

RECHTSANWALTSKANZLEI

Per E-Mail: lebensmittelklarheit@verbraucherzentrale-hessen.de

23. Januar 2025

Verbraucherzentrale Hessen e.V.
Große Friedberger Straße 13-17
60313 Frankfurt am Main

—
**Stellungnahme zu Werbung für Brain effect Gut Shape Kapseln, Video auf Instagram Account „Mybraineffect“ und beim Produktangebot „Gut Shape“ auf brain-effect.com
Ihr Zeichen: wf/04838**

—
Sehr geehrte Damen und Herren,

ich zeige die Vertretung der Whitewall GmbH an. Anwaltliche Vollmacht wird versichert.

1.

Mir liegt Ihr Schreiben vom 09.01.2025 vor.

—
Darin verweisen Sie darauf, dass eine Verbraucherbeschwerde vorliege über die Werbung für Braineffect Gut Shape Kapseln auf dem Instagram Account „Mybraineffect“ und beim Produktangebot „Gut Shape“ auf brain-effect.com.

Es wird beanstandet, dass dort nicht zugelassene gesundheitsbezogene Aussagen verwendet würden, die über die „zugelassenen Health Claims weit hinausgehen“.

Nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage halten wir die Beanstandung für unbegründet.

2.

Soweit beanstandet wird, dass das Produkt damit beworben werde, dass es eine klinisch bestätigte Wirksamkeit hat, teilen wir diese Auffassung nicht.

Vielmehr heißt es in der Werbung lediglich „*Wissenschaftlich validierte Formel*“.

Von einer „klinisch bestätigten Wirksamkeit“ ist in der Werbung mit keinem Wort die Rede.

Es ist auch zutreffend, dass die Formel wissenschaftlich validiert ist. Denn das Produkt enthält z.B. pro Tagesdosis 20 µg Chrom. Für Chrom hat die zuständige Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) bestätigt, dass Chrom zu einem normalen Stoffwechsel von Makronährstoffen und zur Aufrechterhaltung eines normalen Blutzuckerspiegels beiträgt (EFSA-Gutachten 2010;8(10):1732 und 2011;9(6):2203).

Der europäische Gesetzgeber hat dies im Rahmen der VO (EU) 432/2012 umgesetzt.

Der normale Stoffwechsel mit Makronährstoffen beinhaltet auch die Verstoffwechslung von Fett, was mit einer Fettverbrennung gleichzusetzen ist.

Es ist auch zutreffend, dass Niacin den Energiestoffwechsel ankurbelt. Auch hierzu gibt es eine entsprechende positive Bewertung der EFSA (EFSA-Gutachten 2009;7(9):1224).

3.

Darüber hinaus enthält das Produkt pflanzliche Zutaten, wie z.B. Weißen Maulbeerblätter-Extrakt, was ein sog. Botanical darstellt.

Wie mit sog. Botanicals im Hinblick auf die Verwendung von gesundheitsbezogenen Angaben umzugehen ist, wird in der Rechtsprechung aktuell kontrovers beurteilt. Deshalb hat der BGH zur Klärung dieser streitigen Rechtsfrage eine Vorlagefrage an den EuGH gestellt.

Hierzu verweisen wir darauf, dass die Europäische Kommission und die EFSA die Bewertung von so genannten Botanicals zurückgestellt haben. So heißt es in Erwägungsgrund 10 der Verordnung 432/2012/EG:

„Aus den zur Bewertung vorliegenden Angaben hat die Kommission eine Reihe von Angaben ermittelt, die sich auf die Wirkung pflanzlicher Stoffe beziehen und die gemeinhin als Botanicals bezeichnet werden; diese müssen von der Behörde erst noch wissenschaftlich bewertet werden. Bestimmte andere gesundheitsbezogene Angaben müssen ferner erneut bewertet werden, bevor die Kommission über ihre

Aufnahme in die Liste zulässiger Angaben befinden kann, bzw. über andere bereits bewertet Angaben kann die Kommission aus anderen gerechtfertigten Gründen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschließend befinden.“

Ergänzend verweisen wir auf ein aktuelles Diskussionspapier der Europäischen Kommission, in dem es heißt:

„The traditional use is a very important source of evidence for botanicals. Because of the concentration given by EFSA to the evidence related to traditional use, no claim on botanicals based on this kind of evidence alone has obtained a positive assessment so far. On the contrary, as explained in section I 1, evidence of traditional use is given a different consideration in the case of THMPS ... In the context of this reflection, the Commission identified two possible scenarios that could be pursued in the future to deal with the issue described in this paper. ... Option 1 – ask EFSA to assume its assessment of health claims on botanicals with no changes to the approach (status quo) ... Option 2 – recognize the peculiarity of the botanicals case and address it through a review of the legislation.

