

LEGAL UPDATE WETTBEWERBSRECHT, HEALTHCARE & LIFE SCIENCES

Köln, 23.12.2022

Illegale Werbung für legales Cannabis?

Fallstricke bei der Bewerbung von CBD-Produkten

Maren Freymuth

Pop-Up-Stores, Online-Shops, Tees, Öle, Sprays und Vieles mehr – Cannabidiol-Produkte, besser bekannt als CBD, treffen auf stetig steigendes Interesse in der Bevölkerung. In der Werbung wird diesen Produkten häufig eine beruhigende, entspannende oder sogar schmerzlindernde Wirkung zugesprochen. Die Produkte werden regelmäßig geradezu als „Allheilmittel“ beworben.

Zwar existieren Studien, die zu dem Ergebnis kommen, dass CBD-Produkte in bestimmten Konzentrationen und Anwendungsformen positive Auswirkungen auf das menschliche Nervensystem haben. Dennoch müssen und sollten sich Unternehmen mit gesundheitsbezogenen Aussagen regelmäßig zurückhalten, um sich nicht dem Vorwurf eines rechtswidrigen Verhaltens auszusetzen. Die Anknüpfungspunkte für diesen Vorwurf sind vielfältig. So gilt beispielsweise, dass falsche und somit irreführende Angaben in jedem Fall zu unterbleiben haben. Darüber hinaus muss jedoch auch bei gesundheitsbezogenen Werbeaussagen, die nach Ansicht des werbenden Unternehmens zutreffen, sehr genau geprüft werden, ob diese Aussagen so in rechtlicher Hinsicht dem jeweiligen Empfängerkreis gegenüber getroffen werden können und sollten.

Öffentliche Debatte um Cannabis

Der allgemeine rechtliche Diskurs zum Thema Cannabis befindet sich mehr und mehr im Wandel. In der Anlage zu § 1 Abs. 1 BtMG wird die Substanz jedoch jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt als nicht verkehrsfähiges Betäubungsmittel aufgeführt. Cannabis-Produkte, die vor allem THC enthalten, sind daher – abgesehen von wenigen Ausnahmekonstellationen – illegal. Etwas anderes gilt jedoch, je nach stofflicher Zusammensetzung, für die sogenannten CBD-Produkte.

Zur Beurteilung der Rechtslage ist zunächst zwischen den Wirkstoffen der Cannabis-Pflanze zu differenzieren. Die Pflanze enthält hunderte unterschiedliche Cannabinoide, darunter Tetrahydrocannabinol (THC) als psychoaktiven Bestandteil. Weiter kommt auch Cannabidiol (CBD) in der Pflanze vor. Dieser Wirkstoff hat – nach aktuellem Wissensstand – keine psychotrope Wirkung. Er ist mithin nicht psychoaktiv.

Verkehrsfähigkeit von Cannabis

Für die Beurteilung der Verkehrsfähigkeit und teilweise auch für die rechtliche Bewertung der

Zulässigkeit einer Produktwerbung ist die Qualifikation der Erzeugnisse in eine Produktgruppe maßgebend. Als Medizinprodukte der Risikoklasse I werden CBD-Produkte regelmäßig als Öl oder Spray vertrieben. Sofern ein CBD-haltiges Produkt eine pharmakologische Wirkung besitzt, ist es hingegen als Arzneimittel einzustufen. Wird durch die Kennzeichnung oder Bewerbung des Produkts der Eindruck vermittelt, das Produkt besitze eine heilende Wirkung, ist es gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG als sogenanntes Präsentationsarzneimittel einzustufen und mithin ebenfalls Arzneimittel. Nach § 21 AMG dürfen Arzneimittel ohne entsprechende arzneimittelrechtliche Zulassung nicht vertrieben werden. Die Abgabe an einen Patienten bedarf ferner einer Verordnung gemäß Anhang 1 zu § 1 Nr. 1 der Arzneimittelverschreibungsverordnung.

Werbung für CBD-Produkte

CBD kann als Arzneimittel, Medizinprodukt, Lebensmittel, Novel-Food oder Kosmetikum kategorisiert und angeboten werden. Für die Bewerbung solcher Produkte gilt generell: Wenn ein CBD-haltiges Produkt legal auf den Markt gebracht wird, also verkehrsfähig ist, darf es grundsätzlich auch beworben werden. Dennoch bestehen spezialgesetzliche Anforderungen, die den Schutz der angesprochenen Verkehrskreise bezwecken. Werbung für Arzneimittel oder Medizinprodukte ist insbesondere nach dem Heilmittelwerbeengesetz (HWG), für Lebensmitteln vor allem nach dem Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch und für Kosmetika insbesondere nach der europäischen Kosmetik-Verordnung ((EG) 1223/2009) zu beurteilen.

