

## **Tobias Konrad: Krankheitsbezogene Werbung im Lebensmittelrecht – Das Verbot krankheitsbezogener Werbung sowie Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos**

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum Lebensmittelrecht bei Prof. Dr. Markus Möstl am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl für Öffentliches Recht II) entstanden.*

### **A. Aktuelle gesellschaftliche Bedeutung krankheitsbezogener Werbung**

Der weltweite Ausbruch der Infektionskrankheit COVID-19 wirkt sich seit dem Frühjahr 2020 intensiv auf wirtschaftliche Zusammenhänge aus. Insbesondere in den Anfangsmonaten der Pandemie sowie im Zusammenhang mit der Einführung von Impfstoffen wurden verschiedenen Lebensmitteln durch Werbemaßnahmen virenablehrende Wirkungen zugeschrieben und somit Schutz vor einer Infektion und Erkrankung ausgelobt.<sup>1</sup> Dadurch stellten einzelne Lebensmittelunternehmer gegenüber Verbrauchern einen unbelegten positiven Zusammenhang zwischen der Ernährung mit dem jeweils beworbenen Lebensmittel und der Erkrankung an COVID-19 her.

Werbung erfüllt in der europäischen Wirtschaftsordnung eine unverzichtbare Funktion für Unternehmer und Verbraucher: Sie ermöglicht es dem einzelnen Verbraucher, sich über Produkte, Preise und Bezugswege zu erkundigen. Für die Unternehmer ist sie die entscheidende Gelegenheit, das Image und die Bekanntheit von Produkten positiv zu gestalten. Zugleich kann Werbung den allgemeinen marktwirtschaftlichen Innovationswettbewerb fördern und sich regulierend auf die Preise auswirken.<sup>2</sup> Hieraus folgt, dass die Bedeutung von Werbung in einer Gesellschaft, die von der schnellen Kommunikation durch Medien geprägt ist, kaum zu überschätzen ist.

Gerade Ausnahmesituationen, die von Unsicherheiten geprägt sind, verdeutlichen, dass jedes Werbeversprechen für ein Produkt ein manipulatives Moment der Meinungsbeeinflussung zugunsten eines erwünschten Verbraucherverhaltens beinhalten kann. Dieses Spannungsfeld verdeutlicht die potenzielle Gefährdungslage für die Gesundheit der Verbraucher als unmittelbare Auswirkung der Ernährung bei krankheitsbezogenen Werbeaussagen.

Während die tatsächliche Dimension aufzeigt, dass die Lebensmittelwerbung spezieller lauterkeitsrechtlicher Leitplanken bedarf, unterstreichen die betroffenen Rechtsgüter – insbesondere der Dualismus von Verbraucherschutz und Gesundheitsschutz – die Erforderlichkeit derartiger Regelungen. In der folgenden Darstellung sollen die Struktur der einschlägigen Normen und ihre Systematik innerhalb des weitgehend vollharmonisierten Lebensmittelrechts der Europäischen Union analysiert werden. Hierzu ist zunächst eine Annäherung an den Begriff der Krankheit (dazu B. I.) erforderlich, sodass im weiteren Gang der Darstellung das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung (dazu B. II.) und die Möglichkeit von Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos (dazu B. III.) untersucht werden können. Das Verhältnis dieser beiden Rechtsgrundlagen zueinander bedarf anschließend einer Klärung (dazu B. IV.), wobei insoweit sowohl eine Exklusivitätsbeziehung als auch ein Spezialitätsverhältnis zu diskutieren sind. Abschließend sind die Regelungssystematik und die Gesamthematik perspektivisch einzuordnen (dazu C.).

### **B. Analyse des Verbots krankheitsbezogener Werbung sowie der Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos**

Das Verbot krankheitsbezogener Werbung ist in Art. 7 III und IV LMIV [VO (EU) 1169/2011] geregelt und die Zulässigkeit von Angaben zur Reduzierung eines Krankheitsrisikos ist in Art. 14 I lit. a HCVO [VO (EG) 1924/2006] vorgeschrieben.

#### **I. Begriff der Krankheit**

Für eine systematische Analyse ist zunächst der gemeinsame Kernbegriff beider Vorschriften überordnend zu beleuchten. Weder in der LMIV noch in der HCVO findet sich eine einschlägige Definition für *Krankheit*. Der allgemeine Sprachsinn und das grundsätzliche juristische Verständnis

<sup>1</sup> LG Essen WRP 2021, 1234 (1236), Rn. 58; LG Gießen WRP 2020, 792 (795), Rn. 45; VG Würzburg Beschl. v. 29.10.2021 – W 8 E 21.1346; Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Pressemitteilung vom 20.03.2020 Nr. 51/2020, <https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/051-coronavirus-nahrungsergaenzungsmittel.html> [Stand: 11.08.2022].

<sup>2</sup> Schulz, Jürgen, Werbung in: Gablers Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/werbung-48161/version-383553> [Stand: 11.08.2022].

dieses Begriffes stimmen dahingehend überein, dass es sich um einen Körper- oder Geisteszustand handelt, der von der normalen Beschaffenheit oder der normalen Funktionstätigkeit abweicht.<sup>3</sup> Mitunter wird das Vorliegen einer Krankheit als reine Tatsachenfrage eingeordnet.<sup>4</sup>

## 1. Entwicklung eines normativen Krankheitsbegriff

Der Begriff *Krankheit* wird als tatbestandliche Voraussetzung in unterschiedlichen Rechtszusammenhänge verwendet. Dabei werden je nach den Besonderheiten der Rechtsfrage Erwägungen normativer Natur zur Reichweite des Krankheitsbegriffes getroffen. Beispielsweise herrscht im Sozialrecht ein folgenorientiertes Verständnis vor, sodass für das Vorliegen einer Krankheit entweder eine ärztliche Behandlung oder Arbeitsunfähigkeit erforderlich ist.<sup>5</sup> Folglich ist der Begriff keine Tatsachenfrage, sondern ein Rechtsbegriff. Das gilt auch für die Verwendung des Wortes in der LMIV und der HCVO. Dass eine unionsrechtliche Definition fehlt, wird in der Rechtsprechung teilweise durch einen Verweis auf die Ausführungen der deutschen obersten Gerichtshöfe gelöst.<sup>6</sup> Dieses Vorgehen ist für die Verordnungsinterpretation methodisch abzulehnen, denn der Begriff muss europarechtlich autonom interpretiert werden.<sup>7</sup> Innerhalb der Unionsvorschriften über die Bewerbung von Lebensmitteln ist es zielführend, eine einheitliche normative Akzentuierung zur Reichweite des Krankheitsbegriffes vorzunehmen. Zudem sind auch Überlegungen des allgemeinen Lauterkeitsrechts einzubeziehen.<sup>8</sup>

Für die Entwicklung des einschlägigen Krankheitsbegriffes kann an die oben beschriebene allgemeinsprachliche Vorstellung dahingehend angeknüpft werden, dass normal verlaufende Erscheinungen noch keine suffiziente Abweichung darstellen. Dies betrifft einerseits natürliche Zustände wie Altersschwäche oder Schwangerschaft, andererseits die normale Schwankung der Leistungsfähigkeit, der jeder menschliche Körper in einem gewissen Maß ausgesetzt ist.<sup>9</sup>

Der Vergleich mit den englischen Fassungen der LMIV und der HCVO insinuiert anhand des Wortes *disease*, dass der Verordnungsgeber Krankheit als objektivierbaren Befund versteht.<sup>10</sup>

Für die konkrete Eingrenzung des Begriffes bei der Regulierung der Lebensmittelwerbung lassen sich aus Art. 3 I LMIV und Art. 3 HCVO zwei teleologische Leitgedanken destillieren: Den Verbrauchern soll eine zutreffende Informationslage zur Verfügung stehen und mögliche Gesundheitsgefährdungen durch den Konsum von Lebensmitteln sollen verhindert werden. Aus diesen Grundintentionen folgt, dass auch geringfügige und vorübergehende Abweichungen vom Normalzustand, die zumindest möglicherweise behandlungsbedürftig sind, erfasst sind.

## 2. Reichweite des Krankheitsbegriffes im Lebensmittelrecht

Die Reichweite des lebensmittelrechtlichen Krankheitsbegriffes verdeutlicht ein Urteil zur Bewerbung eines trinkfähigen Nahrungsergänzungsmittels, welches als „Anti Hangover Drink – Natürlich bei Kater“ vermarktet wurde.<sup>11</sup> Diese Werbung nimmt auf zwei umgangssprachliche Begriffe Bezug, mit denen die Folgen übermäßigen Alkoholkonsums gemeint sind. Hierzu zählen insbesondere die Symptome Müdigkeit, Übelkeit, Durst und Kopfschmerzen, welche grundsätzlich eine Abweichung vom Normalzustand darstellen. Diese Symptomatik bedarf wegen ihres zügigen Verschwindens regelmäßig keiner ärztlichen Behandlung, was gegen das Vorliegen einer erheblichen Abweichung sprechen könnte. Überdies könnte der Alkoholabbau als normaler Stoffwechselprozess des menschlichen Körpers vom Krankheitsbegriff ausgenommen sein.<sup>12</sup>

Das Ausgrenzungskriterium natürlicher Vorgänge ist sachlich nicht einschlägig, wenn die physischen Beeinträchtigungen auf

<sup>3</sup> Rathke, Kurt-Dietrich in: Zipfel, Walter/Rathke, Kurt-Dietrich (Begr./)Meisterernst, Andreas/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Loseblatt-Kommentar, 182. Ergänzungslieferung, November 2021, C. 113. Art. 7 Rn. 431; Grube, Markus in: Voit, Wolfgang/Grube, Markus (Hrsg.), Lebensmittelinformationsverordnung Kommentar, 2. Auflage, 2016, Art. 7 Rn. 292; Fangerau, Heiner/Franzkowiak, Peter, Krankheit in: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BZgA-Leitbegriffe, doi: [10.17623/BZGA:224-i069-2.0](https://doi.org/10.17623/BZGA:224-i069-2.0) [Stand: 11.08.2022]; Gerstberger, Ina, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urt. v. 09.08.2012 – 6 U 67/11 – Einmal im Galopp durch die Health Claims Verordnung, ZLR 2012, 723 (735).