This option would start from the consideration that a different treatment of botanicals under the foods and medicines legal frame works with regard to the consideration given to the evidence based on the nutritional use is not justified from risk manager’s point of view. It would recognize the specificity of the botanicals case with respect to other categories of substances used in foods and would explore the opportunities of changes to the existing legal framework applying to health claims made on botanicals used in foods in order to give recognition to evidence based on traditional use as sufficient to substantiating health claims.”

Das entspricht auch dem Urteil des Landgerichts Hof, Az. 1 HK O 22/15 vom 17.02.2016 aus dem wir wie folgt zitieren:

„Bislang ist seitens der Europäischen Kommission keine Entscheidung dahingehend ergangen, wie Angaben, die sich auf Pflanzenbestandteile – sogenannte Botanicals – beziehen, zu beurteilen sind. Wie sich aus der Antwort der Bundesregierung auf eine Abgeordnetenfrage zum Stand der Umsetzung der HCVO vom 30.04.2014 (BT-Drucksache 18/1273) ergibt, ist nicht abschließend geklärt, wie gesundheitsbezogene Angaben bei pflanzlichen Stoffen durch die hierfür zuständige Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) bewertet werden sollen. Derzeit ist die weitere Bearbeitung der EFSA zu Botanicals zurückgestellt. Gleiches ergibt sich aus dem Erwägungsgrund 10 VO EG-Nummer 432/2012. Über Botanicals trifft VO EG-

Nummer 432/2012 weder eine positive noch eine negative Aussage. Damit greift auch Art. 10 HCVO nicht, denn VO-Nummer 432/2012 ist für Botanicals nicht die Gemeinschaftsliste im Sinne des Art. 13 Nr. 3 HCVO (vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 13.10.2014, Az. T-334/12).“

Das von dem Unterzeichner erstrittene Urteil des Landgerichts Hof bezieht sich das ebenfalls vom Unterzeichner geführte Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof.

Wir zitieren aus einem Schriftsatz der Europäischen Kommission vom 13.10.2014 an den Europäischen Gerichtshof, Az. T-334/12 wie folgt:

„Soweit die Kläger daher ggf. in Verordnung 432/2012 nicht aufgenommene gesundheitsbezogene Angaben zu „Botanicals“ ins Feld führen, kann Verordnung 432/2012 sie ebenfalls nicht unmittelbar betreffen. Denn über „Botanicals“ trifft Verordnung 432/2012 weder eine positive, noch eine negative Aussage. Damit greift auch Artikel 10 der Verordnung 1924/2006 insoweit nicht, denn Verordnung 432/2012 ist für Botanicals offensichtlich nicht „die Liste“ im Sinne der vorgenannten Vorschrift – vielmehr gilt diesbezüglich unverändert die Verwendungsmöglichkeit nach der Übergangsvorschrift in Artikel 28 Abs. 5 der Verordnung 1924/2006 weiter, wie auch die Erwägungsgründe 10 und 11 der Verordnung 432/2012 bestätigen unter Verweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.03.1992, C-174/87.“

Dies entspricht auch dem Urteil des OLG Bamberg vom 29.06.2016, Az. 3 U 32/16, aus dem wir wie folgt zitieren:

„Zwar trifft es zu, dass die EU-Kommission bislang Aussagen über pflanzliche Stoffe (sog. „Botanicals“) bislang noch nicht bewertet hat. Hinsichtlich solcher Produkte hat die European Food Safety Authority (EFSA) die Überprüfung zurückgestellt mit der Folge, dass insoweit die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste oder auch nur ein entsprechender Antrag nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit entsprechender gesundheitsbezogener Angaben ist.“