Für jede Bewerbung von CBD – unabhängig von der Produktkategorie – sind zudem die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) relevant und zu beachten.

Heilmittelwerbeengesetz

Insbesondere für die Bewerbung von Arzneimitteln und Medizinprodukten ist mithin das Heilmittelwerbeengesetz („HWG“) zu beachten. Das HWG findet nach § 1 Abs. 1 HWG, grob zusammengefasst, Anwendung auf die Werbung für ein Arzneimittel, ein Medizinprodukt oder andere Mittel, Verfahren, Behandlungen und Gegenstände, soweit sich die Werbeaussagen auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten etc. bezieht. Der Begriff der Werbung im Sinne des HWG ist sehr weit gefasst. Zwar enthält das Gesetz selbst keine Legaldefinition. Von dem Werbebegriff erfasst wird jedoch regelmäßig alles, was der Absatzsteigerung dienen soll. Hierdurch ist nicht nur Werbung im klassischen Sinne gemeint, sondern es müssen beispielsweise auch die Webseite des Unternehmens sowie Social-Media-Auftritte am Maßstab des HWG gemessen werden. Für eine Werbung im Sinne des HWG muss zudem stets ein Produktbezug gegeben sein, eine reine Imagewerbung fällt hingegen nicht in den gesetzlichen Anwendungsbereich. Die Grenzen sind hierbei jedoch zum Teil schwierig abzugrenzen und bedürfen einer Bewertung im Einzelfall.

Die §§ 3-13 HWG enthalten verschiedene Verbote von speziellen Werbeformen bzw. Inhalten von Werbung sowie inhaltliche Anforderungen an die Werbung selbst. Im Rahmen der Werbung für CBD-Artikel sind vor allem die §§ 3, 3a und § 11 HWG zu berücksichtigen.

§ 3 HWG verbietet irreführende Produktbezeichnungen und –angaben. Eine Irreführung wird hiernach unter anderem angenommen, wenn dem Produkt eine Wirkung zugesagt wird, die nicht nachgewiesen ist, wenn der falsche Eindruck erweckt wird, ein Erfolg könne sicher

eintreten oder, wenn unwahre Angaben über das Produkt beziehungsweise den Hersteller getroffen werden. Ferner ist die Werbung für Indikationen außerhalb des zugelassenen Anwendungsbereichs verboten. Eine Wirkung darf nur dann angepriesen werden, wenn sie wissenschaftlich in einer klinischen Studie nachgewiesen werden konnte. Erforderlich ist ein entsprechender Beleg nach aktuellem medizinischen Kenntnisstand. Nach aktuellem Kenntnisstand fehlt es hinsichtlich CBD aber oftmals an wissenschaftlich hinreichenden Nachweisen einer spezifischen Wirksamkeit. Dies führt in der Praxis häufig zu rechtswidrigen Werbeaussagen. § 3a HWG verbietet hingegen eine Werbung für ein Arzneimittel, das nicht zugelassen ist.

In § 11 HWG sind gesetzliche Verbote für die Werbung außerhalb von Fachkreisen geregelt. Untersagt ist beispielsweise nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 Var. 1 HWG eine Werbeaussage, die nahelegt, dass die Gesundheit negativ beeinträchtigt werden könnte, wenn ein Arzneimittel nicht verwendet wird. Zudem darf nach der Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG nicht mit Aussagen von Wissenschaftlern oder Medizinern geworben werden, wenn aufgrund ihrer Bekanntheit der Arzneimittelverbrauch angeregt werden könnte. Die Wiedergabe von Krankheitsgeschichten, wenn durch sie das Risiko einer falschen Selbstdiagnose begünstigt werden kann und missbräuchliche sowie irreführende bildliche Darstellungen von Krankheiten sind nach der Norm des § 11 HWG ebenfalls gesetzlich untersagt. Ferner muss der Werbezweck unmissverständlich zur Geltung kommen und darf nicht irreführend sein. Schließlich ist eine Werbung mit Verlosungen oder Preisausschreiben sowie mit der Abgabe von Mustern, Proben oder Gutscheinen unzulässig. Die Regelungen geltend für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen Gegenstände und andere Mittel. Nach § 11

Abs. 1 S. 2 HWG gelten die Verbote des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 bis 9, 11 und 12 zudem für Medizinprodukte entsprechend. Diese Norm muss somit, jedenfalls teilweise, auch berücksichtigt werden, wenn das CBD-Produkt als Medizinprodukt einzuordnen ist.

