5. Oberlandesgericht Köln – „Shiitake-Pilze“
§§ 17, 18 LMBG, §§ 1, 3 UWG

Die Bewerbung von Shiitake-Pilzen durch ein Unternehmen der Lebensmittelbranche mit Aussagen wie „Abwehrtraining aus Fernost“, „... soll gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen, den Cholesterinspielgel senken, Viren bekämpfen, das Immunsystem stärken ...“, „In China und Japan gilt Shiitake deshalb schon seit Jahrhunderten als Lebenselixier mit sagenumwobener Heilkraft“, „Seine Wirkung entfalt Shiitake am besten, wenn er frisch bereitet wird“ resp. „Er enthält den Stoff Lentinan, der das Immunsystem auf Trab bringen und den Körper vor vielen Krankheiten schützen soll“ ist weder aus lebensmittel- noch wettbewerbsrechtlichen Gründen zu beanstanden.

OLG Köln, Urteil vom 19.7.2000–6 U 53/00

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Berufung des Antragstellers bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Landgericht hat den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, mit der der Antragsgegnerin untersagt werden soll, im geschäftlichen Verkehr für „Shii-take-Pilze“ wie nachfolgend (verkleinert) wiedergegeben mit den Angaben:

1. „Das Abwehrtraining aus Fernost“
2. „...soll er auch gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen“,
3. „den Cholesterinspiegel senken“,
4. „Viren bekämpfen“,
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“,
8. „Er enthält den Stoff Lentinan, der das Immunsystem auf Trab bringen und den Körper vor vielen Krankheiten schützen soll.“

zu werben, zu Recht zurückgewiesen:

Denn die vom Antragsteller jeweils isoliert in der konkreten Verletzungsform angegriffenen Werbeaussagen unterfallen weder den Verbotstatbeständen der §§ 17, 18 LMBG, § 1 UWG, noch können sie als irreführend im Sinne des § 3 UWG beurteilt werden. Auch der Begründung der angefochtenen Entscheidung schließt sich der Senat an. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt er die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts vorab in Bezug und sieht von einer erneuten Darstellung der die Entscheidung tragenden Gründe ab, § 543 Abs. 1 ZPO.

Die mit der Berufung gegen das angefochtene Urteil vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

Zunächst folgt der Senat dem Landgericht in seiner Auffassung, daß § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG im Streitfall nicht anwendbar ist und das Verfügungsbegehren namentlich insoweit nicht trägt, als in der Werbung der Antragsgegnerin davon die Rede ist, der Speisepilz „Shiitake“ solle gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen, den Cholesterinspiegel senken, Viren bekämpfen und das Immunsystem stärken wie kaum ein anderes Nahrungsmittel. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG ist es unbeschadet der Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG, die es – verkürzt wiedergegeben – verbietet, Lebensmittel mit irreführenden Angaben zu bewerben, verboten, im Verkehr mit Lebensmitteln oder in der Werbung für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall Aussagen zu verwenden, die sich auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten beziehen. Das ist dann der Fall, wenn die Werbung – woran es im Streit-

fall aber ersichtlich fehlt – eine bestimmte Krankheit oder ein bestimmtes Krankheitsbild direkt anspricht. Mit Rücksicht darauf, daß der Begriff „Krankheit“ nach wohl allgemeiner Auffassung weit auszulegen ist (vgl. nur Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Band II, § 18 Rdnr. 16), kann § 18 Abs. 1 Nr. 1 LMBG je nach den Umständen des Einzelfalls aber auch dann einschlägig sein, wenn eine Krankheit nicht ausdrücklich genannt, sondern durch Krankheitssymptome wie z.B. Heiserkeit, Fieber, erhöhter Blutdruck etc. umschrieben wird. Gleiches gilt, wenn der Krankheitsbezug indirekt durch Hinweise auf körperliche Zustände oder auf Wirkungen des Lebensmittels wie etwa durch die Aussage „Senkt den Cholesterinspiegel und schont damit das Herz“ hergestellt wird (vgl. dazu: Zipfel/Rathke, a.a.O., § 18 LMBG Rdnr. 19 und 17 a). Aber auch unter Zugrundelegen des dargestellten „weiten“ Verständnisses des in § 18 LMBG verwendeten Krankheitsbegriffes vermag der Antragsteller sein Verfügungsbegehren nicht auf die erwähnte lebensmittelrechtliche Vorschrift zu stützen.