<sup>4</sup> Dahingehend: EuGH Urt. v. 21.03.1991, Rs. C-369/88 (Delattre) EU:C:1991:137, Rn. 12; insbesondere: Generalanwalt Tesouro, Guisepppe, Schlussanträge, Rs. C-369/88 (Delattre) EU:C:1991:17, S. 1515.

<sup>5</sup> BSG NJW 1961, 986 (986); Muckel, Stefan/Ogorek Markus/Rixen, Stephan, Sozialrecht, 5. Auflage, 2019, § 8 Rn. 88.

<sup>6</sup> Exemplarisch: KG Berlin Urt. v. 25.04.2018 – 5 U 82/17 – juris-Rn. 31; OLG Karlsruhe Urt. v. 11.10.2017 – 6 U 59/16 – juris-Rn. 82.

<sup>7</sup> Unabhängig davon, ob der Rückgriff inhaltlich zielführend ist. Siehe Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, 2021, § 2 Rn. 70 f.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 11.10.2017 – 6 U 59/16 – juris-Rn. 76; Reinhart, Andreas in: Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, 2016, UWG Anh. Nr. 18 Rn. 14.

<sup>9</sup> Hagenmeyer, Moritz, LMIV-Kommentar, 4. Auflage, 2021, Art. 7 Rn. 25; Meyer, Alfred Hagen in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), S4 Rn. 382; vgl. BGH NJW 1958, 916 (917); Hagenmeyer, Kurze Betrachtung der aktuellen Rechtsprechung zur LMIV – Teil 2, ZLR 2021, 196 (196); Jakobs, Steffen/Hagenmeyer, Moritz/Hahn, Andreas, Gesund oder krank? Das ist hier die Frage – die Abgrenzung der EFSA bei Anträgen nach der Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, ZLR 2021, 615 (620).

<sup>10</sup> Zur Abgrenzung: „illness“ oder „sickness“ wären subjektiv konnotiert.; Möllers (Fn. 7), § 4 Rn. 85.

<sup>11</sup> OLG Frankfurt a.M. LMuR 2020, 26.

<sup>12</sup> OLG Frankfurt a.M. LMuR 2020, 26 (29).

der Zufuhr von Giftstoffen beruhen. Der Zustand des „Hangover“ ist folglich ein Abweichen vom körperlichen Normalzustand.<sup>13</sup> Zugleich sind eine Behandlung als Voraussetzung oder eine zeitliche Erheblichkeitsschwelle mit dem weiten Krankheitsbegriff zugunsten des wirksamen Gesundheitsschutzes nicht vereinbar.<sup>14</sup> Im Ergebnis ist der Alkoholkater als Krankheit einzustufen. Diese Überlegungen unterstreichen die oben entwickelten normativen Anforderungen an den Krankheitsbegriff im Lebensmittelrecht.

## II. Verbot krankheitsbezogener Werbung

Art. 7 III LMIV verbietet es, durch Informationen über Lebensmittel einen Zusammenhang zwischen einem Lebensmittel und einer Eigenschaft der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zu erzeugen. Der Bezug kommt zustande, wenn die Eigenschaft dem Lebensmittel unmittelbar zugeschrieben wird oder ein derartiger Eindruck nur mittelbar entstehen kann. Über Art. 7 IV LMIV gilt diese Vorschrift für die Werbung und für die Aufmachung von Lebensmitteln. Das Verbot gilt unabhängig davon, ob die Werbeversprechen inhaltlich zutreffend sind oder nicht, sodass es als sehr strenge Regelung charakterisiert werden muss.

### 1. Regelungshintergrund

#### a) Historische Entwicklung

Die krankheitsbezogene Werbung war in Art. 2 I lit. b, III RL 2000/13/EG verboten. Das Verbot wurde in Deutschland in § 12 I LFGB a.F.<sup>15</sup> umgesetzt. Seit dem 13.12.2014 ist die RL 2000/13/EG wegen Art. 53 I LMIV aufgehoben und stattdessen gilt die LMIV mit dem Verbot in Art. 7 III und IV LMIV. Anstelle der Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts durch Richtlinien geht mit der LMIV ein Wechsel auf die Rechtsform der Verordnung als europäische Vollregelung einher.<sup>16</sup> Die Regelung hat sich im Wortlaut materiell nicht verändert, sodass zwischen der Vorgängerregelung und der

jetzigen Norm in ihrem Regelungsgehalt Kontinuität herrscht. Wegen des Vorliegens von *droit constant*<sup>17</sup> ist es methodisch zulässig, die Auslegung der Vorgängernorm auf die Neuregelung zu übertragen.

#### b) Schutzzweck

Das Verbot krankheitsbezogener Werbung ist unter der Überschrift *Lauterkeit der Informationspraxis* in Art. 7 LMIV geregelt. Die grundlegende lauterkeitsrechtliche Vorschrift ist Art. 7 I LMIV als spezielle Vorschrift zu Art. 16 BasisVO. Das Irreführungsverbot beruht auf dem lauterkeitsrechtlichen Grundgedanken des Wahrheitsgebots, wonach zutreffende Informationen über Lebensmittel erlaubt sind und nur nicht irreführend sein dürfen. Dahinter steckt die Intention, die Entscheidungssituation des Verbrauchers nicht zu verzerren: Dem Verbraucher soll als Marktteilnehmer eine zutreffende Information als Grundlage seiner Kaufentscheidung zur Verfügung stehen. Letztlich dient das Irreführungsverbot dazu, die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor einem möglichen Schaden zu schützen.<sup>18</sup>

In diesem Kontext werden krankheitsbezogenen Informationen über Lebensmittel als unlautere Informationspraktik eingeordnet. Hierzu tritt als weitere lauterkeitsrechtliche Komponente die Zielsetzung, eine Umgehung der spezifischen Schutzvorkehrungen des Arzneimittelrechts – insbesondere des Prinzips des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt – zu unterbinden.<sup>19</sup> Indem ein Lebensmittel nicht den Anschein eines Arzneimittels erwecken darf, soll verhindert werden, dass Verbraucher zu einer Selbstbehandlung durch Lebensmittel als Arzneimittlersatz animiert werden, die sich gesundheitsgefährdend auswirken könnte.<sup>20</sup>

Das Krankheitswerbeverbot weist wie das Irreführungsverbot eine verbraucherschützende Stoßrichtung auf, folgt aber einer anderen Schutzlogik. Nachdem das Verbot *zutreffende* Informationen mit Krankheitsbezug erfasst, kann das lauterkeitsrechtliche Wahrheitsgebot nicht als Leitgedanke

<sup>13</sup> Hagenmeyer, ZLR 2021, 196 (203).

<sup>14</sup> Schulteis, Thomas, „Anti-Hangover-Drink“ unzulässige Bezeichnung für Nahrungsergänzungsmittel, das bei „Alkoholkater“ helfen soll, GRUR-Prax 2019, 566.

<sup>15</sup> Aufgehoben nach Art. 2 Nr. 4 G. v. 05.12.2014, BGBl. I S. 1975; Fassung vor dem 13.12.2014: „§ 12 Verbot der krankheitsbezogenen Werbung (1) Es ist verboten, beim Verkehr mit Lebensmitteln oder in der Werbung für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall 1. Aussagen, die sich auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten beziehen, [...] 4. Äußerungen Dritter, insbesondere Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, soweit sie sich auf die Beseitigung oder Linderung von Krankheiten beziehen, sowie Hinweise auf solche Äußerungen, [...] 6. Aussagen, die geeignet sind, Angstgefühle hervorzurufen oder auszunutzen, 7. Schriften oder schriftliche Angaben, die dazu anleiten, Krankheiten mit Lebensmitteln zu behandeln, zu verwenden.“

<sup>16</sup> Zur Regelungstechnik: Möstl, Markus, Einige grundsätzliche Beobachtungen am Beispiel der LMIV, ZLR 2015, 689 (690); zum Regelungsgehalt: Greifeneder, Stefanie, Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln in Deutschland und Europa, 2009, S. 37-45.

<sup>17</sup> Möllers (Fn. 7), § 4 Rn. 152.

<sup>18</sup> Hagenmeyer (Fn. 9), Art. 7 Rn. 1; Frisch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Auflage, 2018, S. 251 f.

<sup>19</sup> Zum Verbotsprinzip im Arzneimittelrecht: Fuerst, Anna-Miria, Arzneimittel in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Lehr- und Handbuch, Band 2, 4. Auflage, 2020, § 55 Rn. 14 ff.; demgegenüber zum Missbrauchsprinzip im Lebensmittelrecht: Streinz, Rudolf, Lebensmittelrecht in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Fn. 19), § 57 Rn. 19 ff.

<sup>20</sup> OLG Frankfurt a. M. LMuR 2020, 26 (28); KG Berlin Urt. v. 04.11.2016 – 5 U 3/16 – juris-Rn. 81; Gorny, Dietrich in: Behr's Kommentar zum Lebensmittelrecht, Dannecker, Gerhard/Gorny, Dietrich (Hrsg.), 67. Ergänzungslieferung, Dezember 2020, LFGB § 11 Rn. 88, 90; Jakobs/Hagenmeyer/Hahn, ZLR 2021, 615 (618).

herangezogen werden. Art. 7 III LMIV fungiert als eine präventive Abwehnorm zugunsten des Gesundheitsschutzes.

