

Wettbewerbsrecht für Einhörner und andere Fabelwesen

Ein kurzer Beitrag zur Lebensmittelsicherheit

Von Diplom-Jurist **Sascha Sebastian**, M.mel., Halle (Saale)*

I. Einleitung

Einhornschokolade, Einhornkäse, Einhornbratwurst – die schiere Anzahl unterschiedlicher Einhornprodukte sollte Tiereschützern eigentlich Anlass geben, sich über den Bestand der Fabelwesen zu sorgen. Doch kommt die Antwort auf diese zunehmende Verbreitung von Einhornprodukten nicht etwa von diesen, sondern von einem Wiesbadner Eishersteller. Dieser wirbt damit, dass seine Produkte nicht nur „bio“, „vegan“, „glutenfrei“ und „fairtrade“ sind, sondern dass sie zudem nicht an Einhörnern getestet wurden: Öffnet man nämlich den Deckel eines Eisbechers des Unternehmens, so ist auf der darunterliegenden Folie ein von Glitzer umgebenes Exemplar des Fabelwesens abgebildet. Darüber befindet sich der Satz „not tested on“; darunter ein blau hinterlegter Kreis mit der Inschrift „unicorn friendly“. Die entsprechende Abbildung wird vom Unternehmen unter den hauseigenen Hashtags auch zu Werbezwecken in den verschiedenen sozialen Netzwerken verwendet.

Nun bestehen keine Zweifel daran, dass die entsprechenden Produkte in der Tat nicht an Einhörnern getestet wurden. Und doch verschweigt der Hinweis auf die Einhornfreundlichkeit der Eiscreme eine Information, die möglicherweise für den europäischen Verbraucherschutz von Bedeutung ist. Doch der Reihe nach:

II. Das Einhorn als Fabelwesen

Geschichten über Aussehen und Lebensweise des Einhorns erzählt man sich in Europa bereits seit der Antike.¹ Und auch wenn es heute als Fabelwesen gilt, als edelstes aller Fabelwesen, um genau zu sein, finden sich die frühesten Darstellungen zumeist in zoologischen Schriften:²

„In Indien gibt es wilde Esel, die den Pferden gleich, nur größer sind; der Leib ist weiss, der Kopf purpurroth, die Augen dunkelblau; auf der Stirne haben sie ein Horn von der Länge einer Elle [...]. [Sein] Sprungbein [...] gleicht dem eines Ochsen an Gestalt und Grösse; es ist schwer

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht von Prof. Dr. Malte Stieper (GRUR-Stiftungsprofessur) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Vgl. bspw. *Aristoteles*, *Historia animalium*, Buch II. 6 (499b). Eine ausführliche Darstellung der historischen Beschreibungen findet sich auch bei v. Müller, *Das Einhorn vom geschichtlichen und naturwissenschaftlichen Standpunkte betrachtet*, 1853, S. 19 ff.

² Das Werk *Indiká* von *Ktesias v. Knidos*, auf den sich die meisten Beschreibungen im antiken Griechenland zurückführen lassen, ist zwar als historisches Werk angelegt, allerdings mit märchenhaften Ausschmückungen, die eine klare Trennung von Mythos und Empirie nicht immer einfach machen, vgl. *Lendle*, *Einführung in die griechische Geschichtsschreibung*, 1992, S. 272 f. und v. Müller (Fn. 1), S. 19 ff.

wie Blei, von der Farbe des Mennig in seinem ganzen Umfange.“

In der Mythologie der Antike spielte das Einhorn unterdessen keine Rolle.³ Vielmehr schien man von der Existenz des Tieres überzeugt zu sein. Anders lässt es sich nicht erklären, dass Erzählungen über Einhörner stets auch auf seinen Nutzen zur Gewinnung von Nahrungs- bzw. Heilmitteln hinweisen. So folgen auf das vorstehende Zitat von *Ktesias v. Knidos* folgende Hinweise:

„Abgefeilte Theilchen [des Horns] werden in einen Trank gethan und sind ein Schutzmittel gegen tödliche Stoffe (Gifte); [...]. Diejenigen nun, welche aus den aus diesem Horne gefertigten Bechern trinken, werden von keinen Krämpfen, noch von der [Epilepsie] befallen. Aber auch Gifte wirken nicht auf sie, weder wenn sie dieselben vor, noch wenn sie sie nach Wein oder Wasser oder anderen Stoffen trinken.“

Doch nicht nur die antitoxische Wirkung des Horns wurde – bis weit über die Antike hinaus – in Büchern über die Heilkunst betont.⁴ Auch der Pest, dem Aussatz und anderen Krankheiten sollen verschiedene Teile des Tieres vorbeugen und selbst eine Immunität gegen Feuer sei möglich.⁵

„Die Leber wird gegen Aussatz und ähnliche Leiden angewandt; ein aus der Haut geschnittener Gürtel schützt gegen Pest und Fieber. Ein unter das Ess- oder Trinkgeschirr gelegter Huf lässt bei warmen Speisen oder Getränken durch Heisswerden, bei kalten durch Hauchen erkennen, ob Gift beigemischt ist.“⁶

Über den Nutzen des Einhorns im Hinblick auf vorklinische Studien, also seine Verwendung als Versuchstier, ist – soweit ersichtlich – nichts überliefert. Das mag freilich mit dem Alter der meisten grundlegenden Schriften zur Jagd und Verwendung des Einhorns zusammenhängen oder aber mit einer Erkenntnis, die *Immanuel Kant* durchaus prägnant formulierte:⁷

³ *Bloch*, in: *Der Neue Pauly – Enzyklopädie der Antike*, 2006, Stichwort: Einhorn: „Das [Einhorn] spielte keine Rolle in der griech.-röm. Myth. [...]. Nachrichten von einhörnigen Tieren sind jedoch häufiger [...]. Hauptquelle hierfür war *Ktesias v. Knidos*, der als erster [...] ausführlich einen fabelhaften einhörnigen Wildesel beschrieb.“

⁴ *Schmidt/Schmidt*, *Die vergessene Bildersprache christlicher Kunst*, 1981, S. 47.

⁵ *Gesner*, *Thierbuch*, 1669/1995, S. 77; *Müller*, (Fn. 1), S. 20.

⁶ v. *Bingen*, *Physica, De Animalibus*, Kap. 5.

⁷ *Kant*, *Der einzig mögliche Beweisgrund zu einer Demonstration des Daseins Gottes*, 1762, Erste Abteilung 2.

„dem Seeinhorn [gemeint ist der Narwal] kommt die Existenz zu, dem Landeinhorn nicht.“

Es kann daher heute – den dargestellten „Überlieferungen“ zum Trotz – wohl als gesichert gelten, dass Einhörner nicht existieren. Die Beschreibung der äußeren Merkmale nahm ihren Ursprung vermutlich mit der Fehlinterpretation zweidimensionaler Wandreliefs, auf denen Antilopen von der Seite dargestellt wurden.⁸ Auch Tiere mit morphologischen Anomalien mögen bei der Entstehung des Mythos eine Rolle gespielt haben, bevor er ein Eigenleben entwickelte.⁹ Und dieses Eigenleben war beachtlich. So mutmaßt *Umberto Eco*, dass sich viele „Einhornsichtungen“ damit erklären lassen, dass Abenteurer aufgrund bekannter Erzählungen auf ihren Reisen unbedingt ein Einhorn sehen wollten; dass die Tiere, dass sie dann sahen bzw. von denen ihnen berichtet wurde, tatsächlich welche waren, belegt das freilich nicht.¹⁰ Auch dauerte es bis ins Jahr 1779, ehe bemerkt wurde, dass die Verwendung des Wortes „Einhorn“ in der Bibel ein Übersetzungsfehler war und stattdessen wohl ein Wildstier oder Auerochse gemeint war.¹¹ Schließlich wird die Verbreitung von Narwalzähnen als Einhorn-Horn ihr übriges zur Verfestigung des Mythos beigetragen haben, wie das soeben erwähnte *Kant*-Zitat jedenfalls andeutet.

Auch wenn letzte Zweifel sicher nicht beseitigt werden können, soll in Anbetracht der Faktenlage für die weitere Untersuchung davon ausgegangen werden, dass es Einhörner in der eingangs beschriebenen Form nicht gibt.

III. Die Wettbewerbsrechtliche Relevanz der „Einhornfreundlichkeit“ eines Lebensmittels

Wenn der Hersteller oder Vertreibende eines Lebensmittels nun behauptet, dass seine Ware nicht an einem Tier getestet wurde, das es nicht gibt, dann erzählt er die Wahrheit. Das Problem mit dieser Wahrheit ist jedoch, dass sie selbstverständlich ist. Denn wenn es keine Einhörner gibt, kann auch kein Lebensmittel, das sich momentan auf dem europäischen Markt befindet, an ihnen getestet worden sein. Das gilt für Einhörner, doch wäre es für Drache, Hippogryph, Phönix, Wolpertinger und Greif nicht anders zu beurteilen.

⁸ *van der Geer*, *Animals in stone*, 2008, S. 112-114. Vgl. insbesondere die Abbildungen bei *Vajracharya*, *EJVS* 2010, 135 (136).

⁹ Morphologische Anomalien sind Form und Strukturabweichungen des Körpers oder von Körperteilen, die über die normale Variationsbreite hinausgehen, vgl. *Sitzmann*, *Pädiatrie*, 3. Aufl. 2007, S. 129; sie kann in Form eines fehlgebildeten Horns bei einem Reh auftreten: siehe z.B. den Bericht von Spiegel online v. 11.6.2008, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wissenschaft/natur/wundersames-tier-einhorn-verzueckt-italien-a-559062.html> (13.11.2017).

¹⁰ *Eco*, *Die Geschichte der legendären Länder und Städte*, 2013, S. 109.

¹¹ *Sander*, *Kleine Schriften*, Bd. 1, 1779, S. 101 f.; *Müller*, (Fn. 1), S. 4 ff.

1. Die Werbung mit Selbstverständlichkeiten

Die Frage, inwiefern es erlaubt ist, Eigenschaften hervorzuheben, obwohl alle Lebensmittel auf dem Markt dieselben Eigenschaften ausweisen, ist heute einheitlich für die Union in Art. 7 der VO (EU) 1169/2011 (Lebensmittelinformationsverordnung – LMIV) geregelt. § 11 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB) beschränkt sich insofern auf einen entsprechenden Verweis. In teleologischer Hinsicht ist zu beachten, dass der LMIV als Teil des europäischen Lauterkeitsrechts vor allem eine Verbraucherschützende Funktion zukommt.¹² Besonders deutlich wird dies beim hier – möglicherweise – einschlägigen Art. 7 Abs. 1 lit. c LMIV, der den Verantwortlichen (Art. 8 LMIV) aufgibt:

„Informationen über Lebensmittel dürfen nicht irreführend sein, insbesondere [...] indem zu verstehen gegeben wird, dass sich das Lebensmittel durch besondere Merkmale auszeichnet, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Merkmale aufweisen [...]“

Dass es sich auch bei veganem Speiseeis um ein Lebensmittel handelt, sollte dabei außer Frage stehen.¹³ Ungleich problematischer ist die Frage, inwiefern es sich bei der „Einhornfreundlichkeit“ des Lebensmittels um eine „Information“ über dieses handelt, die dem Verbraucher zu verstehen gibt, dass ein „besonderes Merkmal“ die Ware „auszeichne“.

a) Ist die „Einhornfreundlichkeit“ eine Lebensmittelinformation?

Der Begriff „Information über Lebensmittel“ ist in Art. 2 Abs. 2 lit. a LMIV legaldefiniert als „jede Information, die ein Lebensmittel betrifft und dem Endverbraucher durch ein Etikett, sonstiges Begleitmaterial oder in anderer Form, einschließlich über moderne technologische Mittel oder mündlich, zur Verfügung gestellt wird“. Zusätzlich ist Art. 7 Abs. 4 LMIV zu beachten, der für Verbote in Art. 7 Abs. 1-3 LMIV auch die „Werbung“ für und die „Aufmachung“ des Lebensmittels in die Betrachtung einzieht, was allerdings in den wenigsten Fällen über den schon sehr weiten Begriff der Information hinausgehen wird.¹⁴

An dieser Stelle könnte man nun kritisieren, dass der Begriff Information mit sich selbst „definiert“ wird. Das ist aufgrund des Satzes der Selbstidentität der Dinge zwar eine wahre Aussage – eine Information ist in der Tat eine Information – doch ist der mit ihr verbundene Erkenntnisgewinn gering.¹⁵ Das wirft jedoch die Frage auf, welchen Erklärungswert die Aussage hat, dass etwas nicht stattgefunden habe (Lebensmittelversuche an Einhörnern), was in der Realität

¹² Erwägungsgründe 5, 20 und 26 der VO (EU) 1169/2011 (Lebensmittelinformationsverordnung).

¹³ Zur Definition des Begriffes Art. 2 S. 1 VO (EG) 178/2002 (Lebensmittel-Basis-Verordnung).

¹⁴ Hierzu insbes. das Beispiel bei *Grube*, in: *Voit/Grube*, *Kommentar zur Lebensmittelinformationsverordnung*, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 309.

¹⁵ *Pleger*, *Widerspruch – Identität – Praxis*, 1986, S. 15 ff.

nicht stattgefunden haben kann. Der BGH hat im Bereich des Insiderrechts den Begriff der Information (richtlinienkonform) dahingehend ausgelegt, dass dieser einen Drittbezug, also einen Bezug zur Außenwelt aufweisen müsse.¹⁶ Nun gibt es in der Außenwelt keine Einhörner, sodass der Drittbezug hier fraglich erschiene.

Letztlich wird man die Frage aber anhand der vorliegenden Verordnung entscheiden müssen. Diese soll – im Sinne des Verbraucherschutzes – weit ausgelegt werden und erfasst in Art. 7 LMIV sowohl wahre, als auch unwahre sowie selbstverständliche Informationen über das Lebensmittel. Die in ihrer Weite geradezu zirkuläre „Definition“ des Begriffes der Information in Art. 2 LMIV bestätigt diesen Befund. Zentrales Merkmal für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit – und damit der Richtige Ort für den Einwand, dass es keine Einhörner gibt – ist folglich die Eignung der Information zur Irreführung des Verbrauchers (dazu sogleich).

Dementsprechend gilt, dass die Mitteilung, dass das Eis nicht an Einhörnern getestet wurde, eine auf das Produkt selbst – namentlich auf den Entwicklungs- bzw. Herstellungsprozess – bezogene (wahre) Aussage und dementsprechend eine Information im Sinne der Verordnung ist.

Problematisch könnte jedoch sein, dass man zunächst den Deckel entfernen muss, um den Hinweis zu sehen, er auf dem Produkt selbst also gewissermaßen „versteckt“ ist. Allerdings kann der Deckel – anders als bei anderen Eissorten – abgenommen werden, ohne ihn oder die Verpackung zu beschädigen. Es liegt daher jedenfalls nicht fern, dass ein Verbraucher das Bild auf der darunterliegenden Folie sieht und seine Kaufentscheidung darauf basiert. Lässt man dies nicht ausreichen, so muss auf die Werbung verwiesen werden, die der Hersteller mit dem Bild in den sozialen Medien macht.

b) Wie wichtig sind glückliche Einhörner für das Produkt: das „besondere Merkmal“

Auch bei den „besonderen Merkmalen“ genügt die Produktbezogenheit, sodass sie nicht notwendig der Ware selbst innewohnen müssen; um „besonders“ zu sein, ist es jedoch erforderlich, dass sie in besonderer Weise (werbend) hervorgehoben werden.¹⁷

Der Hinweis auf die „Einhornfreundlichkeit“ des Produktes ist der bei Weitem größte Hinweis auf der Verpackung und der Einzige, der mit einem Bild – demjenigen eines Einhorns – untermalt wird.¹⁸ Auch wenn er erst nach Entfernen des Deckels – allerdings vor dem Öffnen der Verpackung – sichtbar wird, fordert er den Käufer durch Nennung gleich mehrerer Hashtags zur Verbreitung, also zur Werbung auf. Normalerweise dürfte die Entscheidung, ein Produkt ein weiteres Mal zu kaufen nicht wettbewerbsrechtlich schützens-

wert sein, da ein bestimmter Herstellungsprozess jedoch nicht dem Lebensmittel selbst innewohnt, ist das hier anders. In diesem Fall geht es gleichsam um das Gefühl „etwas Gutes zu tun“, auch wenn man die Werbung mit der „Einhornfreundlichkeit“ des Produktes erst nach dem (ersten) Kauf wahrnimmt. Es passt zudem ins Bild des besonders umwelt- und naturschonend hergestellten Eises. Im Hinblick auf das Ziel der Verordnung, ein umfassendes Lebensmittelinformationsrecht zum Zwecke des Verbraucherschutzes zu etablieren,¹⁹ muss man daher hier zu dem Ergebnis kommen, dass es sich nicht lediglich um einen Hinweis von untergeordneter Bedeutung handelt, sondern in der Tat um den Hinweis auf ein Merkmal, dass gerade dieses Produkt gegenüber anderen vergleichbaren Produkten auszeichnet und zum Kauf anregen soll.

c) Glückliche Einhörner und das europäische Verbraucherleitbild

Die für eine Unzulässigkeit der Werbung zentrale Frage ist jedoch, inwiefern der Hinweis für die Verbraucher irreführend ist. Dass er der Wahrheit entspricht, spielt dabei zunächst keine Rolle, denn solche Fälle soll Art. 7 Abs. 1 lit. c LMIV ja gerade erfassen.²⁰

Eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung liegt vielmehr dann vor, wenn die Information auf dem Lebensmittel zur Täuschung des Verbrauchers geeignet ist.²¹ Es darf dementsprechend nicht ausgeschlossen sein, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine unrichtige Vorstellung über das Produkt geweckt wird.²² Für die Beurteilung selbst ist dabei – da es sich um europäisches Recht handelt – das europäische Verbraucherleitbild zugrundezulegen. Mit dem EuGH ist dementsprechend von einem „normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ auszugehen.²³

Auf den Fall gewendet wird man daher davon ausgehen können, dass den meisten Verbrauchern bewusst sein dürfte, dass es sich bei Einhörnern in der auf dem Eis dargestellten Form nicht um real existierende Lebewesen handelt. Das ist wichtig. Denn es wäre durchaus denkbar damit zu werben, dass es bei der Herstellung eines Lebensmittels nicht zu Tests an einer realen Tiergattung kam, die jedoch – was verschwiegen wird – generell nicht für Tierversuche genutzt wird. Die Werbung mit „otter-“ oder „krokodilfreundlicher“ Ware

¹⁹ Grube (Fn. 14), Art. 7 Rn. 1.

²⁰ Vgl. Meyer, in: Meyer/Strein, Kommentar zum LFGB, zur BasisVO und HCVO, 2. Aufl. 2012, § 11 LFGB Rn. 110.

²¹ EuGH ZLR 1995, 667 ff. (Sauce Hollandaise/Sauce Béarnaise); VGH München LMRR 2000, 30 ff.; OLG Zweibrücken LMRR 2011, 61 ff.

²² OLG Karlsruhe LMRR 2012, 11 ff.

²³ EuGH NJW 1998, 3183 ff. (6-Korn-Eier); EuGH GRUR 2007, 69 (75 Rn. 78) – Lidl Belgium; EuGH GRUR 2011, 159 (162 Rn. 47) – Lidl/Vierzon; EuGH GRUR 2011, 930 (931 Rn. 23) – Ving Sverige AB; EuGH GRUR 2015, 701 (702 Rn. 36) – Teekanne. Weiterführend: Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 2 Rn. 116.

¹⁶ BGHSt 48, 373 (378); vgl. auch Weber, NJW 2000, 562 (563) und Petersen, wistra 1999, 328 (330 f.).

¹⁷ Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 167. Lfg., Stand: Juli 2017, Art. 7 LMIV Rn. 363.

¹⁸ Rathke (Fn. 17), Art. 7 LMIV Rn. 363: „Entscheidend ist in diesen Fällen die besondere Hervorhebung. Sie kann sprachlich, bildlich oder auch durch andere Umstände der Aufmachung erfolgen [...]“.

könnte dementsprechend sehr wohl dem Tatbestand des Art. 7 Abs. 1 lit. c LMIV unterfallen.

Für Einhörner gilt dies jedoch nicht und das Wissen um die Nichtexistenz des Fabelwesens sollte weit genug verbreitet sein, um hier keine Ausnahme machen zu müssen. Soweit dies für Teile der Bevölkerung nicht gilt, dürften diese nicht statistisch signifikant bzw. die Werbung jedenfalls nicht spezifisch an sie adressiert sein.²⁴

2. Zwischenergebnis

Eine Eignung zur Irreführung ist dementsprechend abzulehnen. Die Information wird dabei zweifellos in einigen Fällen Einfluss auf das Kaufverhalten der Verbraucher nehmen, wie es vom Hersteller auch intendiert ist, doch geschieht dies nicht auf Grundlage einer Irreführung, sondern in Anerkennung einer gelungenen Marketingkampagne.

IV. Exkurs: Der Unterschied zwischen Liebe und dem Wohlbefinden eines Einhorns

Aus lebensmittelrechtlicher Sicht sei abschließend darauf hingewiesen, dass der Fall der „einhornfreundlichen“ Eiscreme vom mit „Liebe“ gebrauten Bier einer Chemnitzer Brauerei zu unterscheiden ist.²⁵

Dort ging es darum „Liebe“ in die Zutatenliste aufzunehmen, was die damals maßgebliche Lebensmittelkennzeichnungsverordnung (LMKV) nicht zuließ.²⁶ Das war konsequent, denn hier besteht (abstrakt) die Gefahr, dass die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf die überflüssigen Informationen gelenkt wird, statt auf jene, die zu seinem Schutz angeführt werden müssen. Der Zusatz „Liebe“ mag daher gut gemeint sein, ist aus Verbrauchersicht aber bedenklich. Dementsprechend könnte bspw. auch eine „Einhornbratwurst“ im Zutatenverzeichnis nicht etwa „Einhornessenz“ ausweisen.

V. Schlussbetrachtung

Anders liegt es, wie gezeigt, bei der Deklaration der „Einhornfreundlichkeit“. Ein Lebensmittel darf damit beworben werden, dass bei seiner Herstellung keine Einhörner oder andere Fabelwesen zu Schaden gekommen sind. Eine Irreführung scheint bei realistischer Betrachtung ausgeschlossen, da das europäische Verbraucherleitbild den Rechtsanwender dazu zwingt, von einem Volk von Einhorn-Atheisten auszugehen. Recht und Mythologie scheinen hier gewissermaßen inkompatibel.

²⁴ Auch wenn es hierzu freilich keine gesicherten Statistiken gibt, dürfte der Anteil an der gesamten Verbraucherbasis deutlich unter den von der früheren – strengeren – Rechtsprechung geforderten 10-15 % liegen. Letzte Gewissheit müsste hier freilich durch eine groß angelegte Studie geschaffen werden, vgl. *Rathke* (Fn. 17), Art. 7 LMIV Rn. 17.

²⁵ Abrufbar unter:

<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/liebe-als-zutat-im-bier-lebensmittel-verbraucherschutz/> (13.11.2017)

²⁶ Heute ergäbe sich die Unzulässigkeit aus Art. 13 i.V.m. Art. 18 LMIV und Anhang VII.