Dem Verfügungsbegehren verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg. Denn auf das Basis der vorgenannten Kriterien schließt der von der Werbung der Antragsgegnerin angesprochene Verkehr, zu dem potentiell auch die Mitglieder des Senats gehören und was diese deshalb ebenso wie die Mitglieder der Kammer aus eigener Erfahrung und Sachkunde zu beurteilen in der Lage sind, aus den angegriffenen Aussagen, der Shiitake-Pilz solle gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen, er solle den Cholesterinspiegel senken, Viren bekämpfen und das Immunsystem wie kaum ein anderes Nahrungsmittel stärken, nicht auf eine bestimmte Krankheit, gegen die der Verzehr von Shiitake-Pilzen (prophylaktisch) wirken könne. Vielmehr sind die angegriffenen Aussagen so allgemein gehalten, daß der Verbraucher diese Hinweise nicht mit bestimmten Krankheiten in Verbindung bringt, auch nicht, soweit in der Werbung der Antragsgegnerin von einer Senkung des Cholesterinspiegels die Rede ist. Wenngleich jedenfalls ein erheblicher Teil der von der Werbung der Antragsgegnerin angesprochenen Verkehrskreise nur vage Vorstellungen darüber haben wird, welche genaue Funktion Cholesterin im Körper eines Menschen hat, weiß er jedoch jedenfalls, daß die Erhöhung des Cholesterinspiegels als solche keine Krankheit ist, sondern lediglich – wie dies z.B. bei übermäßigem Alkoholkonsum, Rauchen, Fettleibigkeit oder anhaltendem Streß der Fall ist – einen Risikofaktor darstellt, der je nach Lebensweise des Menschen Einfluß auf sein Wohlbefinden und seinen allgemeinen Gesundheitszustand haben kann. Den in der konkreten Verletzungsform gegebenen Hinweis „den Cholesterinspiegel senken“ ohne zusätzliche, einen bestimmten Krankheitsbezug herstellende Hinweise versteht der Verbraucher deshalb nicht dahin, durch den Verzehr dieses Lebensmittels könne er z.B. sein Herzinfarktrisiko vermindern oder gar ausschließen oder einer durch Bindegewebswucherungen verursachten Sklerose vorbeugen. Das gilt erst recht für den Verbraucher, der an einer bestimmten Krankheit leidet und z.B. aus Gesprächen mit seinem behandelnden

Arzt weiß, daß sein erhöhter Cholesterinspiegel zum Ausbruch oder zum Eintritt seiner Erkrankung beigetragen hat, und daß allein eine durch gesunde Ernährung und sonstige Enthaltsamkeit insbesondere bei Genußgiften zu bewirkende Senkung des Cholesterinspiegels die bestehende Erkrankung nicht heilen kann.

Das Verfügungsbegehren hat weiter ebenfalls keinen Erfolg, wenn man die Werbeaussagen an der Vorschrift des §§ 17 Abs. 1 Nr. 5 c LMBG mißt, wonach es verboten ist, einem Lebensmittel den Anschein eines Arzneimittels zu geben. Auch hier vermögen die Mitglieder des Senats aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen, daß die in Rede stehende konkrete Werbung der Antragsgegnerin für den „Shiitake-Pilz“ dem Verkehr nicht den Eindruck vermittelt, dort werde ein Arzneimittel beworben. Das Gegenteil ist der Fall: In Anbetracht der vielfachen Abbildung von Pilzen, die deutlich, auch durch ihre bildliche Wiedergabe, als Genußmittel angepriesen werden, liegt die Annahme, gleichwohl könne der Verkehr glauben, hier werde ein Arzneimittel beworben, wenig nahe.

Auch aus § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG in Verbindung mit § 1 UWG oder § 3 UWG kann der Antragsteller die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht herleiten. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG ist es verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben, wobei eine Irreführung insbesondere dann vorliegt, wenn Lebensmitteln Wirkungen beigelegt werden, die ihnen nach der Erkenntnis der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind. Während sich die erste Alternative des § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG auf Behauptungen bezieht, die wissenschaftlichen Erkenntnissen widersprechen und damit objektiv falsch sind, richtet sich die Vorschrift mit ihrer zweiten Alternative gegen pseudowissenschaftliche Aussagen und gegen die Tendenz, wissenschaftlich umstrittene Behauptungen in der Werbung zu verwenden. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß im Interesse der Allgemeinheit Angaben über gesundheitliche und ernährungspsychologische Wirkungen nur dann zuzulassen sind, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen. Deshalb sind besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussage zu stellen, sobald in der Werbung die gesundheitsfördernde Wirkung eines Lebensmittels herausgestellt wird (Zipfel/Rathke, a.a.O., § 17 LMBG Rdnr. 286). Grundsätzlich dürfen nur tatsächlich sicher erwiesene Wirkungen der Werbung für Lebensmittel zugrundegelegt werden. Das Tatbestandsmerkmal des § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG „wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert“ muß allerdings jedenfalls grundsätzlich von demjenigen nachgewiesen werden, der eine entsprechende Werbeaussage angreift. Eine Umkehr der Beweislast findet insoweit nicht statt (Zipfel/ Rathke, a.a.O., § 17 LMBG Rdnr. 286 c).