### c) Unionsverfassungsrechtliche Grenzen

Aus dem beschriebenen pauschalen Charakter des Art. 7 III LMIV könnte sich eine Ausschaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Einzelfallbetrachtung unter Würdigung der Gesamtumstände ergeben.<sup>21</sup> Unweigerlich drängt sich daher die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem EU-Primärrecht auf. Es könnte sich um einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Lebensmittelunternehmer handeln. Der anzulegende Prüfungsmaßstab ist die EU-Grundrechtecharta, deren Anwendungsbereich eröffnet ist, Art. 51 I EU-GRCh.<sup>22</sup> Das freie Verbreiten von Wirtschaftswerbung, worunter auch krankheitsbezogene Informationen<sup>23</sup> fallen, wird durch eine Synergie der Meinungsfreiheit aus Art. 11 EU-GRCh und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 EU-GRCh geschützt.<sup>24</sup> Die Grundrechtspositionen sind nicht absolut gewährleistet, sondern stehen im Zusammenhang ihrer gesellschaftlichen Funktion. Deshalb kann die Ausübung der Freiheiten nach Art. 52 I EU-GRCh beschränkt werden, sofern die Beschränkung den Gemeinwohlzielen der Union entspricht und der Eingriff nicht unverhältnismäßig ist.<sup>25</sup>

Der Verbotszweck aktiviert in geeigneter Weise das hohe Gesundheitsschutzniveau aus Art. 35 Satz 2 EU-GRCh als einschlägiges Gemeinwohlziel. Zur Erforderlichkeit der Norm ist anzuführen, dass Art. 7 III LMIV es nicht verbietet, überhaupt für ein Lebensmittel zu werben. Die Vorschrift trifft für eine Fallgruppe des Krankheitsbezuges ein Verbot, wie nicht geworben werden darf.<sup>26</sup> Indem die Regelung die Herstellung, den Vertrieb und die Werbung an sich nicht berührt, liegt eine geringe Intensität der Beeinträchtigung vor.<sup>27</sup> Auf der Rechtfertigungsebene steht dieser geringen Beeinträchtigung der hochrangige Gesundheitsschutz gegenüber. Die präventive Dimension des Gesundheitsschutzes rechtfertigt unter dem Effektivitätserfordernis den Eingriff in

die unternehmerische Freiheit. Zwischen den grundrechtlichen Positionen besteht folglich ein angemessenes Gleichgewicht. Art. 7 III LMIV ist mit den Unionsgrundrechten vereinbar.

## 2. Voraussetzungen des Art. 7 III LMIV

### a) Anwendungsbereich

Damit die LMIV anwendbar ist, muss das Lebensmittel für den Endverbraucher bestimmt sein, Art. 1 III LMIV. Art. 7 III LMIV bezieht sich tatbestandsmäßig immer auf Produkte, die eindeutig keine Präsentationsarzneimittel, sondern Lebensmittel sind. Dies ergibt sich aus dem Alternativverhältnis<sup>28</sup> und insbesondere Art. 2 II RL 2001/83/EG. Art. 7 III LMIV ordnet zwei Bereichsausnahmen an, innerhalb derer besondere Vorschriften gelten. Die *leges speciales* sind erstens die Vorschriften über natürliche Mineralwässer und zweitens die Regelungen der Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind. Das Verbot gilt nach Art. 7 III LMIV zunächst für Informationen über Lebensmittel. Nach Art. 2 II lit. a LMIV muss die Information das Lebensmittel betreffen und dem Verbraucher durch ein Etikett, sonstiges Begleitmaterial oder in anderer Form zur Verfügung gestellt werden. Davon ist jedwede Kommunikation gegenüber Endverbrauchern erfasst, die sich im weitesten Sinne auf das Lebensmittel bezieht. Für ein engeres Verständnis, wonach nur solche Informationen einschlägig sind, die das Inverkehrbringen des Lebensmittels begleiten, gibt es keinen Anhaltspunkt.<sup>29</sup> Der konzeptionelle Anspruch der LMIV und der Verordnungswortlaut erfassen Informationen, die vom Lebensmittel losgelöst auftreten.<sup>30</sup> Zusätzlich erläutert Art. 7 IV LMIV, dass das Verbot für Werbung und Aufmachung gilt. Da der Gesamteindruck des Lebensmittels in einem weiten Verständnis erfasst ist, können objektive Beschaffenheitsangaben und Aussagen zur Produktgruppe, als verbotene Information in den Anwendungsbereich von Art. 7 III LMIV fallen.<sup>31</sup>

<sup>21</sup> Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), UWG § 5 Rn. 199; Meisterermt, Lebensmittelrecht, 2019, § 9 Rn. 27.

<sup>22</sup> Möstl, ZLR 2015, 689 (695 f.); Gundel, Jörg, Verbindliche Herkunftskennzeichnungen im EU-Binnenmarkt für Lebensmittel: Die LMIV und die Freiheit des Warenverkehrs in: Möstl (Hrsg.), Europäisierung des Lebensmittelrechts. Verrechtlichung der Lebensmittelwirtschaft, 2017, S. 111 (124).

<sup>23</sup> EuGH Urt. v. 28.10.1992, Rs. C-219 (Ter Voort) EU:C:1992:414, Rn. 31.

<sup>24</sup> Zum Verhältnis: Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 4. Auflage, 2021, Art. 11 Rn. 11, Art. 16 Rn. 6; Knoth, Annchristin/Seyer, Till, Grundfälle zur Grundrechtecharta, JuS 2021, 1018 (1019 f.); vgl. parallel zudem hinsichtlich Art. 5 I 1 GG: BVerfGE 102, 347 (359 f.); 107, 275 (280).

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Rs. C-544/10 (Deutsches Weintor) EU:C:2012:526, Rn. 54.

<sup>26</sup> Gegenbeispiel Tabakwerberegulierung: Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation?, LMuR 2014, 77 (82); zuzf.: Barnard, Catherine, The Substantive Law of the EU, 6. Auflage, 2019, S. 562-565.

<sup>27</sup> Nuanciert gegenüber der Alkoholwerbung: EuGH, Urt. v. 06.09.2012, Rs. C-544/10 (Deutsches Weintor) EU:C:2012:526, Rn. 57 f.

<sup>28</sup> Zum Alternativverhältnis: BVerwG LMuR 2022, 141 (144 f.); ferner siehe die Nachweise oben in Fn. 19; Hahn, Andreas/Teufer, Tobias/Ströhle, Alexander, Aktenzeichen D... ungelöst, ZLR 2016, 197 (218).

<sup>29</sup> Enges Verständnis: Meisterermt in: Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113, Art. 2 Rn. 50b.

<sup>30</sup> Erw. 14 LMIV; zuzf.: Grube in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 309; Rathke in Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113, Art. 7 Rn. 48.

<sup>31</sup> OLG Frankfurt a. M. LMuR 2020, 26 (30); OLG Hamm LMuR 2012, 197 (200); Grube in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 2 Rn. 26, 28; Kügel, J. Wilfried/Pfaffmann, Kirsten, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 10. 7. 2012 – I-4 U 38/12 – „Energy + X“ – Bald ausgepowert?, LMuR 2012, 201 (202).

## b) Erzeugen eines Krankheitsbezuges

Indem einem Lebensmittel eine von drei besonderen Eigenschaften zugeschrieben wird oder deren Eindruck entstehen kann, wird der Krankheitsbezug erzeugt.

### aa) Eigenschaften gemäß Art. 7 III LMIV

Als Eigenschaften kommen drei Varianten in Betracht, die anhand ihrer zunehmenden begrifflichen Schärfe hierarchisch geordnet werden können: Die Vorbeugung ist denkbar weit zu verstehen und daher der Begriff mit der geringsten Präzision.<sup>32</sup> Die Verhinderung von Erkrankungen ist zudem der Ansatzpunkt für die (unter B. IV.) gesondert zu erörternden Abgrenzungsfragen der Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos nach Art. 14 I lit. a HCVO. Enger als Präventionsmaßnahmen sind Eigenschaften der Behandlung aufzufassen. Der Behandlungsbegriff bezieht sich auf die Verbesserung von Symptomen einer bestehenden Erkrankung. Anders als die Eigenschaft der Behandlung, die prozessorientiert ist, verspricht die Eigenschaft der Heilung ergebnisbezogen die Beseitigung einer Krankheit und die Wiederherstellung der Gesundheit.<sup>33</sup>

Dies verdeutlicht das Beispiel eines Lebensmittels, das mit der Aussage „Früher: Typ-2-Diabetes, Heute: Typ-Frohnatur“<sup>34</sup> beworben wurde. Indem eine Krankheit benannt wird, liegt der Krankheitsbezug im engeren Sinne zweifelsfrei vor. Durch die sprachliche Gestaltung der Werbung wird dem Verbraucher vorgegeben, dass er durch die Aufnahme des Lebensmittels *anstelle* seiner Krankheit zu einer Frohnatur wird. Damit wird dem Lebensmittel zugeschrieben, dass es die Eigenschaft hat, die Krankheit Typ-2-Diabetes zu heilen. Aufgrund dieser Heilungsauslobung ist der Krankheitsbezug nach Art. 7 III LMIV gegeben.<sup>35</sup>

### bb) Bezugnahme auf Symptome

Die Bezugnahme auf eine Krankheit ist nicht in jedem Fall so eindeutig, wie bei der direkten Benennung im obigen Beispiel. Insbesondere ist die medizinische Fachbezeichnung nicht

erforderlich, um den Krankheitsbezug des Art. 7 III LMIV anzunehmen. So wurde in der Werbung für eine Babyfolgenahrung statt auf die medizinische Fachbezeichnung lediglich auf „Magen-Darm-Probleme“<sup>36</sup> Bezug genommen. Die Information anhand bloßer Symptome einer Krankheit ist vom Wortsinn nicht direkt erfasst. Dennoch kann sich aus der Darstellung von Symptomen ein Bezug zu einer konkreten Krankheit ergeben, denn nach dem Verordnungswortlaut genügt es, dass der *Eindruck* einer Krankheit *entsteht*.<sup>37</sup> Schon deshalb, weil für Werbeversprechen regelmäßig der allgemeine Sprachgebrauch genutzt wird, muss die Krankheit nicht unbedingt aktiv benannt werden, wenn eine bestimmte oder bestimmbare Krankheit ausreichend umschrieben ist.<sup>38</sup>

Dagegen reicht der Bezug nicht aus, wenn eine Kräuterteemischung als „Detox“<sup>39</sup> beworben wird, sodass dem Produkt über einen entschlackenden Effekt eine Verbesserung der Gesundheit zugeschrieben wird.<sup>40</sup> Das Vorhaben einer Entgiftung des gesamten Organismus bezieht sich nicht auf einzelne Organe oder Körperfunktionen. Folglich wird kein Krankheitsbezug skizziert.

