

Geltung der Health-Claims-VO bei Werbung gegenüber Fachkreisen

Prof. Dr. J. Wilfried Kügel
Bonn, 28. November 2017

- **Vorlageverfahren** des LG München mit Beschluss vom 16.12.2014 – 33 O 5430/14 zum EuGH mit folgender Frage zur Vorabentscheidung:

„Ist Art. 1 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1924/2006 so auszulegen, dass die Vorschriften dieser Verordnung auch für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben gelten, die in kommerziellen Mitteilungen bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen, wenn sich die kommerzielle Mitteilung bzw. Werbung ausschließlich an Fachkreise richtet?“

- **Werbebehauptungen** des Geschäftsführers der Innova Vital GmbH in einem Schreiben an namentlich genannte Ärzte:

„Sie kennen die Fakten: 87 % der Kinder in Deutschland haben Vitamin D-Werte von unter 30 ng / ml im Blut. Laut der DGE sollten es aber zwischen 50-75 ng/ml sein.

Wie schon in zahlreichen Studien beschrieben wurde, trägt Vitamin D maßgeblich zur Prävention mehrerer Krankheiten, wie z. B. atopische Dermatitis, Osteoporose, Diabetes mellitus und Multiple Sklerose bei. Nach diesen Studien ist ein zu niedriger Vitamin-Spiegel schon im Kindesalter mit verantwortlich für das spätere Auftreten der genannten Krankheiten.

Aus diesem Grund habe ich auch meinem Sohn die empfohlenen Vitamin D-Präparate verabreicht und dabei festgestellt, dass die herkömmliche Tablettenform von Säuglingen, Kleinkindern und auch Schulkindern nicht sehr gut angenommen wird. Mein Sohn spuckte diese regelmäßig wieder aus.

Daher habe ich mir als Arzt mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Immunologie Gedanken gemacht und eine Vitamin D₃-Emulsion (Innova Mulsin[®] D₃) zur Verabreichung in Tropfenform entwickelt.

...

Vorteile der Mulsine:

...

Schnelle Vorbeugung oder Beseitigung von Mangelzuständen (Vitamin D3-Mangel bei 80 % der Bevölkerung im Winter beschrieben)

...

Direkt-Bestellkonditionen sowie kostenfreies Infomaterial für Ihre Praxis erhalten Sie unter...“

→ Bebilderte Darstellung des NEM Innova Mulsin[®] Vitamin D₃ mit Angaben über seine Zusammensetzung, seinen Verkaufspreis und die Therapiekosten nach der Dosierungsempfehlung von einem Tropfen täglich oder nach Empfehlung des Arztes.

- Argumente des Klägers VSW:
 - Für die Anwendbarkeit der HCV reicht es aus, wenn sich die Werbemaßnahme auf ein Produkt bezieht, das an den Endverbraucher gelangen soll, weil Unternehmen die Fachkreise (z. B. Ärzte, Apotheker oder Ernährungsberater) gerade deswegen ansprechen würden, weil sie sich einen Multiplikatoreneffekt davon versprechen.

- Angehörige der Fachkreise sind regelmäßig Informationsvermittler, die auf der Grundlage ihres – zweifelsohne auch durch Werbung beeinflussbaren – Fachwissens Empfehlungen für bestimmte Produkte aussprechen.
- Art. 1 Abs. 2 HCV stellt auf das Produkt schlechthin ab, das an den Endverbraucher abgegeben wird und nicht auf den Adressaten der kommerziellen Mitteilung.

- Argumente der Beklagten Innova Vital GmbH:
 - Grundlegende Vorschriften der HCV (Erwägungsgrund 16, Art. 5 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 Buchst. ii)) nehmen ausdrücklich auf den Verbraucher, nicht jedoch die Fachkreise Bezug.
 - Wenn die Fachkreiswerbung untersagt hätte werden sollen, hätte dies expressis verbis in der HCV festgelegt werden müssen.
 - Eine Beschränkung der Fachkreiswerbung würde gegen die unionsrechtlich anerkannten Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit gem. Art. 6 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 10 EMRK verstoßen.