Auf der Basis dieser Kriterien stimmt der Senat dem Landgericht in seiner Auffassung zu, daß die Antragsgegnerin durch Vorlage verschiedener Publikationen, namentlich durch im Internet zu findende wissenschaftliche Abhandlungen über den Shiitake-Pilz, glaubhaft gemacht hat, daß der Pilz die beworbenen Inhaltsstoffe besitzt und daß ihm tatsächlich die werblich herausgestellten gesundheitsfördernden Wirkungen zugeschrieben werden, und daß demgegenüber der Antragsteller keine (wissenschaftlichen) Äußerungen Dritter hat vortragen oder gar vorlegen können, die dem Shiitake-Pilz die von der Antragsgegnerin beworbenen Wirkungen absprechen.

Dabei kann offenbleiben, ob der Antragsteller die von der Antragsgegnerin zu den Akten gereichten Publikationen und zum Teil auch die berufliche Qualifikation und Fachkompetenz einzelner Autoren zu Recht kritisiert. Denn bei aller möglicherweise berechtigten Kritik des Antragstellers gibt es nach seinem eigenen Sachvortrag in der Fachliteratur keine einzige Stimme, die dem Shiitake-Pilz eine gesundheitsfördernde Fähigkeit abspricht oder die besagt, sein Genuß sei nicht geeignet, dem Cholesterinspiegel zu senken, Viren zu bekämpfen oder das Immunsystem zu stärken. Entgegen den Äußerungen des Antragstellers im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.07.2000 gilt das auch für die Aussage der Antragsgegnerin, der Shiitake-Pilz könne „Viren bekämpfen". Soweit sich der Antragsteller hier auf die Veröffentlichung in „Hagers Handbuch der Pharmazeutischen Praxis" berufen und sinngemäß ausgeführt hat, nur das in Shiitake-Pilzen vorhandene Lentinan könne gegebenenfalls zur Virenbekämpfung beitragen, in der zitierten Fachliteratur sei aber die Rede davon, die publizierten klinischen Daten ließen ein sicheres Urteil zum Nutzen von Lentinan bei Tumoren und bei viralen Erkrankungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu, kann daraus nicht geschlossen werden, die Aussage der Antragsgegnerin, der Genuß von Shiitake-Pilzen könne „Viren bekämpfen", sei wissenschaftlich umstritten. Denn der von dem Antragsteller zitierten Fachliteratur läßt sich lediglich entnehmen, daß der Nutzen von Lentinan bei bereits eingetretenen viralen Erkrankungen nicht gesichert sei. Im übrigen ist damit keine fachliche Aussage darüber getroffen, ob das in Shiitake-Pilzen vorhandene Lentinan zur Prophylaxe geeignet ist.

Gibt es demnach bezogen auf die Richtigkeit der von der Antragsgegnerin verwendeten und mit dem Verfügungsantrag angegriffenen Werbeaussagen keinen wissenschaftlichen Meinungsstreit, hat das für den Streitfall folgende Konsequenzen:

Das Senatsurteil „Anti-Cellulitis-Werbung" vom 20.08.1999 (GRUR 2000, 154 ff.) ist entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht einschlägig. Die dort wiedergegebenen Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast können auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. Denn in dieser Entscheidung hat der Senat im Zusammenhang mit der Prüfung des § 3 Satz 2 Nr. 1 des Heilmittelwerbegesetzes unter Hinweis auf die Entscheidungen „Tampax" und „Rheumalind II" des Bundesgerichtshofs

(BGH GRUR 1965, 148 und GRUR 1991, 848, 849) sinngemäß lediglich ausgeführt, für den Fall der wissenschaftlichen Umstrittenheit der Wirksamkeit eines Arzneimittels entspreche es gefestigter Rechtsprechung, daß der Werbende, der die Wirksamkeit behauptet, diese auch beweisen bzw. im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung glaubhaft machen müsse. Demgegenüber kann im Streitfall – wie ausgeführt – schon nicht davon ausgegangen werden, die Wirkungen, die die Antragsgegnerin dem Shiitake-Pilz werblich beimesse, seien wissenschaftlich umstritten.