### cc) Bedeutung des Verbraucherleitbilds

Ob durch die Gesamtaufmachung eines Lebensmittels ein direkter oder indirekter Krankheitsbezug entsteht, ist anhand des angesprochenen Verkehrskreises zu bewerten.<sup>41</sup> Dies verdeutlichen zwei inhaltlich konträre Urteile zur Aussage „Zu jedem Antibiotikum“ auf der Verpackung eines Nahrungsergänzungsmittels, welches zehn Darmbakterienkulturen beinhaltet.<sup>42</sup>

Dazu führt das OLG Brandenburg aus, dass das Arzneimittel Antibiotikum auf keine bestimmte Krankheit hinweist und nicht die Krankheit gemeint sein kann, die dadurch therapiert werden soll.<sup>43</sup> Dahingehend urteilt das LG München, dass jedenfalls einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise bekannt ist, dass durch die Einnahme von Antibiotika die Darmflora angegriffen und teilweise zerstört wird.<sup>44</sup> Das OLG Brandenburg lehnt dies mit der Begründung ab, dass ein Durchschnittsverbraucher weiß, dass

<sup>32</sup> *Meisterernst* (Fn. 21), § 10 Rn. 41.

<sup>33</sup> *Grube* in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 295.

<sup>34</sup> OLG Hamburg LMuR 2021, 42-44.

<sup>35</sup> *Hagenmeyer*, ZLR 2021, 196 (207).

<sup>36</sup> OLG Hamburg LMuR 2012, 266 (268).

<sup>37</sup> *Meyer* in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), S4 Rn. 382; *Grube* in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 293.

<sup>38</sup> KG Berlin Urt. v. 23.08.2019 – 5 U 8/19 – juris-Rn. 11; Urt. v. 04.11.2016 – 5 U 3/16 – juris-Rn. 81; *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (619).

<sup>39</sup> BGH LMuR 2018, 64-66.

<sup>40</sup> Detox als spezifische gesundheitsbezogene Angabe aufgefasst bei: BGH LMuR 2018, 64 (65); abw. für Einordnung als unspezifisch: *Hagenmeyer*, WRP 2017, 375 (378 f.).

<sup>41</sup> OLG Frankfurt a. M. LMuR 2020, 26 (28); KG Berlin Urt. v. 04.11.2016 – 5 U 3/16 juris-Rn. 81; LG Berlin LMuR 2022, 220 (221 f.) Verbraucherleitbild als wertungssoffenes Konzept: *Möstl*, Wandel des Verbraucherleitbilds?, WRP 2014, 906 (909).

<sup>42</sup> OLG Brandenburg LMuR 2019, 111; LG München LMuR 2021, 119.

<sup>43</sup> OLG Brandenburg LMuR 2019, 111 (112).

<sup>44</sup> LG München LMuR 2021, 119 (120).

Nahrungsergänzungsmittel keine arzneimittelgleichen Wirkungen haben können.<sup>45</sup> Dagegen sieht das LG München die krankheitsbezogene Wirkung darin, dass das Nahrungsergänzungsmittel den Eindruck erweckt, die Regeneration der Bakterienkulturen, die durch die Einnahme von Antibiotika angegriffen sind, positiv beeinflussen zu können.<sup>46</sup> Entsprechend der vorgetragenen Argumente lehnt das OLG Brandenburg den Krankheitsbezug im Ergebnis ab, während das LG München ebendieses bejaht.

Das für die Interpretation der LMIV maßgebliche Verbraucherleitbild folgt dem Konzept des verständigen Durchschnittsverbrauchers.<sup>47</sup> In diesem wertungsoffenen Konzept sind die Vorgaben des Art. 7 II LMIV und die fehlende binnenmarktbeschränkende Wirkung der Regeln der LMIV zu beachten. Die Ausführungen des OLG Brandenburg zur Verkehrsauffassung sind inkonsequent, indem dem Verbraucher einerseits Wissen zur konkreten Produktwirkung abgesprochen wird und andererseits pauschal Vorbildung über den Unterschied von Arzneimitteln und Nahrungsergänzungsmitteln behauptet wird.<sup>48</sup> Ein Verbraucher, der die Umverpackung eines kostenaufwendigen Nahrungsergänzungsmittels mit Bakterienkulturen betrachtet, wird dabei ein höheres Maß an Aufmerksamkeit ansetzen als beim Kauf geringwertiger Güter des täglichen Bedarfs.<sup>49</sup> Gerade in dieser Situation liegt es nahe, dass der Verbraucher sein Vorwissen aktiviert. Dazu zählt wegen der häufigen Verschreibung von Antibiotika, dass eine Darmreizung als Nebenwirkung der Einnahme auftritt. Der Gesamtkontext ergibt folglich eine krankheitsbezogene Produktaufmachung.

### c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist es für die Einstufung als verbotene Werbung entscheidend, ob und wie nach dem Gesamteindruck ein Krankheitsbild zum Ausdruck kommt und inwiefern eine positive Wirkung versprochen wird.

## 3. Reichweite des Art. 7 III LMIV

### a) Verhältnis zum UWG

§ 3 III UWG in Verbindung mit Nr. 17 des Anhangs zu § 3 III UWG könnte eine konkurrierende Vorschrift zu Art. 7 III LMIV darstellen.<sup>50</sup> Nach dem deutschen Lauterkeitsrecht sind unwahre Angaben, wonach ein Produkt Krankheiten heilen könne, als verbotene geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern stets unzulässig. Der konkrete Regelungsinhalt der Vorschriften divergiert daran, dass Art. 7 III LMIV das Verbot nicht von einer inhaltlich falschen Behauptung abhängig macht, wohingegen Nr. 17 des Anhangs zu § 3 III UWG das Merkmal *unwahr* enthält. Art. 7 III LMIV legt folglich strengere Anforderungen an.

Die Vorschrift im UWG setzt Nr. 17 Anhang I RL 2005/29/EG in das deutsche Recht um. Aus Satz 3 des Erwägungsgrundes 10 RL 2005/29/EG ergibt sich, dass das allgemeine Lauterkeitsrecht nur so weit gilt, wie keine spezielleren Vorschriften zu unlauteren Geschäftspraktiken existieren.<sup>51</sup> In Satz 2 des Erwägungsgrundes 5 LMIV kommt zum Ausdruck, dass die Vorschriften der RL 2005/29/EG durch die Spezialvorschriften der LMIV ergänzt werden. Art. 7 III LMIV ist die Vorschrift mit den weitergehenden Anforderungen und dem spezielleren Anwendungsbereich, der auf Lebensmittel beschränkt ist.<sup>52</sup> Daher geht Art. 7 III LMIV als *lex specialis* § 3 III UWG in Verbindung mit Nr. 17 des Anhangs vor.

### b) Verantwortlichkeit

Für Informationen über Lebensmittel liegt die grundsätzliche Verantwortlichkeit bei dem Lebensmittelunternehmer, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird, Art. 8 I LMIV. Dementsprechend kann nur ein Lebensmittelunternehmer der Normadressat des Art. 7 III LMIV sein. Äußert sich beispielsweise ein Influencer in den sozialen Medien mit einem Beitrag anpreisend über positive Effekte eines Nahrungsergänzungsmittels, wobei er angibt, dieses Lebensmittel wegen seiner Diabetes-Erkrankung zu konsumieren, kann ihm dieses Verhalten zumindest nicht auf

<sup>45</sup> OLG Brandenburg LMuR 2019, 111 (113).

<sup>46</sup> LG München LMuR 2021, 119 (120).

<sup>47</sup> Möstl, ZLR 2015, 689 (699); Streinz, Rudolf, Verbraucherleitbild – Existenz? Wandel? Differenzierungen? in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, 2014, S. 23 (39); Grube in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 48 ff.; grundsätzlich: EuGH, Urt. v. 16.07.1998 Rs. C-210/96 (Gut Springenheide) EU:C:1998:369, Rn. 37; BGH GRUR 2000, 619 (621).

<sup>48</sup> Gerstberger, Anmerkung zu OLG Brandenburg Urt. v. 26.02.2019 – 6 U 84/18, ZLR 2019, 574 (577); Delewski, Mark, Anmerkung zu LG München Urt. v. 14.12.2020 – 4 HK O 2029/20 – Riskantes Spiel auf dünnem Eis, LMuR 2021, 120 (121).

<sup>49</sup> BGH GRUR 2018, 431 (434); LG Amberg LMuR 2019, 137.

<sup>50</sup> Meyer in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), S4 Rn. 328; Grube in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 29.

<sup>51</sup> Zur Heranziehung von Erwägungsgründen zur teleologischen Auslegung: Möllers (Fn. 7), § 5 Rn. 16 f.

<sup>52</sup> Köhler, Helmut, Verbraucherinformation im Spannungsverhältnis von Lebensmittelrecht und Lauterkeitsrecht in: Möstl (Hrsg.), Verbraucherinformation im Wandel, 2014, S. 5 (9 f.).

der Grundlage von Art. 7 III LMIV verboten werden. Der Verstoß könnte gegenüber dem Lebensmittelunternehmer wegen Art. 7 III LMIV sanktioniert werden, wenn dieser verantwortlich im Sinne des Art. 8 I LMIV ist. Dies wäre der Fall, wenn der Influencer in eine koordinierte Marketing-Kampagne des Unternehmers eingebunden wäre.<sup>53</sup>

Wirbt besagter Influencer dagegen eigenständig, ist fraglich, ob der davon vollständig unabhängige Lebensmittelunternehmer wegen der unkoordinierten Aussagen eines Dritten in Anspruch genommen werden kann. Der Wortlaut des Art. 8 I LMIV ist derart weit, dass der Lebensmittelunternehmer für Informationen verantwortlich ist, die er nicht selbst veranlasst hat und auch nicht beeinflussen kann.<sup>54</sup> Erwägungsgrund 21 LMIV erfordert, dass Art. 8 LMIV zugunsten der Einheitlichkeit des Lebensmittelrechts systematisch in Übereinstimmung mit Art. 17 BasisVO zu interpretieren ist.<sup>55</sup> Nach Art. 17 I BasisVO kann sich die Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers nur auf die in seiner Kontrolle stehenden Unternehmen erstrecken. Dieses Verständnis folgt den allgemeinen Rechtsgedanken, dass niemand über sein Können hinaus verpflichtet werden kann und dass Nichtstörer nicht vorrangig Adressat von Maßnahmen sein sollen.<sup>56</sup> Die Verantwortlichkeit derart über die Einflusssphäre des Lebensmittelunternehmers auszudehnen, wie es im Wortlaut des Art. 8 I LMIV angelegt wäre, ist abzulehnen.

### c) Krankheitsbezogene Werbung gegenüber Fachkreisen

In einem Schreiben, das an einzelne Ärzte verschickt wurde, warb ein Lebensmittelunternehmer für ein Nahrungsergänzungsmittel damit, dass Vitamin D maßgeblich zur Prävention der Krankheiten „atopische Dermatitis, Diabetes mellitus und MS“ beiträgt.<sup>57</sup> Deswegen wurden gegen den Lebensmittelunternehmer Ansprüche aufgrund eines Verstoßes

gegen das Verbot gesundheitsbezogener Werbung nach Art. 10 I HCVO geltend gemacht.

Nach den obigen Ausführungen zum Krankheitsbezug müsste dieses Schreiben als krankheitsbezogene Werbung eingeordnet werden. Folglich wäre die Zulässigkeit an dem Verbot aus Art. 7 III LMIV zu messen.<sup>58</sup> In Art. 7 III LMIV ist kein Ausnahmetatbestand zugunsten der Fachkreiswerbung verankert.<sup>59</sup> Allerdings ergibt sich aus Art. 2 II lit. a LMIV, dass Informationen nach Art. 7 III LMIV die Kommunikation mit Endverbrauchern erfassen, sodass krankheitsbezogene Werbung gegenüber Fachkreisen zulässig sein müsste.<sup>60</sup>

Der primäre Sinn und Zweck des Verbots, Verbraucher vor einer unsachgemäßen Selbstmedikation wegen fehlenden Fachwissens zu schützen, ist auf die Fachkreise nicht übertragbar.<sup>61</sup> Krankheitsbezogene Informationen können dort wegen des vorhandenen Fachwissens kritisch eingeordnet werden, sodass es an der von Art. 7 III LMIV vorausgesetzten Schutzbedürftigkeit fehlt.<sup>62</sup> In dieser Konstellation fungiert das Irreführungsverbot aus Art. 7 I LMIV als Auffangnetz.<sup>63</sup> Dadurch ist die Gefahr einer unreflektierten Weitergabe krankheitsbezogener Werbung an Endverbraucher durch ein verhältnismäßiges Schutzniveau minimiert.<sup>64</sup>

Art. 9 VO (EU) Nr. 609/2013 gehört zu den von Art. 7 III LMIV tatbestandlich ausgenommenen *leges speciales* und statuiert in seinem Absatz 5 ein spezielles krankheitsbezogenes Werbeverbot mit einer Ausnahme für zweckdienliche Angaben oder Empfehlungen für Fachkreise in Absatz 6. Daraus kann man einerseits zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen fordern, dass eine derartige Ausnahme auch für Art. 7 III LMIV gelten sollte. Andererseits ist der Umkehrschluss naheliegend, dass der Verordnungsgeber planmäßig die Fachkreiswerbung für Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, zulässt und gerade deshalb aus Art. 7 III LMIV

<sup>53</sup> Köhler, Helmut in: Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 40. Auflage, 2022, UWG § 5a Rn. 7.80a.

<sup>54</sup> Meisterernst in: Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113, Art. 8 Rn. 6; Domeier, Danja, Die LMIV ist am Start – Aber ist sie auch zum Start bereit?, LMuR 2014, 225 (228).

<sup>55</sup> Voit in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 8 Rn. 8; Lang, Rudi, Die Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers nach Art. 17 Abs. 1 BasisVO [VO (EG) Nr. 178/2002] unter besonderer Berücksichtigung seiner Pflichten aus Art. 19 BasisVO, BayZR 2021, 78 (84).

<sup>56</sup> Vertragsrechtliche Perspektive: Meisterernst in: Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113, Art. 8 Rn. 11; sicherheitsrechtlicher Ansatz: Streinz in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 19), § 57 Rn. 58.

<sup>57</sup> LG München GRUR Int. 2015, 980 (980).

<sup>58</sup> Gerstberger, Plädoyer für mehr Systematik: Abgrenzungsfragen zu nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben, ZLR 2015, 392 (399 f.); Holle, Martin in: Holle, Martin/Hüttebräuker, Astrid (Hrsg.), HCVO – Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel Kommentar, 2018, Art. 1 Rn. 75.

<sup>59</sup> So aber in § 12 II LFGB a. F.: „(2) Die Verbote des Absatzes 1 gelten nicht für die Werbung gegenüber Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder der Heilhilfsberufe. [...]“; Hierzu Teufer, Lebensmittelwerbung für Fachkreise – wie sag ich’s meinem Arzt oder Apotheker?, ZLR 2009, 561 (562).

<sup>60</sup> Übereinstimmend: Meisterernst in: Streinz/Meisterernst (Hrsg.), BasisVO/LFGB Kommentar, 2021, § 11 LFGB, Rn. 10; Hagenmeyer (Fn. 9), Art. 2 Rn. 47, 49; Zechmeister, David, Die Abschaffung des allgemeinen lebensmittelrechtlichen Irreführungsverbot – Auswirkungen der Neufassung des § 11 Abs. 1 LFGB in der Praxis, ZLR 2015, 730 (732).

<sup>61</sup> Grube in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 291; Hagenmeyer (Fn. 9), Art. 7 Rn. 22.

<sup>62</sup> Hagenmeyer/Teufer in: Dauses, Manfred (Begr.)/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 56. Ergänzungslieferung, April 2022, C. IV, Rn. 240; Weitner, Malte, EuGH-Vorlage zur Geltung der HCVO bei Werbung gegenüber Fachkreisen, GRUR-Prax 2015, 158.

<sup>63</sup> Bruggmann, Thomas, Vom Täuschungsschutz zur fairen Information: Abschied von §§ 11, 12 LFGB, LMuR 2014, 45 (47).

<sup>64</sup> EuGH Urt. v. 14.07.2016 Rs. C-19/15 (Innova Vital) EU:C:2016:563, Rn. 45.

ausnimmt.<sup>65</sup> Der Vergleich mit Art. 9 VO (EU) Nr. 609/2013 erzeugt keine Klarheit.

Nach Art. 7 IV lit. a LMIV gilt das Verbot auch für Werbung. Art. 2 I lit. g LMIV verweist auf Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG, wonach Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs ist. Hierzu tritt das Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Einer Ansicht nach geht der Begriff Werbung *vollständig* in dem Begriff Information über Lebensmittel auf, sodass Art. 7 IV LMIV nur gegenüber Endverbrauchern gilt und eine rein deklaratorische Vorschrift ohne eigenen Regelungsgehalt ist.<sup>66</sup> Diese Ansicht überzeugt insofern nicht, als Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG schlichtweg nicht auf den Endverbraucher beschränkt ist. Die Definition von Werbung geht folglich *nicht komplett* in dem Begriff Information über Lebensmittel auf. Nach Erwägungsgrund 20 Satz 2 LMIV soll Absatz 4 eine Ausdehnung des Absatzes 3 bewirken, was diese Lesart stützt.<sup>67</sup> Art. 7 IV LMIV verbietet folglich die Kommunikation mit absatzfördernder Absicht gegenüber Fachkreisen.

#### 4. Rechtsdurchsetzung

Verstößt ein verantwortlicher Lebensmittelunternehmer gegen Art. 7 III LMIV, so können ihn verschiedene Sanktionen treffen. Erstens kann ein Verstoß gegen Art. 7 III LMIV wegen des Charakters einer Marktverhaltensregel<sup>68</sup> wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen den verantwortlichen Lebensmittelunternehmer wegen Rechtsbruchs begründen, § 3a UWG. Zweitens ist über die Verweisung des § 11 I Nr. 2 LFGB auf Art. 7 III LMIV eine Straftat gemäß § 59 I Nr. 7 LFGB oder eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 60 I LFGB denkbar. Drittens sind Maßnahmen der verwaltungsbehördlichen Rechtsdurchsetzung auf Grundlage von Art. 137 und 138 KontrollVO [VO (EU) 2017/625] sowie auf § 39 LFGB gestützt möglich.

### III. Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos

Nach Art. 14 I lit. a HCVO können Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos in einem festgelegten Verfahren zugelassen werden.

#### 1. Regelungshintergrund

##### a) Intention des Ordnungsgebers

Der Ausgangspunkt für die Einführung derartiger Angaben war es, die Bewerbung von Lebensmitteln mit positiven gesundheitlichen Präventiveigenschaften zu ermöglichen, die als krankheitsbezogene Werbung verboten sind.<sup>69</sup> Art. 14 I lit. a HCVO ist von der ernährungswissenschaftlichen Erkenntnis geprägt, dass Lebensmittel einen wichtigen Beitrag zur Förderung und Erhaltung der Gesundheit leisten und bei der Bekämpfung von Risikofaktoren für Erkrankungen eine Rolle spielen.<sup>70</sup>

##### b) Funktionale Einbettung in der Regelungsstruktur

Im Anwendungsbereich der HCVO ist für gesundheitsbezogene Angaben in Art. 10 I HCVO ein Verbot mit Zulassungsvorbehalt statuiert. Die HCVO stellt spezielle Voraussetzungen auf, die eine Zulassung ermöglichen. Der Leitgedanke hierbei ist der wissenschaftsbasierte Ansatz der HCVO, wonach Angaben zugelassen werden, die der wissenschaftlichen Bewertung auf höchstmöglichem Niveau durch die EFSA standhalten.<sup>71</sup> Hatte eine Angabe als Bewertungsgegenstand Erfolg, darf sie nach der Zulassung als spezifische gesundheitsbezogene Angaben gemäß Art. 10 I HCVO verwendet werden und überdies mit unspezifischen gesundheitsbezogenen Angaben nach Art. 10 III HCVO gekoppelt werden.<sup>72</sup> Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos sind in diese Systematik als spezifische gesundheitsbezogene Angaben eingeordnet.

#### 2. Voraussetzungen des Art. 14 I lit. a HCVO

Damit eine Angabe über die Verringerung eines Krankheitsrisikos nach Art. 14 I lit. a HCVO vorliegen kann,

<sup>65</sup> Beschreibung als „Eng begrenzte Ausnahmen“: *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (620); *Meyer* in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), S4 Rn. 378.

<sup>66</sup> *Hagenmeyer* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 22, Art. 2 Rn. 49.

<sup>67</sup> *Meisterernst* in: Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113. Art. 2 Rn. 50e.

<sup>68</sup> BGH GRUR 2011, 246 (248); LG Berlin LMuR 2022, 220 (222); *Meyer* in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 8), S4 Rn. 374; *Meisterernst* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 60), LFGB § 11 Rn. 4; *Hagenmeyer* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 29.

<sup>69</sup> *Meisterernst* in: Meisterernst, Andreas/Haber, Bernd (Hrsg.), Kommentar Health & Nutrition Claims, 38. Ergänzungslieferung, Juni 2021, Art. 14 Rn. 1a; *Kommission*, Pressemitteilung IP/03/1022, 16.07.2003.

<sup>70</sup> *Bruggmann, Thomas/Hohmann, Harald*, Leben mit der Health Claims Verordnung – Chancen und Risiken anhand von Anwendungsbeispielen aus der Praxis, ZLR 2007, 51 (59); *Teufer*, ZLR 2009, 561 (561); Erw. 28 HCVO.

<sup>71</sup> *Rempe, Christina*, Verbraucherschutz durch die Health-Claims-Verordnung, 2009, S. 122 f.; *Hahn/Teufer/Ströhle*, ZLR 2016, 197 (225); Erw. 23 der HCVO.

<sup>72</sup> *Hagenmeyer/Hahn*, Die geheimen „Claims“ der EFSA, StoffR 2013, 2 (5).



muss erstens der Anwendungsbereich der HCVO eröffnet sein und zweitens die Begriffsbestimmung des Art. 2 II Nr. 6 HCVO erfüllt sein. Die deutsche Sprachfassung der HCVO ist terminologisch uneinheitlich gefasst, indem sich Art. 14 I HCVO auf *Verringerung* und Art. 2 II Nr. 6 HCVO auf *Reduzierung* bezieht. In anderen Sprachfassungen herrscht dagegen eine einheitliche Terminologie, sodass die Begriffe gleichbedeutend sind.<sup>73</sup>

#### a) Anwendungsbereich

Grundsätzlich gilt die HCVO gemäß Art. 1 II HCVO für kommerzielle Mitteilungen und die Werbung für Lebensmittel, die als solche an Endverbraucher abgegeben werden sollen. Art. 14 I lit. a LMIV baut auf dem Begriff der Angabe aus Art. 2 II Nr. 1 HCVO auf. Die Angabe ist eine nicht obligatorische Aussage oder Darstellung, die eine besondere Eigenschaft des Lebensmittels suggeriert. Dementsprechend darf der Inhalt keine Pflichtangabe nach dem Unionsrecht oder den nationalen Vorschriften sein. Das bedeutet, dass beispielsweise beschreibende oder neutrale Bezeichnungen aus Art. 17 I LMIV nicht erfasst sind.<sup>74</sup>

#### b) Angaben nach Art. 2 II Nr. 6 HCVO

Die Angabe über die Verringerung eines Krankheitsrisikos richtet sich nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 II Nr. 6 HCVO, die eine zusätzliche Anforderung gegenüber Art. 2 II Nr. 5 HCVO enthält. Dabei darf wegen des Arzneimittelrechts keine pharmakologische Wirkung, sondern nur ein physiologischer Effekt in Bezug genommen werden.<sup>75</sup> Nach Art. 2 II Nr. 6 HCVO bedeutet Verringerung eines Krankheitsrisikos, dass durch den Verzehr eines Lebensmittels ein Risikofaktor für die Entwicklung einer Krankheit deutlich gesenkt wird. Dahinter steht ein multifaktorielles Krankheitsmodell, das aus den Erwägungsgründen 24 und 28 der HCVO und Art. 14 II HCVO ersichtlich wird.<sup>76</sup> Demnach existieren neben nicht beeinflussbaren Determinanten wie Lebensalter, Geschlecht und erblicher Veranlagung auch Verhaltensweisen, die positiv modifizierbar sind. Das

Krankheitsrisiko beschreibt nicht *die* Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer konkreten Krankheit als monokausalen Rückführung. Durch das Benennen eines Risikofaktors wird einer komplexen Ursachenvielfalt der Entstehung von Krankheiten sachgerecht begegnet, indem *eine* Wahrscheinlichkeit unter mehreren Faktoren ausgedrückt wird.<sup>77</sup>

#### aa) Anforderungen an die Zulassung

Im Zulassungsverfahren fordern die EFSA und die EU-Kommission auf der Grundlage von Art. 2 II Nr. 6 HCVO, dass neben einer Krankheit ein Risikofaktor benannt werden muss und dass die Reduzierung nur zwischen dem Verzehr des Lebensmittels und dem Risikofaktor hergestellt darf.<sup>78</sup> Daraus ergibt sich ein enges Formulierungsmuster, ohne dessen Einhaltung der Antragsteller im Zulassungsverfahren keine Aussicht auf Erfolg hat.<sup>79</sup> Zur Erläuterung dient folgende durch die VO (EU) Nr. 1228/2014 zugelassene Angabe: „Calcium und Vitamin D tragen dazu bei, den Verlust an Knochenmineralstoffen bei postmenopausalen Frauen zu verringern. Eine geringe Knochenmineraldichte ist ein Risikofaktor für durch Osteoporose bedingte Knochenbrüche.“ Dabei sind Calcium und Vitamin D die Substanzen, durch deren Verzehr der Risikofaktor der geringen Knochenmineraldichte gesenkt wird. Der Risikofaktor fungiert anschließend als Transmissionsriemen<sup>80</sup> zu der Erkrankung Osteoporose. Das Beispiel zeigt, dass so sehr differenzierte Aussagen erzeugt werden. Damit wird berücksichtigt, dass der Umfang der Verringerung je nach Spezifität des Faktors und nach Maß des Risikos variiert.<sup>81</sup> Der restriktive Interpretationsansatz stimmt inhaltlich mit Art. 14 II HCVO überein, wonach die positive Wirkung eintreten kann oder nicht. Die Kommission sieht durch eine restriktive Handhabung den Grundsatz gewahrt, dass dem Lebensmittel keine krankheitsvorbeugende Eigenschaft zugeschrieben werden darf.<sup>82</sup>

Die enge Interpretation des Art. 2 II Nr. 6 HCVO steht dahingehend in der Kritik, dass sie gegen den Wortlaut des Art. 14 I lit. a HCVO keine Angaben mit dem Inhalt, dass ein

<sup>73</sup> Einheitliche Fassungen: Englisch „reduction“, Italienisch „riduzione“, Französisch „réduction“.

<sup>74</sup> Conte-Salinas, Nicola in: Holle/Hüttebräuker (Fn. 58), Art. 2 Rn. 58; Gerstberger, ZLR 2015, 392 (393).

<sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 15.11.2007 Rs. C-319/05 (Kommission/Deutschland) EU:C:2007:678, Rn. 24; Rempe (Fn. 71), S. 123; Meisterernst in: Meisterernst/Haber (Fn. 69), Art. 14 Rn. 8.

<sup>76</sup> Bruggmann/Hohmann, ZLR 2007, 51 (60).

<sup>77</sup> Holle in: Holle/Hüttebräuker (Fn. 58), Art. 2 Rn. 139; Teufer, ZLR 2009, 561 (570); Hurrelmann, Klaus/Richter, Matthias, Determinanten der Gesundheit in: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BZgA-Leitbegriffe, doi:10.17623/BZGA:224-i008-1.0 [Stand: 12.08.2022].

<sup>78</sup> EFSA Journal 2016;14(1):4367, doi:10.2903/j.efsa.2016.4367, S. 16; EuG Urt. v. 30.04.2014 Rs. T-17/12 (Hagenmeyer und Hahn) EU:T:2014:234, Rn. 73.

<sup>79</sup> Ausführliche Auswertung der Beurteilung von Zulassungsanträgen durch die EFSA bei: Jakobs/Hagenmeyer/Hahn, ZLR 2021, 615 (623 ff.); Meisterernst, Die Praxis der EFSA bei der Prüfung von „health claims“ in: Leible, Stefan (Hrsg.), Verbraucherschutz durch Information im Lebensmittelrecht, 2010, S. 61 (65); vgl. außerdem: Grube, Markus/Conte-Salinas, Nicola, HCVO Kurzkomentar, 2. Auflage, 2013, Art. 14 Rn. 2; Holle in: Holle/Hüttebräuker (Fn. 58), Art. 14 Rn. 13; Bruggmann/Hohmann, ZLR 2007, 51 (61).

<sup>80</sup> Meisterernst (Fn. 21), 2019, § 10 Rn. 92.

<sup>81</sup> Rempe (Fn. 71), S. 122.

<sup>82</sup> EuG Urt. v. 30.04.2014 Rs. T-17/12 (Hagenmeyer und Hahn) EU:T:2014:234, Rn. 76.

Lebensmittel ein Krankheitsrisiko senkt, zulässt und damit zu einem inkohärenten Ergebnis führt.<sup>83</sup>

Der Kritik ist entgegenzuhalten, dass es in der Zulassungssituation auf die wissenschaftliche Tragfähigkeit ankommt. Zulasten pauschaler Formulierungen operiert der Verordnungsgeber mit einer Verweissystematik von Art. 14 I HCVO auf Art. 2 II Nr. 6 HCVO. Die Regelungstechnik folgt der Einschätzung, dass ohne Nennung eines konkreten Risikofaktors und ohne Nennung einer Krankheit das Verfahren nicht durchgeführt werden kann.<sup>84</sup>

### bb) Anforderungen an die Verwendung

An die Verwendung einer zugelassenen Angabe über die Verringerung eines Krankheitsrisikos ist ein anderer Maßstab als an die Zulassung anzulegen. Dies zeigt sich daran, dass der zugelassene Wortlaut der Angabe für die Verwendung nicht verbindlich ist, sondern abgewandelt werden darf, solange die inhaltliche Übereinstimmung gewahrt ist.<sup>85</sup> Folglich hängt die zulässige Verwendung einer Angabe maßgeblich davon ab, wie sie von den Verbrauchern verstanden wird. Hierzu hatte der EuGH<sup>86</sup> die Vorlagefrage zu beantworten, ob für das Vorliegen einer deutlichen Senkung gemäß Art. 2 II Nr. 6 HCVO explizit das Wort *deutlich* angegeben werden muss. Der EuGH verneint die Frage mit der Begründung, dass entscheidend ist, ob im Einzelfall beim Verbraucher der Eindruck entsteht, dass das Lebensmittel das Risiko deutlich verhindern kann oder soll.<sup>87</sup> Die Interpretation ist in der Verordnungsformulierung verankert, indem der Zusammenhang suggeriert oder mittelbar zum Ausdruck gebracht werden muss. Die Interpretation überzeugt vor allem innerhalb der Binnensystematik der HCVO dahingehend, dass ansonsten die strengeren Vorschriften des Art. 14 HCVO umgangen werden würden, was nicht im Interesse des Gesundheitsschutzes sein kann.<sup>88</sup> Die weite Auslegung hinsichtlich des Merkmals *deutlich* überzeugt außerdem in dem Kontext, dass der EuGH<sup>89</sup> auch bei der gesundheitsbezogenen Angabe von einer weiten Begriffsbestimmung anhand des Erwartungshorizonts der angesprochenen Verbraucher ausgeht. Dahingehend ist eine weite Auslegung wegen des Verbraucherleitbilds<sup>90</sup> auch nur so

lange geboten, wie sie sich auf den Zusammenhang bezieht und nicht auf weitere Aspekte des Art. 2 II Nr. 6 HCVO ausgedehnt wird.<sup>91</sup>

### cc) Zwischenergebnis

Bei Angaben zur Reduzierung eines Krankheitsrisikos ist zwischen zwei Situationen – einerseits der Zulassung und andererseits der Verwendung – zu unterscheiden: Bei der Zulassung wird Art. 2 II Nr. 6 HCVO eng interpretiert und bei der Verwendung erlaubt das Verbraucherleitbild ein weiteres Verständnis.

## 3. Zulassungsverfahren

Art. 14 I HCVO verweist auf das individuelle Einzelzulassungsverfahren, das in drei Schritten nach Art. 15 bis 17 und 19 HCVO erfolgt.

Erstens regelt Art. 15 HCVO den Antrag auf Zulassung, der wegen Art. 15 II HCVO bei der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörde eingereicht wird. In der Bundesrepublik Deutschland ist das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit gemäß § 65 Satz 1 Nr. 3 lit. a LFGB, § 1 Nr. 2 BVLAÜV<sup>92</sup> zuständig und muss den Antrag unverzüglich an die EFSA weiterleiten. Der EFSA wiederum obliegt die Unterrichtung aller Mitgliedstaaten und der Kommission.

Zweitens bewertet die EFSA nach Art. 16 HCVO die wissenschaftliche Absicherung der beantragten Angabe. Das Ergebnis des Bearbeitungsprozesses ist eine Stellungnahme mit Pflichtangaben, Art. 16 IV HCVO.

Drittens trifft die Kommission nach Art. 17 HCVO die Entscheidung über die Zulassung oder Zurückweisung des Antrags. Die Entscheidung der Kommission ist eine Maßnahme des Risikomanagements, wobei die wissenschaftliche Stellungnahme der EFSA der wichtigste Bewertungsfaktor in einer umfassenden Abwägung ist.<sup>93</sup> Die Erteilung einer Zulassung erfolgt nach Art. 17 V HCVO unter Verwendungsbedingungen und nicht personenbezogen,

<sup>83</sup> *Meisterernst* in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 69), Art. 2 Rn. 30b; *Meisterernst/Haber*, 12 Jahre Lernprozess – Was hat die HCVO gebracht?, WRP 2019, 413 (419); dazu *de lege ferenda*: *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (622).

<sup>84</sup> EuG Ur. v. 30.04.2014 Rs. T-17/12 (*Hagenmeyer und Hahn*) EU:T:2014:234, Rn. 73; im Ergebnis *de lege lata* auch: *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (625); *Rempe* (Fn. 71), S. 122.

<sup>85</sup> BGH LMuR 2017, 10 (13); LMuR 2016, 119 (124); Erw. 9 VO (EU) Nr. 432/2012; *Hahn/Hagenmeyer*, Die Welt der gesundheitsbezogenen Werbung nach dem Weltuntergang, ZLR 2013, 4 (12 ff.).

<sup>86</sup> EuGH Ur. v. 18.07.2013 Rs. C-299/12 (*Green Swan*) EU:C:2013:501.

<sup>87</sup> EuGH Ur. v. 18.07.2013 Rs. C-299/12 (*Green Swan*) EU:C:2013:501, Rn. 24.

<sup>88</sup> *Hagenmeyer*, WRP 2014, 403 (406), Rn. 15; *Greifeneder* (Fn. 16), S. 117.

<sup>89</sup> EuGH Ur. v. 06.09.2012 Rs. C-544/10 (*Deutsches Weintor*) EU:C:2012:526, Rn. 34.

<sup>90</sup> Erw. 16 HCVO.

<sup>91</sup> EuG Ur. v. 30.04.2014 Rs. T-17/12 (*Hagenmeyer und Hahn*) EU:T:2014:234, Rn. 71; abw.: *Hagenmeyer/Teufer* in: *Dausen/Ludwigs* (Fn. 62), C. IV. Rn. 241.

<sup>92</sup> Verordnung zur Übertragung von Aufgaben an das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit.

<sup>93</sup> *Guttau, Thomas* in: *Holle/Hüttebräuker* (Fn. 58), Art. 17 Rn. 6 f.

sondern stoffbezogen. Diese Geltung *erga omnes* erzeugt die Kommission durch die Handlungsform der Verordnung.<sup>94</sup>

Dadurch tritt eine Legalisierungswirkung<sup>95</sup> ein, sodass Gerichte oder Behörden die Angabe grundsätzlich nicht als unzulässig einstufen können. Die Legalisierung entfaltet nach Art. 17 VI HCVO keinen Haftungsausschluss. Art. 19 HCVO enthält Regelungen über Änderung, Aussetzung und Widerruf.

Hinsichtlich der Rolle der EFSA wird kritisiert, dass sie außerhalb ihrer Kompetenz in Rechtsfragen tätig wird.<sup>96</sup> Dem ist materiell entgegenzuhalten, dass der Ordnungsgeber das Prüfprogramm der EFSA in Art. 16 III lit. b HCVO auf die Vereinbarkeit der Angabe mit den Vorschriften der HCVO erstreckt hat. Die Stellungnahme der EFSA beeinflusst die Entscheidung der Kommission erheblich, allerdings hat der Ordnungsgeber der Kommission bei der Entscheidung ein weites Ermessen eingeräumt.<sup>97</sup> Rechtswirkung erzeugt nur die Verordnung der Kommission und nicht die EFSA-Stellungnahme als internes Gutachten.

#### 4. Rechtsschutz

Daraus folgt, dass gegen die Stellungnahme kein unmittelbarer Primärrechtsschutz möglich ist.<sup>98</sup> Der Antragsteller kann die Verordnung wegen Art. 263 IV AEUV angreifen und so über eine Nachprüfung auch eine Inzidentkontrolle der Stellungnahme der EFSA erwirken, um eine erneute Entscheidung der Kommission herbeizuführen.<sup>99</sup> Die gerichtliche Überprüfbarkeit erstreckt sich insbesondere auf Verfahrensfehler, wie eine fehlende oder nicht hinreichende Begründung und ist hinsichtlich der Entscheidung wegen des Ermessens reduziert.<sup>100</sup>

### IV. Verhältnis der Vorschriften

Solange § 12 I LFGB a.F. galt, konnte das Verhältnis von Art. 14 I lit. a HCVO als *lex posterior* zum Verbot krankheitsbezogener Werbung durch den Anwendungsvorrang

der unionsrechtlichen Vorschrift überzeugend gelöst werden.<sup>101</sup> Durch die Normierung in Art. 7 III LMIV wurde Art. 14 HCVO zum *lex prior* und ist zur LMIV gleichrangig.

#### 1. Dogmatisches Grundverhältnis

Grundsätzlich steht hinter der LMIV der Gedanke des Missbrauchsprinzips, während die HCVO dem Verbotsprinzip folgt.<sup>102</sup> Das Missbrauchsprinzip wird als Erlaubnis mit nachträglichem Verbotsvorbehalt insbesondere durch das Instrument des Irreführungsverbots in Art. 7 I LMIV umgesetzt. Die Vorschriften der HCVO folgen dagegen einem Verbot mit Zulassungsvorbehalt und sind daher regelmäßig die spezielleren Vorschriften. Als solche verdrängen sie wegen Art. 3 II lit. a HCVO und Erwägungsgrund 3 HCVO die allgemeineren Regeln der LMIV nicht, sondern lassen sie *unbeschadet* und ergänzen sie.<sup>103</sup>

#### 2. Anwendbarkeit auf Art. 7 III LMIV

Ausnahmsweise folgt Art. 7 III LMIV nicht dem Missbrauchsprinzip, sondern dem Verbotsprinzip. Die gegenüber Art. 7 I LMIV intensivere Regelung ist dadurch begründet, dass Absatz 3 anders als Absatz 1 nicht nur den allgemeinen Verbraucherschutz, sondern den präventiven Gesundheitsschutz verfolgt.<sup>104</sup>

##### a) Zugelassene Angaben

Zugelassene Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos knüpfen nach Art. 2 II Nr. 6 HCVO an den Risikofaktor an, nicht an die Krankheit selbst.<sup>105</sup> Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Durchschnittsverbraucher das Senken eines Risikofaktors als genuine Krankheitsprävention versteht.<sup>106</sup> Insofern verhindert die feinsinnige Differenzierung bei der Zulassung grundsätzlich nicht, dass Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos in den Anwendungsbereich von Art. 7 III LMIV fallen können. Dass der Ordnungsgeber die

<sup>94</sup> *Meisterernst* (Fn. 21), § 10 Rn. 55; *Haber* in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 69), Art. 17 Rn. 15a, Art. 16 Rn. 12.

<sup>95</sup> *Barczak, Tristan*, Das Gesundheitsideal als Werbeversprechen, 2015, S. 108.

<sup>96</sup> *Meisterernst* in: *Meisterernst/Haber* (Fn. 69), Art. 2 Rn. 30a; *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (617).

