissenschaftlich gesichert; im Nahrungsergänzungsmittel selbst würden die Stoffe jedoch in geringerer Konzentration verwendet, damit sie eben nicht pharmakologisch, sondern nur ernährungsphysiologisch wirksam seien.

Produkte müssen „Gesamtwirkung“ beworbener Stoffe haben

Ähnlich wie in der bereits vorgestellten Entscheidung des OLG Düsseldorf (s. o. 4. a) urteilt auch das OLG Hamm, daß „die den einzelnen Stoffen zugeschriebenen Wirkweisen“ sich nach dem Verständnis eines maßgeblichen Teils der angesprochenen Verbraucher „jedenfalls auch auf das beworbene Produkt beziehen“. Denn die Verbraucher nehmen nach Ansicht der Richter aufgrund der konkreten Werbung für die drei Substanzen an, „daß die Inhaltsstoffe jeder für sich und insbesondere in ihrer Gesamtwirkung auch schon in der im Mittel enthaltenen Dosierung dafür sorgen können, daß bestimmten Schwachstellen im Bereich der Beinvenen entgegengewirkt wird“. Diese Erwartung wird nicht nur durch die Überschrift „Starke Venen für leichte Beine“ gestärkt; die Verbraucher übertragen die beworbenen Effekte der Stoffe zwangsläufig auch auf das Nahrungsergänzungsmittel, das eben diese Stoffe enthält. Da eine solche Wirkung des beworbenen Produkts aber „bei der empfohlenen Dosierung“ der Stoffe von der

Beklagten wissenschaftlich nicht zu belegen war, verurteilte sie das Gericht konsequent zur Unterlassung ihrer irreführenden Werbung.

7. OLG Schleswig – „Zell-Energie-Kapseln“

Werbeaussagen für das Coenzym Q₁₀ sind seit langem umstritten. So ist es eigentlich überraschend, daß ein Nahrungsergänzungsmittel, das dieses Ubichinon enthielt, als „Zell-Energie-Kapseln“ bezeichnet und unter der Überschrift „Ein aktives Leben kostet Energie. Geben Sie ihm diese zurück“ mit den Aussagen „Wichtig für die Energiegewinnung des Körpers und den Zellschutz“ sowie „Hilft bei der Beseitigung freier Radikale“ beworben wurde¹³. Das beklagte Unternehmen stützte sich zur Rechtfertigung auf verschiedene wissenschaftliche Unterlagen.

a) Das Gesamterscheinungsbild der Werbung ist maßgeblich

Das OLG Schleswig geht wie das OLG Hamm (s. o. 3. b) davon aus, daß „Werbeaussagen stets im Zusammenhang zu würdigen sind“, weshalb letztlich das „Gesamterscheinungsbild“ maßgeblich ist. Im konkreten Fall wird die Werbung danach vom angesprochenen Verkehrskreis „so aufgefaßt, daß es sinnvoll erscheint, dem Körper die Kapseln zur Energiegewinnung zuzuführen“. Nicht nur die Überschrift, sondern alle Angaben zum Coenzym Q₁₀ suggerieren nach diesem Verständnis, „daß es sich um einen (angeblich) notwendigen Stoff handelt, der dem Körper im Hinblick auf mehr Energie und Lebenskraft, insbesondere auch zum Schutz der Zellen, zur Verfügung gestellt werden sollte“. Diese Wirkungen sind jedoch nach Kenntnis der Richter „nicht unbestritten“, woran die wissenschaftlichen Ausarbeitungen der Anbieterin nichts ändern konnten.

b) Der Verbraucher weiß nichts

Durchaus problematisch ist die Annahme des OLG Schleswig, es entspreche nicht „dem Kenntnisstand des durchschnittlich informierten Verbrauchers ...“, den Verzehr von Nahrungsergänzungsmitteln regelmäßig nur in besonderen Mangel- oder Bedarfssituationen für ernährungsphysiologisch sinnvoll zu halten“. Warum das so sein soll, ergibt sich nicht aus den Entscheidungsgründen. Das Gericht meint jedenfalls, „es wäre demzufolge Sache der Verfügungsbeklagten gewesen, hierauf in ihrer Anzeige hinzuweisen“. Auch für eine solche Hinweispflicht findet sich keine weitere Begründung, geschweige denn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Im Gegenteil: Auch wer

¹² OLG Hamm, MD 2009, 63.

¹³ OLG Schleswig, MD 2008, 1344.

gesund und mangelfrei lebt, kann in bestimmten Situationen von der Zufuhr bestimmter Stoffe profitieren – selbstverständlich auch durch Nahrungsergänzungsmittel.

c) Noch einmal: Die Gemeinschaftsliste bleibt abzuwarten

Hinsichtlich der „Vorschläge einzelner Länder und in ihnen ansässiger Verbände für die Aufnahme bestimmter Stoffe“ in die Gemeinschaftsliste bleibt nach der Rechtsprechung des OLG Schleswig (s. o. 5. b) weiter die amtliche Liste der Kommission abzuwarten. Die Berufung auf die Vorschlags- oder Wunschlisten verhallt vor Gericht ungehört.

III. Fazit für die Werbepraxis

Am Ende dieser aktuellen Rechtsprechung bleibt festzuhalten: Wer für Nahrungsergänzungsmittel wirbt, begibt sich unvermeidlich in Gefahr. Will man die rechtlichen Risiken gering halten, dann sollte man jede geplante Werbung von Anfang an sorgfältig und grundlegend durchdenken. Dazu gehört als erste Grundregel, daß nicht nur alle einzelnen Aussagen, sondern auch deren Verständnis im jeweiligen Gesamtzusammenhang bzw. nach ihrem Gesamterscheinungsbild zu beurteilen sind. Die Werbung sollte dann, das ist die zweite Grundregel, bei möglichst jedem – und sei es noch so unbedarftem – Verbraucherverständnis zutreffend und nachprüfbar sein; dieser „Mehrdeutigkeitsgrundsatz“ betrifft insbesondere auch Abkürzungen, „Warnhinweise“ und Beurteilungen durch andere Personen. Und als dritte Grundregel gilt, daß wissenschaftlich unumstrittene Nachweise nicht nur für die Wirkung einzelner Substanzen, sondern besser auch für die im konkret beworbenen Nahrungsergänzungsmittel enthaltenen Dosierungen vorhanden sein sollten. Beachtet man diese Grundsätze und formuliert klar und unmißverständlich, dann können die Risiken auf ein vertretbares Niveau gesenkt werden.

Darüber hinaus ist es angesichts der jüngsten Entscheidungen empfehlenswert, das Verständnis der Verbraucher zu schärfen, auch in der Werbung. Man sollte ihnen am besten genau und nachvollziehbar erklären, wann und warum es sinnvoll sein kann, das jeweilige Nahrungs-

ergänzungsmittel zu verzehren. Dabei ist es allerdings nicht erforderlich, darauf hinzuweisen, daß solche Lebensmittel keine Arzneimittel sind oder daß ihr Verzehr eine irgendwie geartete Bedarfssituation voraussetzt. Derartige Hinweise könnten zwar auch dazu beitragen, eventuelle Mißverständnisgefahren zu verringern, müßten dann aber so umformuliert werden, daß sie nicht den Verdacht eines Anscheinsarzneimittels erregen.

Auf jeden Fall sollte vor jeder gesundheitsbezogenen Werbung sichergestellt werden, daß die Pflichtangaben auf der Fertigpackung bereits jetzt den Anforderungen der VNGA entsprechen. Auf den eingangs gemachten Formulierungsvorschlag sei an dieser Stelle verwiesen (s. o. II. 1. b). Der Hinweis auf Wunschlisten von gesundheitsbezogenen Angaben, die es einmal auf die amtliche Gemeinschaftsliste schaffen sollen, verfängt dagegen vor Gericht nicht. Nur wissenschaftlich hinreichend gesicherte Wirkungsaussagen erlaubt das Gesetz; wer entsprechende Daten zur Untermauerung seiner Werbung hat, braucht die Vorschlagslisten ohnehin nicht als Beweismittel.

Außerdem sollte nicht übersehen werden, daß wettbewerbsrechtliche Angriffe (übrigens genauso wie behördliche Beanstandungen) immer auch unter taktischen Gesichtspunkten zu bewerten sind. Dabei stellen sich in erster Linie die beiden Fragen: Lohnt sich die Verteidigung einer Werbeaussage und gibt es Einigungsmöglichkeiten? Denn wenn eine Auseinandersetzung erst einmal vor Gericht gelandet ist, dann kommen die Richter als weitere Faktoren ins Spiel. Sie zählen sich häufig – mit Recht – zu den von der Werbung angesprochenen Verkehrskreisen und sie wollen sich weder durch unzutreffende Angaben täuschen noch durch überpfliffige Verteidigungsargumente veralbern lassen. Vor Gericht kann deshalb regelmäßig nur gewinnen, wer seine Werbung mit stichhaltigen Argumenten zu verteidigen weiß. Dazu gehören bei gesundheitsbezogenen Wirkungen schon von Gesetzes wegen wissenschaftlich hinreichend abgesicherte Erkenntnisse.

Und wenn die Werbung erst einmal verboten ist? Dann gilt in Abwandlung eines alten Mottos von Sepp Herberger: Nach der Werbung ist vor der Werbung. Und deshalb wird es auch weiter einen fruchtbaren Austausch zwischen Werbefachleuten, Wissenschaftlern und Rechtsberatern geben – unablässig befeuert von neuen Ideen und nicht zuletzt aktuellen Gerichtsentscheidungen.