Deshalb trifft den Antragsteller die volle Darlegungs- und Beweislast bzw. im Verfügungsverfahren der vorliegenden Art die Glaubhaftmachungspflicht dafür, daß der Verkehr die den Gegenstand des Verfahrens bildenden einzelnen Werbeaussagen in bestimmter Art und Weise versteht und irregeführt wird, sei es im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG, sei es im Sinne des § 3 UWG. Hieran fehlt es. In diesem Zusammenhang ist es – auch das hat das Landgericht zutreffend hervorgehoben – schon von Bedeutung, daß die Antragsgegnerin nicht apodiktisch und plakativ die Behauptung aufgestellt hat, der Verzehr von Shiitake-Pilzen habe bestimmte gesundheitsfördernde Wirkungen, sondern ihre Werbeaussagen in eine bestimmte Form und in einen bestimmten Zusammenhang gekleidet hat. Für die Leser wird schon wegen der Überschrift „Shiitake – das Abwehrtraining aus Fernost“ und die unmittelbar nachfolgenden Sätze, Shiitake sei nicht etwa eine asiatische Kampfsportart, sondern ein Speisepilz, der über einen ausgezeichneten Geschmack verfüge, aber auch gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen und den Cholesterinspiegel senken, Viren bekämpfen und das Immunsystem wie kaum ein anderes Nahrungsmittel stärken soll, in China und Japan gelte der Shiitake deshalb schon seit Jahrhunderten als Lebenselixier mit sagenumwobener Heilkraft, hinreichend deutlich, daß ihm hier ein Lebensmittelprodukt vorgestellt werden soll, das in asiatischen Ländern nicht nur wegen seines Geschmacks, sondern auch und gerade wegen seiner positiven Nebenwirkungen für die Körperfunktion und das Wohlbefinden des Menschen besonders geschätzt wird. Dabei drückt auch die Verwendung der Worte „soll“ und „gilt“ Zurückhaltung aus, wenngleich im Ergebnis kein Zweifel daran bestehen kann, daß sich die Antragsgegnerin den Inhalt der Aussage zu eigen macht. Für den angesprochenen Verkehr ist es jedoch ein Unterschied, ob einem Lebensmittel unumstößlich und schlagwortartig eine bestimmte gesundheitsfördernde Wirkung zugesprochen wird, oder ob – wie hier – wesentlich vorsichtiger zum Ausdruck gebracht wird, dem Produkt würden solche Fähigkeiten nachgesagt. Überdies wird das durch die Werbeaussagen hervorgerufene Verständnis des Verkehrs dadurch modifiziert und beeinflußt, daß – und zwar schon durch die Verwendung der dominant hervorgehobenen Überschrift, aber auch durch den Hinweis, in China und Japan gelte der Shiitake seit Jahrhunderten als Lebenselixier mit sagenumwobener Heilkraft – der Bezug zu asiatischen Ländern und den dort vorherrschenden Gebräuchen hergestellt wird. Denn der Verkehr weiß, daß sich nicht nur die Eßgewohnheiten in asiatischen Ländern

deutlich von den Gewohnheiten unterscheiden, die er als Europäer kennt, sondern daß sich die dort vorherrschenden Vorstellungen, wie der menschliche Körper durch die Aufnahme von Nahrung gesund und fit gehalten werden kann, von der hier vorherrschenden Auffassung breiter Bevölkerungskreise deutlich unterscheiden. Z.B. – das ist gerichtsbekannt – wird in Asien immer noch das Horn von Rhinozerossen als potenzsteigernde Wundermedizin begriffen, die die Eßgewohnheiten beeinflussende Vorstellung, der Verzehr bestimmter Meeressäugetiere wie Delphine oder bestimmter Kriechtiere wie Eidechsen, Schlangen etc. sei gesundheitsfördernd, hat im Vorstellungsbild mancher Asiaten sicher einen anderen Stellenwert, als es bei einem Europäer der Fall ist. Wenngleich dem von der Werbung der Antragsgegnerin angesprochenen Verkehr insoweit Einzelheiten nicht bekannt sein mögen, weiß er jedoch, daß sich die diesbezüglichen Vorstellungen der in „Fernost“ lebenden Menschen von den hiesigen unterscheiden. Um so eher spielt beim Verkehrsverständnis die konkrete Verletzungsform, in der der Bezug zu diesbezüglichen Vorstellungen in asiatischen Ländern hergestellt wird und durch die angegriffenen Aussagen aus Sicht des Verbrauchers durch Verwendung der Worte „soll“ und „gilt“ relativiert werden, eine entscheidende Rolle.

Vor diesem Hintergrund wird der Verkehr der angegriffenen Aussage „In China und Japan gilt der Shiitake als Lebenselixier mit sagenumwobener Heilkraft“ schon keine ernsthafte Bedeutung beimessen. Jedenfalls wird sie vom Verkehr nicht dahin verstanden, dem Genuß von Shiitake-Pilzen komme eine bestimmte Wirkung zu. Auch die Aussage „Shiitake – das Abwehrtraining aus Fernost“ wird vom Verbraucher nicht in diesem Sinne verstanden und hat für ihn keine Aussagekraft. Ebenso indifferent ist für den Verbraucher die Aussage „Seine Wirkung entfaltet der Shiitake am besten, wenn er frisch zubereitet wird“. Der Verbraucher versteht sie lediglich als Anregung, das Lebensmittel möglichst frisch zu verarbeiten und alsdann zu sich zu nehmen.