- Notwendigkeit der Auslegung von Art. 1 Abs. 2 HCV:

„Diese Verordnung gilt für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, die in **kommerziellen Mitteilungen** bei der Kennzeichnung und Aufmachung von oder bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen.“

- Art. 2 Buchst. f) RL 2000/13/EG (RL über den elektronischen Geschäftsverkehr) und Art. 4 Nr. 12 RL 2006/123/EG (RL über Dienstleistungen im Binnenmarkt):

„**Kommerzielle Mitteilung** alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren... eines Unternehmens dienen, das eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe... ausübt; die folgenden Angaben stellen als solche keine Form der kommerziellen Kommunikation dar:

...

- Angaben in Bezug auf Waren..., die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden.“

- **EuGH, Urt. v. 14.07.2016 – C-19/15:**

- Der Begriff „kommerzielle Mitteilung“ i. S. v., Art. 2 Abs. 1 HCV erfasst u. a. Mitteilungen in Form einer Lebensmittelwerbung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes dieser Lebensmittel dienen.

→ Orientierung an Art. 2 Buchst. f) RL 2000/31/EG und Art. 4 Nr. 12 RL 2006/123/EG.

- Art. 1 Abs. 2 HCV macht keine näheren Angaben zum Adressaten der kommerziellen Mitteilung. **Daher muss die Ware selbst für den Verbraucher bestimmt sein**, nicht jedoch die Mitteilung, deren Gegenstand sie bildet.

- Die Erwähnung der „Verbraucher“ in den Erwägungsgründen 1, 9, 16, 29 und 36 sowie in Art. 5 Abs. 2 HCV zielt im Kontext dieser Kommunikation zwischen den Lebensmittelunternehmen und den (medizinischen) Fachkreisen hauptsächlich auf den Endverbraucher ab, damit er das **Lebensmittel, das Gegenstand der Kommunikation ist**, auf Empfehlung der Fachkreise erwirbt.

- Es kann nicht angenommen werden, dass die Fachkreise in der Lage sind, jederzeit über alle speziellen und aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu verfügen, die notwendig sind, um jedes einzelne Lebensmittel und die für dieses in der Werbung verwendeten Nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben zu bewerten.

- Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Werbung auch die (medizinischen) Fachkreise durch falsche, irreführende oder unwahre Angaben in die Irre geleitet werden.
- Es besteht die Gefahr, dass die (medizinischen) Fachkreise falsche Informationen über die beworbenen Lebensmittel völlig gutgläubig an die **Endverbraucher weitergeben, mit denen sie in Verbindung stehen.**

- Fachkreisangehörigen schenkt der Endverbraucher besonderes Vertrauen.
- Es besteht die Gefahr, dass Lebensmittelunternehmer ihre Verpflichtungen aus der HCV dadurch umgehen, dass sie sich über die Angehörigen medizinischer Fachkreise an den Endverbraucher wenden, damit diese ihre Produkte dem Endverbraucher empfehlen.

- Objektive Informationen über neue wissenschaftliche Entwicklungen, die an die Fachkreise gerichtet werden, sind zulässig, wenn die **Mitteilung nicht kommerzieller Art** ist.
- Dies betrifft Angaben in nicht kommerziellen Mitteilungen, wie sie z. B. in Ernährungsrichtlinien oder –empfehlungen staatlicher Gesundheitsbehörden oder in nicht kommerziellen Mitteilungen oder Informationen in der Presse oder in wissenschaftlichen Veröffentlichungen gemacht werden.

- **Tenor der Entscheidung des EuGH:**

Art. 1 Abs. 2 HCV ist dahin auszulegen, dass nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben in kommerziellen Mitteilungen **über Lebensmittel, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen**, in den Geltungsbereich der HCV fallen, auch wenn sich diese Mitteilungen nicht an den Endverbraucher, sondern ausschließlich an medizinische Fachkreise richten.



Übernommen vom BGH, B. v. 29.09.2016 – I ZR 233/15 –
„Almased Vitalkost“



Kritik an der EuGH-Entscheidung:

- HCV dient dem Schutz der Verbraucher aber nicht dem Schutz der Fachkreise.
- Der EuGH hätte nicht über eine Fachkreiswerbung ohne Kaufempfehlung entscheiden dürfen, hat also über den konkreten Einzelfall hinaus eine zu weitgehende Entscheidung getroffen.
- Bereits die Kommunikation von neuen wissenschaftlichen Studien an Fachkreise kann als Förderung des Produktvertriebs angesehen werden.



- Der EuGH traut Ärzten und Apotheken offensichtlich wenig Kompetenz hinsichtlich des verantwortungsvollen Umgangs mit Fachkenntnissen zu.
- Der EuGH sanktioniert die Fachkreiswerbung unabhängig davon, ob die kommerziellen Mitteilungen den Endverbraucher überhaupt erreichen.
- Auf den konkreten Adressaten der kommerziellen Mitteilung kommt es gar nicht mehr an.
- Die HCV hat nur Regelungen zu Angaben der Fachkreise getroffen (Art. 11 und 1 HCV), aber nicht zu Angaben gegenüber den Fachkreisen.



Wer gehört zu den Fachkreisen?

- Keine Regelung in der HCV
 - Angehörige der Heilberufe und Heilhilfsberufe
 - Alle in der B2B-Kommunkation?
-
- Hersteller auf allen Herstellungsstufen
 - Importeur
 - Händler (Großhandel, Einzelhandel, Drogerie)
 - Absatzmittler (Werbeagentur)
 - Anwender (Betreuungseinrichtungen)
 - Potentielle Empfehler (Ernährungsberater, Ärzte, Apotheker, Fitnessstudios)



Was ist noch möglich?

- Zutatenbezogene („wirkstoffbezogene“) Werbung gegenüber Fachkreisen und Unternehmen in der Herstellungs- und Vertriebskette?
 - EuGH: „Muss die Ware selbst für den Verbraucher bestimmt sein, nicht jedoch die Mitteilung, deren Gegenstand sie bildet.“
- Kommunikation von staatlichen Ernährungsrichtlinien, redaktionellen Presseberichten und wissenschaftlichen Publikationen in Zeitschriften an Fachkreise? → Ja!



- Kommerzielle Mitteilung = Werbung bereits dann, wenn der Fachkreisangehörige weiß, dass das Unternehmen Produkte mit den kommunizierten Zutaten vertreibt, aber diese nicht konkret angesprochen werden?

- Fachkreiswerbung innerhalb der Herstellungs- und Vertriebskette zulässig, wenn der Adressat der Werbung nicht an den Endverbraucher vertreibt, also mit ihm nicht kommuniziert?
 - LM-Unternehmer – Wissenschaft
 - LM-Unternehmer – Hersteller der Zutat(en)
 - LM-Unternehmer – Hersteller (Nicht Einzelhändler!)
 - LM-Unternehmer - Großhändler



- Eine kommerzielle Mitteilung = Werbung gegenüber den Fachkreisen liegt stets vor, wenn ein **konkreter Produktbezug** erfolgt
- Aber u. U. (Einzelfallfrage!) auch dann, wenn nur ein Bezug auf eine bestimmte Produktkategorie erfolgt (z. B. NEM mit Omega-3-Fettsäuren).

■ **Fazit**

- Die EuGH-Entscheidung lässt viele Fragen offen.
- Keine Entscheidung zur Werbung gegenüber Fachkreisen, die keinen Kommunikationsbezug zum Endverbraucher haben.
- M. E. ist ein weiter, im Einzelfall festzulegender Fachkreisbegriff zugrunde zu legen.

- Kommerzielle Mitteilungen innerhalb der Hersteller- und Vertriebskette sind wohl zulässig, wenn kein Produktbezug erfolgt.

→ (Art. 1 Abs. 2 HCV: „...Angaben, die in kommerziellen Mitteilungen ... oder bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen.“)

→ Wenn der Adressat der Werbung die kommerzielle Mitteilung aufgrund seiner beruflichen Stellung nicht an den Endverbraucher weitergeben kann.

- Nicht kommerzielle Mitteilungen sind zulässig.
 - Art. 11 HCV-Empfehlungen oder Bestätigungen
 - Ernährungsrichtlinien oder -empfehlungen staatlicher Einrichtungen
 - Redaktionelle Beiträge in den Medien
 - Wissenschaftliche Veröffentlichungen in den jeweiligen Kommunikationskanälen

- Objektive Informationen über neue wissenschaftliche Entwicklungen, die unter Verwendung technischer oder wissenschaftlicher Terminologie („atopische Dermatitis“) an medizinische Fachkreise gerichtet wird, sind zulässig.
- „Finetuning“ im Einzelfall erforderlich!

Ich freue mich auf eine angeregte Diskussion!



Prof. Dr. J. Wilfried Kügel

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Stuttgart



Mannheim



Düsseldorf

KLEINER

RECHTSANWÄLTE