<sup>97</sup> EuGH Urt. v. 08.06.2017 Rs. C-296/16 P (*Dextro Energy*) EU:C:2017:437, Rn. 41; *Streinz, Rudolf*, Rechtsschutz gegen Health Claims Entscheidungen in: *Leible* (Fn. 79), S. 69 (80).

<sup>98</sup> *Streinz* in: *Leible* (Fn. 97), S. 69 (76); *Gundel, Jörg* in: *Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 2020, § 8 Rn. 52; krit.: *Barczak* (Fn. 95), S. 152; *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (617 f.).

<sup>99</sup> *Barczak* (Fn. 95), S. 175; siehe zum Individualrechtsschutz gegen Verordnungen: *Ruthig, Josef/Storr, Stefan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, 2020, Rn. 9; *Ruffert, Matthias/Grischek, Friederike/Schramm, Moritz*, Europarecht im Examen – Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten, JuS 2022, 814 (815 f.).

<sup>100</sup> EuG Urt. v. 30.04.2014 Rs. T-17/12 (*Hagenmeyer und Hahn*) EU:T:2014:234, Rn. 104; *Streinz* in: *Leible* (Fn. 79), S. 69 (80).

<sup>101</sup> *Jung, Ingo*, Die Health Claims Verordnung – Neue Grenzen gesundheitsbezogener Werbung für Lebensmittel, WRP 2007, 389 (393); *Barczak* (Fn. 95), S. 109.

<sup>102</sup> *Streinz* in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Fn. 19), § 57 Rn. 52 f.; *Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, § 9 Rn. 52, 55; *Meisterernst* (Fn. 21), § 1 Rn. 20 ff.

<sup>103</sup> BGH NJW 2015, 1453 (1455).

<sup>104</sup> *Möstl*, LMuR 2014, 77 (82); *Gundel* in: *Ruffert* (Fn. 98), § 8 Rn. 14 ff., Rn. 58.

<sup>105</sup> *Gerstberger*, ZLR 2015, 392 (397 f.); rechtsvergleichend: *Meyer*, Krankheitsbezogene Werbung, verboten – aber wie?, WRP 2008, 596 (599).

<sup>106</sup> *Rathke/Hahn* in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 3), C. 111. Vorb. Rn. 8a; *Jung*, WRP 2007, 389 (392); *Jakobs/Hagenmeyer/Hahn*, ZLR 2021, 615 (621); *Fangerau/Franzowiak* (Fn. 3), Krankheit.

Zulassung von Angaben ermöglicht, die im Ergebnis wegen Art. 7 III LMIV verboten sind, erscheint widersprüchlich.<sup>107</sup> Wie fernliegend dies ist, verdeutlicht der Inhalt des Pflichthinweises nach Art. 14 II HCVO der verhindern soll, dass der Eindruck einer krankheitsvorbeugenden Eigenschaft des Lebensmittels entsteht.

Während Art. 7 III LMIV keinen Vorbehalt für zugelassene Angaben nach der HCVO beinhaltet, heißt es in Art. 14 I HCVO, dass zugelassene Angaben *ungeachtet* des Verbots der krankheitsbezogenen Werbung gemacht werden können.<sup>108</sup> Nach dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen ist die Formulierung keinesfalls so zu verstehen, dass zugelassene Angaben *unbeschadet* des Krankheitswerbeverbots gelten, sondern dass sie *trotz* Art. 7 III LMIV gelten.<sup>109</sup> Damit stimmt – wenngleich rein deklaratorisch<sup>110</sup> – § 11 III LFGB überein.

#### b) Verhältnis von Art. 7 III LMIV zur HCVO

Die Möglichkeit zur Zulassung von Angaben zur Verringerung eines Krankheitsrisikos könnte darauf hindeuten, dass Art. 7 III LMIV generell nicht neben der HCVO anwendbar ist. Ein derartiges Exklusivitätsverhältnis entgegen der grundsätzlichen Dogmatik ließe sich wegen der Ausnahme in der Regelungstechnik begründen: Würden beide Verbote nebeneinander gelten, so könnte das Nichteingreifen des Verbots nach der HCVO wegen der Zulassung nicht verhindern, dass die Angabe trotzdem wegen Art. 7 III LMIV verboten wird.<sup>111</sup> Die spezielleren Vorschriften der HCVO mit Zulassungsvorbehalten würden hinsichtlich eines Rückgriffs auf das absolute Verbot in Art. 7 III LMIV eine Sperrwirkung erzeugen und es stünden sich zwei alternative Regelungskonzepte gegenüber.

Gegen das Exklusivitätsverhältnis spricht, dass nach dem Verordnungswortlaut und nach der Systematik von Art. 14 I und II HCVO das Verbot krankheitsbezogener Werbung als Grundsatz unberührt bleiben soll und ausnahmsweise Zulassungen mit Legalisierungswirkung möglich sind. Bei diesem Verständnis der Vorschriften besteht folgende inhaltliche Wechselwirkung: Wenn Art. 14 I lit. a HCVO der Charakter einer Ausnahme zukommt, folgt aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der engen Interpretation von

Ausnahmen, dass ein restriktives Verständnis vorzugswürdig ist.<sup>112</sup> Dem Kohärenzgebot aus Art. 7 AEUV folgend können die Vorschriften widerspruchsfrei zueinander interpretiert werden, indem Art. 14 II HCVO das oben befürchtete Eingreifen von Art. 7 III LMIV verhindert.

### 3. Zwischenergebnis

Art. 7 III LMIV bleibt neben der HCVO anwendbar und wirkt sich dementsprechend auf ihre Interpretation aus. Als *lex specialis* fungiert Art. 14 I lit. a HCVO als Ausnahme vom Verbot krankheitsbezogener Werbung, indem durch die Zulassung einer Angabe über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos eine Legalisierungswirkung eintritt. Dadurch wird eine Liberalisierung<sup>113</sup> des Verbots der krankheitsbezogenen Werbung bewirkt.

### C. Perspektivisches Fazit

Das Verbot krankheitsbezogener Werbung folgt regelungskonzeptionell dem präventiven Verbotsprinzip. Die Interpretation der Vorschrift wird von der Durchsetzung des effektiven Gesundheitsschutzes weitgehend determiniert. Das Verbot steht in einem direkten Spannungsfeld von Grundrechtspositionen. Dahingehend erzeugt die Möglichkeit, Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos zu verwenden, eine gewisse Liberalisierungsdynamik. Die Verwendungsbedingung des Zulassungsverfahrens mit einer stark betonten wissenschaftlichen Überprüfung kann diese Erwartung nicht vollumfänglich erfüllen.

Die Reichweite der Anwendungsbereiche der beiden Verordnungen und das Verhältnis der einzelnen Vorschriften zueinander könnten *de lege ferenda* zugunsten einer Gesamtsystematik besser abgestimmt werden. Der von *Grube*<sup>114</sup> angebrachten Vorschlag, dass der Ordnungsgeber die nach Art. 14 HCVO zugelassenen Angaben ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Art. 7 III LMIV ausnehmen sollte, verdient Zustimmung.

Weitergehend könnte es sich *de lege ferenda* anbieten, die krankheitsbezogene Werbung neu zu ordnen, indem die Zulassungsfähigkeit auf sämtliche krankheitsvorbeugende

<sup>107</sup> OLG Frankfurt a.M. LMuR 2020, 26 (30); *Rathke/Hahn* in: Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 111. Art. 14 Rn. 4; *Rathke* in Zipfel/Rathke (Fn. 3), C. 113. Art. 7 Rn. 415.

<sup>108</sup> Der Bezug auf die RL 2000/13/EG gilt gemäß Art. 53 LMIV als Bezug auf LMIV.

<sup>109</sup> Sprachfassungen: Französisch „nonobstant“, Spanisch „no obstante“, Englisch „notwithstanding“, Italienisch „in deroga“; *Wolff, Johanna*, „Unbeschadet“ – Zum praktischen Verständnis eines beliebigen Wortes in deutschen und europäischen Normen und Verträgen, JZ 2012, 31 (34); *Holle* in: Holle/Hüttebräuker (Fn. 58), Art. 14 Rn. 8; *Meisterernst/Haber*, Die VO (EG) 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, WRP 2007, 363 (380).

<sup>110</sup> *Meisterernst* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 60), LFGB § 11 Rn. 81; *Möstl*, ZLR 2015, 689 (691).

<sup>111</sup> *Sosnitzka, Olaf*, Das Verhältnis von § 12 LFGB zu den Regelungen der VO (EG) Nr. 1924/2006 – gesetzgeberischer Handlungsbedarf?, ZLR 2007, 423 (425): sog. Zweischrankentheorie.

<sup>112</sup> EuGH Urt. v. 17.10.1995 Rs. C-450/93 EU:C:1995:322 (Kalanke), Rn. 21; Urt. v. 15.05.1986 Rs. 222/84 EU:C:1986:206 (Johnston), Rn. 36; zust.: *Barczak* (Fn. 95), S. 108; *Sosnitzka*, ZLR 2007, 423 (427): sog. modifizierte Zweischrankentheorie.

<sup>113</sup> *Meisterernst* (Fn. 21), § 10 Rn. 227; *Bruggmann/Hohmann*, ZLR 2007, 51 (59); *Rempe* (Fn. 71), S. 127.

<sup>114</sup> *Grube* in: Voit/Grube (Fn. 3), Art. 7 Rn. 300.

Aussagen ausgedehnt wird, deren Präventivwirkung belegt wird. Damit würde ein Bedeutungszuwachs des Verbraucherleitbildes einhergehen. Das Verbot krankheitsbezogener Werbung könnte an Schärfe gewinnen, indem lediglich behandlungs- und heilungsbezogene Aussagen absolut verboten sind.

Abschließend ist *de lege lata* zu konstatieren, dass die Anwendung der Vorschriften zur krankheitsbezogenen Bewerbung von Lebensmitteln zu sachgerechten Ergebnissen führt. In einer Zeit, in der die Relevanz krankheits- und gesundheitsbezogener Werbeversprechen stetig steigt, kann darauf vertraut werden, dass die reaktionsschnelle Absorption neuer gesundheitsgefährdender Entwicklungen wie eingangs aufgezeigt auch in Zukunft gesichert ist.