Zuzustimmen ist der Auffassung des Antragstellers im Ansatz nur insoweit, als der angesprochene Verkehr die weiter angegriffenen Aussagen, der Shiitake-Pilz solle gesundheitsfördernde Fähigkeiten besitzen, den Cholesterinspiegel senken, Viren bekämpfen und das Immunsystem stärken wie kaum ein anderes Nahrungsmittel, der Pilz enthalte den Stoff Lentinan, der das Immunsystem auf Trab bringen und den Körper vor vielen Krankheiten schützen soll, nicht lediglich als nichtssagende Anpreisung, sondern dem Wortsinn nach dahin begreift, daß er mit dem Genuß des Nahrungsmittels für das Immunsystem seines Körpers etwas tun kann und daß der Verzehr des Shiitake-Pilzes hilft, Viren zu bekämpfen und den Cholesterinspiegel zu senken. Dem Unterlassungsbegehren des Antragstellers ist bezogen auf diese werblichen Ankündigungen der Erfolg dennoch versagt, weil es nach dem Vorgesagten nicht überwiegend wahrscheinlich und damit nicht hinreichend glaubhaft gemacht ist, daß die beim angesprochenen Verkehr insoweit ausgelöste Vorstellung unrichtig ist.

Tragen damit auch die Vorschriften der § 17 Abs. 1 Nr. 5 a LMBG, § 1 UWG und auch die Regelung des §§ 3 UWG das Unterlassungsbegehren des Antragstellers nicht, war seine Berufung mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Anmerkung

Zu erlaubten gesundheitsbezogenen Aussagen im Vorfeld des Krankheitswerbungsverbots

Das vorliegende Urteil des OLG Köln überrascht in seiner liberalen Auslegung des Verbots der krankheitsbezogenen Angaben nach § 18 Abs. 1 Ziff. 1 LMBG. Wenn man die bisherige Rechtsprechung zur Lebensmittelwerbung berücksichtigt, schienen Aussagen, daß ein Lebensmittel wie ein Speisepilz „den Cholesterinspiegel senken, Viren bekämpfen, das Immunsystem stärken soll", generell unzulässig zu sein. Begriffe wie Cholesterinsenkung und Stärkung des Immunsystems oder – der hier nicht streitgegenständliche – Oxydationsschutz entwickelten sich zu Reizworten der Lebensmittelwerbung und boten regelmäßig Angriffsflächen für Konkurrenten und Wettbewerbsvereine, um Werbung im einstweiligen Verfügungsverfahren zu stoppen. Man begründete dies regelmäßig damit, daß körperlichen Funktionsbeschreibungen zwangsläufig ein eindeutiges Krankheitsbild unterlegt wurde. Weitschweifige Assoziationsketten führten häufig zur Verwendung von holzschnittsartigen Synonymen angeblich eindeutiger Krankheitsbilder, um die Voraussetzungen des Krankheitsbezuges zu bejahen. Multikausalitäten und Risikofaktoren blieben in diesem Zusammenhang so gut wie außer Betracht. Cholesterinsenkung konnte nur Vorbeugung vor Herzinfarkt und Schlaganfall bedeuten, weil ein erhöhter Cholesterinspiegel durch vermehrtes LDL-Cholesterin zur Arteriosklerose führt und somit die Vorstufe des Herzinfarkts und des Schlaganfalls ist. Die Stärkung des Immunsystems wurde bis dahin gern als Synonym von Vermeidung von Erkältungskrankheiten gesehen, zumal es sich bei dem Wort „Immunsystem" um einen Begriff aus der medizinischen Fachsprache handelt.

Es soll nicht verkannt werden, daß es sich dabei um mögliche und zulässige Zurechnungen zu Wortbedeutungen handeln kann; es wird jedoch bestritten, daß dies die einzige und generelle Auslegungsmaxime zur Begründung eines Werbeverbots darstellt. Zur Begründung eines solchen Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit sind nämlich grundsätzlich besondere Umstände erforderlich, die tatsächlich hinzukommen müssen. D. h. für solche weitreichenden Ableitungen zur konkreten Krankheit hin bedarf es tatsächlicher Anhaltspunkte einer direkten Thematisierung in einem zurechenbaren Umfeld der Produktwerbung. Sonst führt eine an Reizworten und weiten Assoziationsketten orientierte Auslegung des § 18 Abs. 1 LMBG zur Unterdrückung eines berechtigten Informationsbedürfnisses für den Verbraucher. Die „Entweder-Lebensmittel-oder-Arzneimittel-Kategorisierung", die das bestehende Recht zur