Im Gegensatz zu der Werbung mit Heilversprechen finden sich in der Praxis teilweise auch Aussagen, die CBD-haltige Mittel als „Naturprodukte“ anpreisen. Bei diesem Ausdruck handelt es sich zwar um keinen rechtlich geschützten Begriff. Auch bei solchen Formulierungen ist mangels gesicherter medizinischer Erkenntnisse sowie der Gefahr der Erzeugung des Eindrucks, dass der Konsum der Produkte vollkommen unbedenklich ist, jedoch in rechtlicher Hinsicht regelmäßig ebenfalls Vorsicht geboten.

Rechtsprechung

Mit der Bewerbung von CBD-Produkten haben sich in jüngster Zeit bereits verschiedene Gerichte beschäftigt. So hat das OLG Düsseldorf (Urteil vom 02.08.2018 – 15 U 21/18) den Vertrieb eines CBD-Extrakts in Tropfenform als Präsentationsarzneimittel eingestuft und den weiteren Vertrieb untersagt, weil der Hersteller mit einer Beseitigung oder Verminderung körperlicher Beschwerden warb. Das LG Essen (Urteil vom 17.06.2021 – 43 O 72/20) erklärte eine Werbung für eine CBD-haltige Flüssigkeit, die in Vaporisatoren eingesetzt werden kann, mit der Aussage *"Wussten Sie, dass man mittels gesundem Vaporisieren von CBD vom schädlichen Zigarettenrauchen loskommen kann?"*, für gesundheitsbezogen. Da die erforderlichen wissenschaftlichen Belege von dem Werbenden nicht vorgelegt werden konnten, nahm das Gericht einen Verstoß gegen das Verbot der irreführenden Werbung gemäß § 3 S. 1 HWG an. In diese Rechtsprechung reiht sich eine Entscheidung des LG Hannover (Urteil

vom 24.11.2021 – 23 O 17/21). Die Werbung für ein CBD-Öl, das als kosmetisches Produkt angeboten wurde und seiner Bewerbung nach entzündungshemmende, krampflösende und schmerzlindernde Wirkung haben sollte, wurde von dem Gericht als Verstoß gegen § 3a HWG und 21 AMG eingeordnet und war somit ebenfalls rechtswidrig.

Folgen rechtswidriger Werbung

Bei Verstößen gegen das Verbot der irreführenden Werbung aus § 3 HWG drohen strafrechtliche Konsequenzen. Nach § 14 HWG ist dies mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe belegt. § 15 HWG enthält daneben einen umfangreichen Katalog von Ordnungswidrigkeiten. So werden beispielsweise nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 8 HWG Verstöße gegen §§ 3a, 11 HWG als Ordnungswidrigkeiten geahndet. Es drohen nach § 11 Abs. 3 HWG Bußgelder bis zu 50.000 EUR. Schließlich drohen bei einem Verstoß gegen das HWG sowie UWG insbesondere Abmahnungen von Mitbewerbern und Wettbewerbsverbänden vor allem gemäß §§ 8 Abs. 1, 3, 3a UWG i.V.m. der jeweiligen Regelung des HWG (sog. Vorsprung durch Rechtsbruch). Hierbei geht es in der Sache zumeist um Unterlassungsforderungen, teilweise wird auch Schadensersatz gefordert.

Empfehlungen für die Praxis

Insbesondere vor dem Hintergrund des ordnungs- und strafrechtlichen Risikos aber auch aufgrund drohender Abmahnungen empfiehlt es sich für Hersteller sowie Händler von CBD-Produkten dringend, die eigenen Werbeaussagen genauestens zu überprüfen bzw. rechtlich prüfen zu lassen. Bei Aussagen mit einem Gesundheitsbezug ist vor allem darauf zu achten, medizinische Nachweise mit klinischen Studien als Beleg der inhaltlichen Richtigkeit der Werbeaussage vorlegen zu können. Zudem gilt: auch Disclaimer oder gezielt gewählte schwammige Aussagen über eine „nur mögliche Wirkung“ schützen nicht sicher vor rechtlichen Konsequenzen. Es ist stets eine rechtliche Bewertung im Einzelfall erforderlich.

Gerne unterstützen wir Sie bei der rechtssicheren Ausgestaltung Ihrer Werbung sowie Beratung im Zusammenhang mit Ihrem CBD-Produkt. Kommen Sie bei Fragen gerne jederzeit auf uns zu.

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autorin Maren Freymuth unter +49 221 33660-284 oder mfreyath@goerg.de an. Informationen zur Autorin finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30
882715-0

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221
33660-80

FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am
Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69
170000-27

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 Mün-
chen
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89
3090667-90

HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40
500360-99