Dies entspricht auch der einschlägigen Rechtsprechung des OLG Celle. Wir zitieren aus dem Urteil des OLG Celle vom 22.10.2015, Az. 13 U 123/14 wie folgt:

„Betreffend diese Botanicals kommt weiterhin die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 5 HCVO zur Anwendung, so dass insoweit die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste oder auch nur ein entsprechender Antrag nicht Voraussetzung für die

Zulässigkeit entsprechender Aussagen ist (vgl. auch Hahn/Hagenmeyer a. a. O., 20 f.; Teufer a. a. O., 478).“

Dies entspricht auch der überzeugenden, von dem Unterzeichner erstrittenen Rechtsprechung des Landgerichts Baden-Baden und des OLG Karlsruhe.

Wir zitieren aus dem Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 01.08.2019, Az. 1 O 19/18 wie folgt:

„Die EU-Kommission hat bislang Aussagen über pflanzliche Stoffe (sogenannte Botanicals) bislang noch nicht bewertet. Hinsichtlich solcher Produkte hat die European Food Safety Authority (EFSA) die Überprüfung zurückgestellt mit der Folge, dass insoweit die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste oder auch nur ein entsprechender Antrag nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit entsprechender gesundheitsbezogener Angaben ist.“

Hierzu zitieren wir aus der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe in dem Urteil vom 27.02.2019, Az. 6 U 87/18:

„Gerade für die pflanzlichen Substanzen sind aber die vom Bundesgerichtshof angeführten Auslegungsargumente, dass Art. 10 Abs. 3 HCVO derzeit (noch) nicht vollzogen werden kann, weiterhin zutreffend. Sie haben durch die Entscheidung der Kommission, die Bearbeitung der Eintragung von spezifischen Angaben für „Botanicals“ auszusetzen, nicht an Überzeugungskraft eingebüßt, sondern sogar deutlich gewonnen. Denn niemand bezweifelt, dass der Bundesgerichtshof zur Gesetzgebungsgeschichte zutreffend feststellt, dass nach Art. 11 Nr. 1 Buchst. a des ursprünglichen Entwurfs der Verordnung zunächst alle Angaben, die auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels in Bezug auf allgemeine Gesundheit und Wohlbefinden verweisen, generell nicht zulässig sein sollten. Da dieses Verbot aber vom Ordnungsgeber als zu weitgehend empfunden wurde, hat es nur in einer eingeschränkten Form Eingang in Art. 10 Abs. 3 HCVO gefunden. Dieses (eingeschränkte) Verbot setzt voraus, dass diese Listen (jedenfalls für solche pflanzlichen Stoffe) erstellt sind. Solange dies noch nicht geschehen ist, ist die Verwendung entsprechender Verweise durch die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 für „Botanicals“ nicht reglementiert. Denn anderenfalls enthielte die Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 insoweit entgegen dem Willen des Ordnungsgebers, wie er in den Übergangsregelungen ihres Art. 28 eindeutig zum Ausdruck ge-

kommen ist, zunächst eine strengere Regelung als später (BGH, a.a.O. – Vitalpilze, Rn. 15).

Wollte man gerade für pflanzliche Substanzen anders entscheiden, würde die bewusste Entscheidung des Ordnungsgebers, also des Europäischen Parlaments und des Rates, ausdrücklich kein generelles Verbot unspezifischer Gesundheitsangaben anzuordnen, sondern diese lediglich an die Beifügung gelisteter spezifischer Angaben zu koppeln, durch die bloße Entschließung der Kommission zur Untätigkeit bei der Erstellung der Listen für eine ganze Stoffklasse und die ausschließliche Orientierung am Wortlaut in ihr Gegenteil verkehrt. Denn dann wäre durch die bloße Nichterstellung der Listen und die Nichtbehandlung von Eintragungsanträgen in Bezug auf pflanzliche Stoffe der Rechtszustand erreicht, den der Ordnungsgeber gerade ausdrücklich nicht zum Gesetz machen wollte.