Abgrenzung verlangt, darf trotz aller Schwierigkeiten nicht zur unzulässigen Verkürzung des Lebenssachverhalts führen. Gerade die Ernährung eines Menschen in einer Wohlstands- und Konsumgesellschaft kann die Weichen zur Gesundheit oder zur Krankheit stellen. Es wäre aber schon vom Sachverhalt zu kurz gegriffen, wenn man ungesunde Ernährung generell mit Krankheit oder sogar bereits mit einer bestimmten Krankheit direkt gleichsetzen würde. Dies führt zu einem verhängnisvollen Ausschlußmechanismus, der vollkommen unnötig bereits im Sachverhalt die Negativentscheidung „Krankheit" als normativen Begriff von der Abweichung eines tatsächlichen gesundheitlichen Normalzustandes abhängig macht. Damit wird der Verbotsbereich direkt auf ernährungsphysiologische Aussagen pauschal und unreflektiert ausgedehnt. Die Pufferzone dazwischen, die abweichend vom Ideal und wünschenswertem Zustand der Gesundheit bis zur Grenze der bestimmten Krankheit reicht, darf jedoch nicht zu Lasten der Werbefreiheit als „terra incognita" ausgeklammert werden. Eine solche Risikozone kann auch der Beurteilung des Verbots gemäß § 18 LMBG zugrunde liegen und bedarf im Einzelfall der Tatsachenermittlung und -bewertung.

Das OLG Köln hebt sich mit seiner Entscheidung, die im Einklang mit der Vorinstanz steht, wohltuend von der bisherigen weiten Assoziationsrechtsprechung ab. Es stellt zunächst heraus, daß das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung als Auslegungsgrundsatz nur dann greift, wenn eine bestimmte Krankheit oder ein bestimmtes Krankheitsbild direkt angesprochen wird, womit auch die Umschreibung von Symptomen gemeint ist. So weit besteht überwiegend Konsens mit der übrigen Rechtsprechung. Jedoch in der Konkretisierung des Grundsatzes unterscheidet sich das Urteil durch eine differenzierende Sichtweise in der Beurteilung, was der Verbraucher den Aussagen entnehmen kann. Das machen die Kernaussagen der Entscheidung deutlich.

Die Werbeaussagen wären nämlich so allgemein, daß diese Hinweise nicht mit bestimmten Krankheiten in Verbindung gebracht würden, selbst wenn von der Senkung des Cholesterinspiegels die Rede ist. Denn der Verbraucher weiß, daß die Erhöhung des Cholesterinspiegels als solches keine Krankheit ist, sondern lediglich – wie dies z.B. bei übermäßigem Alkoholkonsum, Rauchen und Fettleibigkeit oder anhaltendem Streß der Fall ist – einen Risikofaktor darstellt, der je nach Lebensweise des Menschen Einfluß auf sein Wohlbefinden und seinen allgemeinen Gesundheitszustand haben kann. Den Hinweis „den Cholesterinspiegel senken" ohne zusätzlichen, einen Krankheitsbezug herstellenden Hinweis versteht der Verbraucher deshalb nicht dahin, durch den Verzehr dieses Lebensmittels könne er beispielsweise sein Herzinfarktrisiko verhindern oder gar ausschließen. Erst recht weiß der Verbraucher, daß eine durch seinen erhöhten Cholesterinspiegel verursachte Krankheit nicht allein durch eine Senkung des Cholesterinspiegels aufgrund von gesunder Ernährung und sonstiger Enthaltsamkeit geheilt werden kann. Dies sei ihm durch die ärztliche Behandlung bekannt.

Dieser Auslegung ist zuzustimmen, da allgemeine Hervorhebungen eines Gesundheitsnutzens eines Lebensmittels bei seiner unbestreitbaren Ernährungsfunktion nicht dazu führen dürfen, daß das Lebensmittel vorschnell mit der Vermutung der Illegalität behaftet wird. Der Gesetzeszweck des § 18 Abs. 1 LMBG bezieht sich im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 3 Buchst. b der EG-Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG auf Aussagen zu einer bestimmten Krankheit. Außerdem löst nicht jede bloße Erwähnung eines medikativen Begriffs eine Vorstellung des Verbrauchers aus, das beworbene Lebensmittel sei als Arzneimittelersatz zu betrachten. Entscheidend für den Schutzzweck und damit für die Auslegung des § 18 LMBG ist der Schutz vor Selbstmedikation einerseits und die Unterrichtung des Verbrauchers andererseits, Ziele, die sich auch in dem sechsten und vierzehnten Erwägungsgrund der EG-Etikettierungsrichtlinie widerspiegeln. Das ist aber eine Frage, die man unabhängig von der Diskussion beantworten kann, ob das Verbraucherleitbild des EuGH hier anzuwenden ist oder nicht. Der Senat ging offenbar vom traditionellen Verbraucherleitbild deutscher Rechtsprechungsprägung aus, nämlich vom nicht informierten, unaufgeklärten Verbraucher, der nur vage Vorstellungen darüber hat, welche genaue Funktion Cholesterin im Körper eines Menschen hat. Der Verbraucher ist jedoch so weit aufgeklärt, daß er körperliche Dispositionen und Lebensumstände, die zur Krankheit führen können, in der Weise erkennt, daß er sie z.B. durch Bewegung und Ernährung positiv beeinflußen kann. Dies wären Risiken einer Lebensführung, erreichten aber noch nicht das Stadium oder Vorstadium einer bestimmten Krankheit.

Die Entscheidung des OLG Köln hat sich mit dieser Erkenntnis an eine differenzierende Betrachtungsweise herangewagt, die zu begrüßen ist. Die Richter nutzen den engen Spielraum des § 18 LMBG, um einen Ausgleich zwischen werblicher Information und Schutz vor Selbstmedikation nach gültiger Rechtslage herbeizuführen. Sie erkennen, daß erhöhter Cholesterinspiegel nicht eindeutig für eine bestimmte Krankheit steht. Sicherlich sind auch Ausmaß und Dauerhaftigkeit einer erhöhten Cholesterinkonzentration zu berücksichtigende Kriterien für die Bestimmung einer Krankheit, die sich nicht allein und generell aus der Funktionsbeschreibung „Cholesterin senken“ im Rückschluß ableiten läßt. Ein erhöhter Cholesterinwert muß nicht zwangsläufig zur Krankheit führen, sondern gilt als Risikofaktor für Krankheiten. Die vorübergehende physiologische Reaktion des Körpers auf fettreiche Ernährung, die die Normwerte des Cholesterinspiegels überschreiten kann, ist noch keine bestimmte Krankheit. Ein erhöhter Wert ist ähnlich wie auch Rauchen, Streß oder Übergewicht ein Risikofaktor für Arteriosklerose. Die angesprochenen Verbraucher werden gesundheitlichen Risiken sehr oft ausgesetzt oder sie setzen sich solchen Risiken selbst aus wie Nikotin- und Alkoholgenuß sowie fettreichem Essen. Andere allgemeine Risikofaktoren, die zu weiteren unterschiedlichen Erkrankungen führen können, sind beispielsweise neben der Mangelernährung die Sonnenstrahlung und

die Bildung von freien Radikalen, somit Risiken und Risikofaktoren, die durch bewußte Ernährung verstärkt oder verringert werden können. Allgemeine Krankheitsbegriffe fallen deshalb nicht in den Verbotsbereich des § 18 LMBG, sondern in eine indifferente, vorgelagerte Risikozone von bestimmten Krankheiten. Mit dieser Auslegung wurde ebensowenig die Grenze zum unzulässigen *Reduction of Disease Risk Claim* überschritten wie z.B. durch die Aussage „regelmäßiger Verzehr dieser Pilze kann das Risiko von koronaren Herzerkrankungen senken", weil das Risiko der koronaren Herzerkrankungen nicht durch nähere Umstände thematisiert wurde. Während man sich doch bisher sprachlich eher blumig auf „Cholesterinbewußtsein" zurückziehen mußte, um das Thema werblich anzusprechen, erhalten jetzt Lebensmittel z.B. mit Ω-3-Fettsäuren oder mit Ballaststoffen wie in Haferkleie bzw. Lebensmittel in Form von Artischocken– oder Knoblauchextrakten eine neue Chance der Bewerbung, sofern die Daten eine hinreichende wissenschaftliche Absicherung erlauben. Im Vergleich zu offensichtlichen Lebensmittel-Formen wie den Speisepilzen bleibt das Risiko jedoch höher; das gilt insbesondere für Nahrungsergänzungsmittel, weil für sie noch kein entsprechendes höchstrichterliches Urteil vorliegt. Viele Instanzgerichte wollen außerdem nicht nur einen Verstoß gegen § 18 LMBG wegen solcher Aussagen bejahen, sondern erkennen in der konzentrierten Form der Darreichung, die einem Nahrungsergänzungsmittel eigen ist, immer noch ein nicht zugelassenes Arzneimittel. Auch wenn dies rechtlich fragwürdig ist, ist es für die Rechtspraxis und damit für die Beratung (leider) weiterhin zu beachten.

Hingegen begegnen die Ausführungen im Urteil zur Irreführungsgefahr einer kritischen Betrachtung. Sicherlich ist es zwar für die Rezeption des Verbrauchers ein Unterschied, ob Werbeaussagen über eine Art Wundermittel apodiktisch und plakativ behauptet werden oder in einem Fließtext und distanziert in der Wortwahl wiedergegeben werden. Jedoch überzeugt nicht vollständig die Überlegung des Gerichts, daß wenn man fernöstliche Vorstellungen über gesundheitsförderndes Verhalten nach Europa bzw. Deutschland kolportiert, sich das Vorstellungsbild der Asiaten als so exotisch erweist, daß eine Irreführungsgefahr ernsthaft nicht von Bedeutung ist. Mag dies vielleicht noch für die Verwendung von Tieren, wie Eidechsen, Schlangen usw., die nicht in traditionell deutsche Eßgewohnheiten passen, zutreffen, wird man aber schon bei bestimmten Fischsorten und ihrer Zubereitung Einschränkungen machen können. Ist der Genuß verschiedener Tierarten doch eher von Traditionen, Gewohnheiten und zum Teil von emotionalen und ethischen Einstellungen geprägt, dürften diese Hemmnisse für eine Akzeptanz beim Verzehr von pflanzlichen Zutaten wesentlich geringer sein. Das wird man um so mehr annehmen können, wenn eine exotisch klingende Pilzsorte pauschal als Speisepilz vorgestellt und damit zu etwas Vertrautem für den Verbraucher wird. Ansonsten würde man sämtlichen überlieferten Geheimrezepten und Lebenselixieren aus Fernost, dem Orient, alter Naturvölker oder z.B. aus dem Mittelalter wegen ihrer räumlichen oder zeitlichen Ferne zum

Rechtsgebiet Deutschland den Freifahrtschein für überzogene Aussagen geben, sofern man dem ganzen Auftritt mit den Worten wie „soll" und „gilt" die sprachlich ausreichende Zurückhaltung verleiht.

Da jedoch die eingangs besprochenen, gesundheitsfördernden Wirkungen im Verfahren als wissenschaftlich hinreichend gesichert glaubhaft gemacht werden konnten, schaden die unzutreffenden Aussagen zur Irreführungsgefahr nicht der Bedeutung und der überzeugenden Begründung der Auslegung des § 18 LMBG. Die Entscheidung mag vordergründig einen exotischen Eindruck hinterlassen, sie behandelt jedoch eine sehr relevante deutsche Rechtspraxis. Es wird sich zeigen, ob das Urteil des OLG Köln eine Außenseiterentscheidung bleibt oder Nachfolgeentscheidungen initiieren kann. Jedenfalls stützt bereits jetzt eine Parallelentscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes Hamburg die Auslegung des § 18 LMBG im Zusammenhang mit der Verwendung der werblichen Angabe „Immunsystem", in der die Aussage „regen die Abwehrtruppe des Immunsystems an" auch nicht mehr als Krankheitsbezug gesehen wird (Hans. OLG – „Immunsystem II" m. Anm. *Schroeter*, ZLR 2001, 147, in diesem Heft).

Allerdings sollte der Blick auch auf das Gesamtgefüge der Gesundheitswerbung am Markt gerichtet bleiben, das ebenso die rezeptfreien Arzneimittel umfaßt. Es ist nämlich geboten, die gleichen Auslegungsgrundsätze des Krankheitsbezuges wie beim § 18 LMBG auf die Sachverhalte anzuwenden, für die die Vorschrift des § 12 Heilmittelwerbegesetz (HWG) ebenfalls Schutz vor Selbstmedikation bei bestimmten Krankheiten gewährleisten will. Insbesondere findet sich unter § 12 Abs. 1 HWG i.V.m. Anlage A Nr. 3 HWG die parallele Problematik, inwieweit Hinweise auf cholesterinsenkende Wirkungen bereits eine verbotene Werbung außerhalb der Fachkreise darstellen, weil ein Bezug zur Stoffwechselkrankheit assoziiert werden könnte. Würde man nur das Werbeverbot des § 18 LMBG wie hier nach der gebotenen Verhältnismäßigkeit auslegen, entstünde auf Dauer eine unerträgliche Friktion, wenn für auf ihre Wirksamkeit behördlich geprüfte Arzneimittel mit einer entsprechenden Indikationsstellung die cholesterinsenkende Wirkungen außerhalb der Fachkreise nicht ausgelobt, in der Parallelität der Endverbraucherwerbung jedoch Lebensmittel wie die Shiitake-Pilze entsprechend gekennzeichnet und beworben werden dürften. Das ist aber eine bestehende rechtspolitische Problematik, die in keiner Weise dem Urteil angelastet werden darf.

Rechtsanwalt *Hardy Scholz*, München