Deshalb ist es entgegen der Ansicht der Berufung auch ohne Bedeutung, ob für die Inhaltsstoffe des hier interessierenden Tees bereits von der Beklagten ein Antrag auf Eintragung spezifischer Angaben gestellt worden ist. Ein solcher Antrag in absehbarer Zukunft wäre ohne jede Aussicht auf Erfolg, weil die Behandlung von gesundheitsbezogenen Angaben über „Botanicals“ von den dafür zuständigen Autoritäten „on hold“ gesetzt worden sind.“

In diesem Zusammenhang verweisen wir darauf, dass aktuell der BGH mit Beschluss vom 01.06.2023, Az. I ZR 109/22 die streitentscheidenden Fragen dem EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens zur Klärung vorgelegt hat. Dort zitiert der BGH u. a. auch die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe vom 27.02.2019, Az. 6 U 87/18, das darauf verweist, dass die Health Claims-Verordnung noch nicht anwendbar ist, solange sich der europäische Gesetzgeber nicht einmal auf die Standards der Beurteilung von Botanicals einigen konnte und es deshalb von den Unternehmern nicht verlangt werden könne, auch nur einen entsprechenden Antrag zu stellen. Das OLG Karlsruhe verweist auf die nun jahrelang andauernde Untätigkeit der Kommission diesbezüglich und verweist darauf, dass ein entsprechender Antrag somit in absehbarer Zukunft ohne jede Aussicht auf Erfolg wäre. Dies führe zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit in Bezug auf die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben, da der Gesetzgeber hier durch die Verweigerung der Beurteilung von Botanicals ein dauerhaftes Vollzugsdefizit geschaffen habe, das nicht zu Lasten der Lebensmittelunternehmer gehen könne.

In diesem Zusammenhang verweisen wir ferner auf den aktuellen von dem Unterzeichner erstrittenen Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 21. September 2023, Az. 3 B s 92/23 und zitieren daraus wie folgt:

„Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg ... Die Antragstellerin macht mit ihrer Beschwerde u.a. geltend, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Ordnungsverfügung ein privates Interesse an der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs überwiege, weil der Bescheid rechtmäßig ergangen sei und darüber hinaus ein besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug bestehe. Vielmehr sei auf Grund des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 1. Juni 2023 (I ZR 109/22, GRUR 2023, 1046, Juris) indem dieser die streitentscheidende Frage, ob Art. 10 HCVO für Pflanzenstoffe (Botanicals) mit gesundheitsbezogenen Angaben zur Anwendung gelange, dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorgelegt habe, von einem offenen Ausgang des Hauptsacheverfahrens auszugehen. ... Mit diesem Vorbringen wird die Richtigkeit der entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts erschüttert. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Ordnungsverfügung rechtmäßig sei, weil sie ein Inverkehrbringen des Produktes sowie die Werbung mit spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben zu dem Produkt auf der Homepage der Antragstellerin ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 HCVO darstellt, ohne sich mit der Frage der Anwendbarkeit dieser Regelung auf das streitgegenständliche Produkt, das mit Guarana ein Botanical enthält, auseinanderzusetzen ... Diesbezüglich braucht somit im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens – 1. – nicht entschieden zu werden, ob Art. 10 HCVO, auf dessen Verstoß die Antragsgegnerin die Ordnungsverfügung maßgeblich stützt, auf Botanicals – dazu zählt das im streitgegenständlichen Produkt enthaltene Guarana – überhaupt anwendbar ist. Dies scheint derzeit offen, nachdem der Bundesgerichtshof mit Vorlagebeschluss vom 1. Juni 2023 (I ZR 109/22, GRUR 2023, 1046, Juris) dem EuGH folgende Frage vorgelegt hat ... Die Beantwortung dieser Frage wirkt sich im Streitfall entscheidend aus, weil die Ordnungsverfügung spezifische gesundheitsbezogene Angaben zu dem Botanical Guarana sowohl im Hinblick auf die Produktkennzeichnung als auch auf die Werbeaussagen auf der Internetseite der Antragstellerin betrifft.“

Im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung des BGH und des OVG Hamburg ist somit die Entscheidung des EuGH auf Grund der Vorgeflichkeit der Beurteilung der streitentscheidenden Fragen durch den EuGH abzuwarten.

In diesem Zusammenhang verweisen wir ebenfalls auf die Entscheidung der Europäischen Kommission in ihrem Fragen- und Antwortendokument vom Dezember 2011, wonach bestimmte Pflanzenstoffe sowohl in der Zusammensetzung von traditionellen pflanzlichen Arzneimitteln (THMP) als auch in Lebensmitteln enthalten sein können, so dass für THMP's

verwendete „therapeutische Indikation“ auch für gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel in Frage kommen könnten. Da die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen an Lebensmittel und Arzneimittel dazu führen könnten, dass ein und dieselbe Substanz unterschiedlich behandelt wird, was wiederum zur Diskriminierung auf dem Markt für pflanzliche Produkte und zu einer möglichen Verwirrung der Verbraucher führen würde, setzte die Kommission die Bewertung von Botanical-Claims aus, um mehr Zeit für die Lösung dieses Problems zu haben ... In der Änderungs-VO (EU) Nr. 536/2013 vom Juni 2013 führte die Kommission weiter aus, dass Bedenken hinsichtlich des Unterschieds bei der Berücksichtigung von Daten auf Grund der „traditionellen Verwendung“ gemäß der VO (EG) Nr. 1924/2006 in Bezug auf gesundheitsbezogene Angaben einerseits und gemäß der Richtlinie 2001/83/EG in Bezug auf die Verwendung traditioneller Kräuter-Heilmittel andererseits bestehen. Da diese Bedenken für relevant und eine weitere Prüfung und Konsultation für erforderlich gehalten werden, soll über Angaben zu Botanicals erst dann ein Beschluss gefasst werden.

Auf die Frage, „was wird die Kommission in Bezug auf pflanzliche Stoffe tun?“ antwortete die Kommission im Dezember 2011 in ihrem Fragen- und Antwortendokument dahingehend, dass eine einheitliche und korrekte Behandlung von pflanzlichen Stoffen angestrebt werde. Weiter stellt die Kommission fest, dass es zweckmäßig sein könnte, „in die Bewertung der Wirksamkeit gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel verwendete Pflanzen den Begriff der „traditionellen Verwendung“ einzubeziehen sowie sich mit der Frage zu befassen, wie sich eine Konsistenz mit traditionellen pflanzlichen Arzneimitteln aus denselben pflanzlichen Stoffen auf dem EU-Markt auswirken würde.“

Im März 2021 hat sich auch die deutsche Bundesregierung dahingehend geäußert, dass zu prüfen sei *„inwieweit noch näher zu Definierendes historisches Erfahrungswissen den Anforderungen der HCVO entspricht und bei der Bewertung Berücksichtigung finden kann und soll.“*

4.

Soweit Sie die Auffassung vertreten, dass die Aussagen über die zugelassenen Claims hinausgehen, teilen wir diese Auffassung nicht. Hierzu verweisen wir auf die Rechtsprechung des BGH vom 10.12.2015 – I ZR 222/13 -. Darin hat der BGH die Bezeichnung „lernstark“ akzeptiert, obwohl sich der zugelassene Claim auf Eisen bezieht *„Eisen trägt zur normalen kognitiven Entwicklung von Kindern bei.“*

Abzustellen ist zudem nach der einschlägigen Rechtsprechung auf den aufmerksamen, verständigen Durchschnittsverbraucher, der die entsprechenden Claims unserer Ansicht nach entsprechend sachgerecht einordnet.

Wir gehen auch davon aus, dass die Verbraucherbeschwerde eher eine getarnte Beschwerde eines Wettbewerbers darstellt.

Unabhängig davon teilen wir mit, dass – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – die Anzeige von der Mandantin bereits abgeschaltet wurde. Die Mandantin hat angekündigt, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um alle internen und externen Mitarbeiter, wie auch Agenturen, noch einmal intensiv zu schulen. Es ist nicht auszuschließen, dass ein neuer Mitarbeiter in der Formulierung etwas über das Ziel hinausgeschossen zu sein scheint, ohne dass dies mit der Geschäftsführung entsprechend abgesprochen wurde.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt