



## Themenschwerpunkt: Produktabgrenzung (Stand: 18.03.2016)

### Positionspapier der FNMD e.V.

zur "Stellungnahme (Nr. 01/2014) der Gemeinsamen Expertenkommission BVL/BfArM zur Einstufung bestimmter Vitalpilzprodukte (hier: *Cordyceps sinensis*, *Coriolus versicolor* und *Ganoderma lucidum*)"

#### 1 ZUR FNMD E.V.

Die "Federation of Nutritional Mushroom Distributors e.V. (FNMD)" wurde im Sommer 2015 in München von Mitgliedern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz gegründet und vertritt die gemeinsamen Interessen von Vertreibern von Nahrungspilzprodukten gegenüber den nationalen und europäischen Institutionen und Gesetzgebungsorganen. Sie setzt sich dabei insbesondere dafür ein, die rechtlichen Rahmenbedingungen speziell für den Einsatz von ausgefalleneren Pilzen zur Nahrungsergänzung positiv zu verändern und deren europaweiten Vertrieb rechtssicherer zu gestalten.

#### 2 ZUM INHALT DER STELLUNGNAHME DER GEMEINSAMEN EXPERTENKOMMISSION

Die Gemeinsame Expertenkommission BVL/BfArM (nachfolgend "Gemeinsame Expertenkommission"), welche die deutschen Überwachungsbehörden in Abgrenzungsentscheidungen zwischen Arznei- und Lebensmitteln gutachterlich unterstützen soll, hat sich in ihrer ersten Stellungnahme mit den drei Vitalpilzarten *Cordyceps sinensis* (nachfolgend "Cordyceps"), *Coriolus versicolor* (nachfolgend "Coriolus") und *Ganoderma lucidum* (nachfolgend "Reishi") befasst. Die Stellungnahme ist im Volltext [hier](#) abrufbar.

Die Gemeinsame Expertenkommission vertritt darin zu Zubereitungen aus diesen drei Pilzarten, die als Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel vertrieben werden, die nachfolgenden Thesen:

Zubereitungen aus diesen Pilzen wiesen eine **medizinische Zweckbestimmung** auf und wecken daher eine **therapeutische Verbrauchererwartung**, sofern **die Pilze als wesentlicher Bestandteil erkennbar seien**. Das gilt für Produkte, die **ohne weitere Aufmachung (ohne Bewerbung, Anwendungshinweise)** in den Verkehr gebracht werden, da die Verbrauchererwartung maßgeblich durch die zahlreichen Internetbeiträge mit arzneilicher Zweckbestimmung geprägt werde. Diese seien daher aufgrund der ausschließlichen Verwendung und bestehenden Verkehrsauffassung als "Naturarzneimittel" auch **ohne eine explizite arzneiliche Auslobung** und **unter Berücksichtigung aller weiteren Merkmale** des jeweiligen Produktes im Einzelfall als **Präsentationsarzneimittel** gemäß § 2 Abs.1 Nr.1 AMG anzusehen.

#### 3 ZUR KRITIK AN DER STELLUNGNAHME DER EXPERTENKOMMISSION

Die Auffassung der Expertenkommission zur Einstufung von korrekt gekennzeichneten und auf der Verpackung nicht beworbenen Produkten, die aus Zubereitungen der drei Vitalpilze Cordyceps, Coriolus und Reishi bestehen, ist **rechtlich nicht vertretbar**. Sie ignoriert die **ständige Rechtsprechung des EuGH, BGH, BVerwG und der relevanten Oberverwaltungsgerichte (z.B. OVG NRW, VGH Baden-Württemberg, OVG Lüneburg)** zur

**Einstufung von Produkten als Präsentationsarzneimittel.** Hierzu im Einzelnen:

- 3.1 **Ein Produkt** erfüllt nach der ständigen Rechtsprechung **nur dann** die Voraussetzung als Präsentationsarzneimittel, wenn es entweder (selbst) ausdrücklich als ein solches Mittel bezeichnet wird oder aber sonst beim Verbraucher auch nur schlüssig, aber mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass es **in Anbetracht seiner Aufmachung die betreffenden Eigenschaften haben müsse**<sup>1</sup>, z.B. weil damit aus geschäftspolitischen Gründen eine **Ähnlichkeit des Erzeugnisses** mit einem Arzneimittel angestrebt wird.<sup>2</sup>
- 3.2 Ein Erzeugnis kann nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit dann als Arzneimittel nach der Präsentation angesehen werden, wenn es infolge seiner Form und seiner Aufmachung einem Arzneimittel genügend ähnele und **wenn insbesondere seine Verpackung (!) und sein Beipackzettel (!) einen Hinweis auf Forschungen pharmazeutischer Laboratorien, auf von Ärzten entwickelte Methoden oder Stoffe oder auch auf bestimmte Zeugnisse von Ärzten zugunsten der Eigenschaften des Erzeugnisses enthielten.**<sup>3</sup> Die äußere Form eines Erzeugnisses (z.B. die auch für Nahrungsergänzungsmittel typische Kapsel- oder Tablettenform) ist dafür allein **kein ausschlaggebendes Indiz.**<sup>4</sup>
- 3.3 Überdies kommt es auch nach ständiger deutscher Rechtsprechung stets auf den **Gesamteindruck** an<sup>5</sup>, den die durchschnittlich informierte Abnehmerschaft aufgrund
- der **Produktaufmachung** (z.B. Kennzeichnung, werbliche Auslobung),
  - des **gesamten Erscheinungsbilds des Erzeugnisses** (u.a. auch stoffliche Zusammensetzung) sowie
  - auch aufgrund einer Vorprägung ihres Verbraucherverständnisses (z.B. durch das **Produktumfeld**, die Auffassung der ernährungsmedizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft) erhält<sup>6</sup>
- 3.4 Wie der BGH regelmäßig betont, wird ein verständiger Durchschnittsverbraucher im Allgemeinen nicht annehmen, dass ein als Nahrungsergänzungsmittel angebotenes Produkt tatsächlich ein Arzneimittel sei, wenn es in der empfohlenen Dosierung **keine pharmakologischen Wirkungen** habe.<sup>7</sup> Für ein arzneimittelartiges „Erscheinungsbild“<sup>8</sup> reicht es auch nicht aus, dass einem Produkt nach allgemeiner Verkehrsanschauung allgemein gesundheitsbezogene Wirkungen zugeschrieben werden. Vielmehr wird ein Produkt nur dann als Arzneimittel „präsentiert“, wenn es **auf dem Etikett, durch die Angaben auf der Verpackung** oder in **sonstiger Weise den Eindruck erweckt**, dass es Eigenschaften zur Heilung oder zur Verhütung von menschlichen Krankheiten besitzt.<sup>9</sup> Dass die **bloße Wiedergabe des Fotos einer Pflanze** (bzw. entsprechend auch eines Pilzes) auf der

<sup>1</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 30.11.1983, Rs. 227/82 – van Bennekom; BVerwG, Urteil vom 26.05.2009, Az: 3 C 5. 09, Rn. 21; EuGH, Urte. v. 15.11.2007 - C-319/05, Rn. 46 – Knoblauchkapseln

<sup>2</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.1991, Rs. C-60/89, Rn. 24 - Monteil und Samanni

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 21. März 1991, Rs. C-369/88, Rn. 41 - Delattre

<sup>4</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rn. 53 – Knoblauchkapseln

<sup>5</sup> Dies verkennt auch die Gemeinsame Expertenkommission in der Stellungnahme Vitalpilze, S. 10 m.w.N. nicht

<sup>6</sup> so BGH, GRUR 2003, 631, 632 – L-Glutamin; OLG Köln, LMuR 2008, 100, 101 – Donaprevent

<sup>7</sup> vgl. BGH, Urteile vom 10. Februar 2000, Az: I ZR 97/98, ZLR 2000, 375 = LRE 38, 157 und BGH, Urteil vom 11. Juli 2002, Az: I ZR 273/99 – ZLR 2002, 660 = LRE 44, 253

<sup>8</sup> So Rennert, NVwZ 2008, 1179

<sup>9</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rn. 45 und 64

Verpackung eines Erzeugnisses nicht genügt, um bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher ein Vertrauen wie dasjenige hervorzurufen, das Arzneimittel normalerweise erwecken, hat der EuGH im Übrigen bereits ausdrücklich entschieden.<sup>10</sup>

- 3.5 Im deutschen (und europäischen) Markt selbst werden Produkte aus den drei Vitalpilzen Coriolus, Cordyceps und Reishi **bisher ausschließlich als Nahrungsergänzungsmittel bzw. Lebensmittel vertrieben**. Zu keiner Zeit wurden diese Produkte als Arzneimittel vertrieben bzw. werden dies angesichts eines (auch nach Auffassung der Gemeinsamen Expertenkommission) bisher fehlenden wissenschaftlichen Nachweises für eine sog. pharmakologische Wirkung auch in Zukunft aus funktionellen Gründen nicht (können). Bereits dieser Umstand hat die allgemeine Verkehrsauffassung bislang über Jahrzehnte maßgeblich geprägt. Dem Verbraucher sind entsprechende Vitalpilz-Produkte **nicht als Arzneimittel** bekannt. Es gibt auch keine nach § 109a AMG nachgelassenen Produkte aus Coriolus, Cordyceps oder Reishi, geschweige denn nach § 39a AMG registrierte traditionelle pflanzliche Arzneimittel. Woraus die Gemeinsame Expertenkommission deshalb die ausschließliche Verwendung bzw. Verkehrsauffassung als "Naturarzneimittel" ableiten will, bleibt ihr Geheimnis. Wenn von der Gemeinsamen Expertenkommission vertreten wird, dass sich der BGH zwar mit gesundheitsbezogenen Angaben für Lebensmittel bei Vitalpilzen befasst hat, aber nicht mit deren Abgrenzung zu den Arzneimitteln<sup>11</sup>, dann unterstreicht dies auch noch einmal, dass bei derartigen Produkten die Arzneimitteleigenschaft bisher nie diskutiert bzw. angenommen wurde.
- 3.6 Anzumerken ist, dass es überdies zahlreiche Pflanzen gibt, die dosierungsabhängig entweder als Arznei- oder Lebensmittel vertrieben werden können. Auch das reicht aber nach der Rechtsprechung des EuGH bzw. BGH/BVerwG nicht aus, um daraus dann die unzweifelhafte Einstufung eines eine solche Pflanze bzw. deren Zubereitungen enthaltenen Produktes als Arzneimittel zu begründen.<sup>12</sup> Erst recht nicht kann dann aber für einen **funktionell** nach allgemeiner Auffassung als Arzneimittel gerade **nicht geeignetes Produkt** daraus eine allgemeine Verkehrsauffassung abgeleitet werden, welche genau dies begründen soll.
- 3.7 Hinzu kommt, dass die entsprechenden Vitalpilz-Produkte auch aufgrund ihrer **stofflichen Zusammensetzung nicht arzneimitteltypisch** sind, zumal sie sich in ihrer **konkreten analytischen Zusammensetzung auch nicht wesentlich von der Zusammensetzung anderer (Speise)-pilze** unterscheiden<sup>13</sup>. Die jeweiligen Vitalpilze werden zudem generell auch **nicht unverarbeitet** verwendet, sondern entweder als Pulver vermahlen oder zu einem (wässrigen) Extrakt verarbeitet. Beide Verarbeitungsformen sind durchaus genießbar bzw. auch **schmackhaft**. Insoweit ähneln die **ausschließlich im Markt anzutreffenden Angebotsformen** der entsprechenden Vitalpilz-Produkte derjenigen von Gewürzen oder Teepflanzen.
- 3.8 Nicht jeder "Rohstoff" ist im Übrigen im unverarbeiteten Zustand "genießbar". Auch dies übersieht im Übrigen die Gemeinsame Expertenkommission. Denn niemand würde eine rohe

---

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rn. 50 - Knoblauchkapseln

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rn. 49

<sup>12</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rn. 50 – Knoblauchkapseln; BGH, Urteil vom 14.01.2010, Az: I ZR 138/07- Zimtkapseln; BGH, Urteil vom 01. 07. 2010 - I ZR 19/08; BVerwG, Urteil vom 26. 5. 2009 - 3 C 5/09 – Rot fermentierter Reis

<sup>13</sup> Nachweise hierzu bei Döll, Vitalpilze für ein gesundes Leben, 2012, S. 25 f.; Zhou et al, Int J Med Mushrooms. 2015;17(1):43-9; Kalač, A review of chemical composition and nutritional value of wild-growing and cultivated mushrooms, J Sci Food Agric. 2013 Jan;93(2):209-18; Ulzizjargal/Mau, Nutrient compositions of culinary-medicinal mushroom fruiting bodies and mycelia, Int J Med Mushrooms. 2011;13(4):343-9.

Zimtstange oder eine Vanilleschote als solche verzehren. Kartoffeln können im Rohzustand verzehrt sogar giftig sein und nicht nur Hackfleisch muss aus hygienerechtlichen Gründen zunächst vor dem Verzehr gut durcherhitzt werden. Nicht zuletzt deshalb erkennt auch die europäische Definition des Lebensmittels in Art. 2 BasisVO an, dass dazu "alle Stoffe oder Erzeugnisse gehören, die dazu bestimmt sind und von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in **verarbeiteten**, teilweise versarbeiteten **oder** unverarbeiteten Zustand vom Menschen aufgenommen werden". Ergo ist für die Beurteilung stets auf das zum Verzehr angebotene Lebensmittel abzustellen. Dies hat auch das OLG München ehemals dahingehend wie folgt klargestellt<sup>14</sup>:

"Gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 1 LFGB ist verboten, andere als dem Verbot des Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 vom 28. 1. 2002 (ABl. EG L 31, S. 1) unterliegende Lebensmittel, die für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind, in den Verkehr zu bringen. Erforderlich ist deshalb, dass die von der Beklagten in Verkehr **gebrachten Zubereitungen (!)** für den Verzehr ungeeignet sind. **Ob die Pilze, die als Ausgangsstoffe dienen, ihrerseits für den Verzehr geeignet sind, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts ohne Belang.** Da die Eigenschaften, aus denen das Landgericht unter Berufung auf den Sachverständigen die Verzehr-Ungeeignetheit der Pilze - leder- bzw. korkartige Konsistenz - hergeleitet hat, **bei den von der Beklagten angebotenen Zubereitungen nicht gegeben sind**, können sie deren **Verkehrsunfähigkeit nicht begründen.**"

- 3.9 Soweit Zubereitungen der drei Vitalpilze dagegen auf den **Webseiten unabhängiger Dritter** unzulässig krankheitsbezogen beworben werden, auf welche der jeweilige Vitalpilzvertreiber weder Bezug nimmt, noch Einfluss hat, muss sie sich dies auch **nicht zurechnen lassen**. Danach kann dem Hersteller bzw. Inverkehrbringer eines Produkts die von einem Dritten aus eigenem Antrieb in völliger rechtlicher und tatsächlicher Unabhängigkeit vom Hersteller bzw. Inverkehrbringer verbreiteten Informationen über ein Erzeugnis **nicht zugerechnet** werden, denn der Begriff der „Präsentation“ bezieht sich **zwangsläufig stets allein auf die vom Hersteller vorgegebene Produktaufmachung**.<sup>15</sup> Der EuGH hat hierzu im vorerwähnten Urteil "Ter Voort", bereits ausdrücklich ausgeführt:

"Dagegen stellt die Verbreitung von Informationen über das Erzeugnis, namentlich über seine heilenden oder verhütenden Eigenschaften, **durch einen Dritten, der aus eigenem Antrieb und in völliger - rechtlicher und tatsächlicher - Unabhängigkeit vom Hersteller oder vom Verkäufer handelt**, für sich allein keine "Bezeichnung" i.S. der Richtlinie dar, weil sich daraus **nicht** entnehmen lässt, dass der Hersteller oder der Verkäufer die Erzeugnisse als Arzneimittel in den Verkehr zu bringen beabsichtigt."

Weiter heißt es dort auch:

"Für den Fall, dass die **Veröffentlichung von einem Dritten unabhängig vom Verkauf verbreitet wird**, wird auf Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte Bezug genommen, der sich auf die Freiheit der Meinungsäußerung bezieht. (...) Die in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgte **Meinungsfreiheit** gehört zu den allgemeinen

<sup>14</sup> vgl. Urteil vom 21.01.2010, Az: 29 U 3012/09

<sup>15</sup> vgl. EuGH, Rs. C-219/91, Rn. 31, LMRR 1992, 54 – Ter Voort; Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Verordnung 178/2002, Art. 2, Rn. 67; VGH Mannheim, LMRR 2010, 6 ff.; OVG NRW, ZLR 2006, 339, 345 – „OPC“

Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat (Urteil vom 18. Juni 1991, ERT, a. a. O., Rn. 44). Die **Meinungsfreiheit des Dritten**, der gemäß den Ausführungen in Randnummer 31 in völliger Unabhängigkeit vom Hersteller oder vom Verkäufer handelt, wird durch die Anwendung der Richtlinie 65/65 weder **unmittelbar noch mittelbar beeinträchtigt. Wie er ein Erzeugnis bezeichnet, hat nämlich keine Auswirkung darauf, ob dieses Erzeugnis unter die Definition der Richtlinie fällt.**"

- 3.10 Eine andere Interpretation hätte nämlich zur Folge, dass einem so beworbenen Vitalpilz-Produkt die **Verkehrsfähigkeit** genommen würde, ohne dass dem betroffenen Vertreiber eine unmittelbare Reaktion hierauf möglich wäre.<sup>16</sup> Dass dies nicht rechtmäßig bzw. verfassungsmäßig sein kann, versteht sich von selbst (Verstoß gegen Art. 12, 14 GG). Darüber hinaus wird in einem solchen Fall sogar auch in Frage gestellt, ob dem betroffenen Hersteller bzw. Inverkehrbringer eines durch Dritte rechtswidrig beworbenen Produktes überhaupt eine Obliegenheit zusteht, sich selbst darum zu bemühen, dass derartige Informationen Dritter unterbunden werden oder ob dies nicht bereits unverhältnismäßig und unzumutbar wäre.<sup>17</sup>
- 3.11 Darüber hinaus verkennt aber die von der Gemeinsamen Expertenkommission vertretene Auffassung auch den Umstand, dass darüber hinaus auch nicht jede therapeutische Bewerbung von Produkten bereits die Einstufung als Präsentationsarzneimittel rechtfertigt. Denn andernfalls wäre beispielsweise das Verbot der krankheitsbezogenen Bewerbung von Lebensmitteln (nunmehr Art. 7 Abs. 3 LMIV) überflüssig. Nachdem der Gesetzgeber selbst bereits ein klares Handlungsinstrument vorgibt, welches aus **Gründen der Verhältnismäßigkeit vorrangig** zur Anwendung kommen soll, kann ein solcher Hinweis ein Produkt jedenfalls schon nicht zum Präsentationsarzneimittel machen.<sup>18</sup> Vielmehr wäre dafür erforderlich, dass das entsprechende Produkt **im Übrigen massiv** und insbesondere auf der **Umverpackung selbst als Arzneimittel präsentiert würde**, was aber gerade nicht der Fall ist. Auch das OVG Niedersachsen hat sich dieser Auffassung bereits entsprechend angeschlossen und hierzu ausgeführt<sup>19</sup>:

„Aus der Existenz dieser Bestimmungen lässt sich nach Einschätzung des Senats ableiten, dass jedenfalls nicht jede einzelne werbende Aussage im weiteren Umfeld des Produktes, die als Einzelkriterium über die Abgrenzungslinie zum Arzneimittel „hinausschießt“, sogleich auch eine Eigenschaft als Präsentationsarzneimittel zu begründen vermag. Wäre dem so, wäre der Anwendungsbereich der genannten lebensmittelrechtlichen Bestimmungen, insbesondere des auf Richtlinienvorgaben beruhenden § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB stark eingeschränkt (...)

Auf die im Internet auffindbaren Hinweise zur Verwendung von (...) als Mittel der traditionellen chinesischen Medizin (TCM) kommt es deshalb nicht entscheidungserheblich an. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ergibt sich nach Auffassung aus den im Internet auffindbaren Aussagen zu (...) nicht ein daraus für das Produkt (...) resultierendes Gesamtbild eines Präsentationsarzneimittels. Wenn man eine Zurechnung der Aussagen Dritter überhaupt für möglich hält, müsste

<sup>16</sup> vgl. hierzu auch BVerwG, Urteil vom 25.07.2007, Az: 3 C 22/06, ZLR 2008, S. 80, Rn. 26

<sup>17</sup> vgl. dazu VGH Mannheim, LMRR 2010, 6 ff.

<sup>18</sup> so schon ausdrücklich BGH, GRUR 2003, 631, 632 f. – L-Glutamin

<sup>19</sup> Urteil vom 03.02.2011, Az: 13 LC 92/09 – Red Rice Kapseln kein Präsentationsarzneimittel

sich nach Auffassung des Senats die Arzneimittleigenschaft der in Rede stehenden Produkte **gleichsam aufdrängen**."

- 3.12 Ebenso hatte das OVG Niedersachsen auch schon in einem anderen Abgrenzungsfall zu "Pilzpulvern" folgendes vertreten<sup>20</sup>:

"Es bestehen Zweifel, ob sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf die von ihr vorgelegten Veröffentlichungen aus dem Internet, **in denen andere Anbieter von vergleichbaren Pilzerzeugnissen** mit dem Hinweis auf ihre heilende Wirkung bei der Bekämpfung von Krebs und anderen Krankheiten werben, berufen kann. Zum einen werden dadurch die Verbraucher direkt angesprochen, während die Antragstellerin ihr Informationsmaterial ausschließlich den genannten Fachkreisen auf deren Anforderung zur Verfügung stellt und die von der Antragsgegnerin beanstandeten Broschüren auch nicht mehr in der bisherigen Form verwenden will. Zum anderen können am Markt befindliche Konkurrenzprodukte in der Präsentation und Aufmachung durchaus Unterschiede aufweisen, **so dass in diesem Bereich nicht ohne weiteres von der Zurechenbarkeit der Äußerungen Dritter auszugehen ist.**"

Im Übrigen weist der Senat in diesem Zusammenhang auch darauf hin (hier bezogene auf die eigene, ausschließlich Fachkreisen gegenüber bezogene Werbung des dort betroffenen Unternehmens):

"Die Antragsgegnerin leitet die Arzneimittleigenschaft der fraglichen Mykosan-Produkte vor allem aus dem Inhalt der von der Antragstellerin herausgegebenen Broschüre "SP TM Holistische Therapie" ab. Dort werden zur Mykotherapie (Heilbehandlung mit Pilzen) nicht nur allgemeine gesundheitsbezogene Aussagen getroffen, sondern es wird auch bei den einzelnen Mykosan-Produkten ihre Heilwirkung bei bestimmten Krankheiten, wie z.B. Krebs, Schlaganfall, Herzinfarkt, deutlich herausgestellt. Durch diese hervorgehobene Nennung von Indikationen wird der Anschein von Arzneimitteln erweckt. Darauf hat bereits das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen. Allerdings ist einschränkend zu berücksichtigen, dass diese Broschüren nach den glaubhaften Angaben der Antragstellerin nicht für die Endverbraucher bestimmt sind, sondern ausschließlich an Ärzte, Apotheker, Heilpraktiker und Ernährungsberater auf Anfrage abgegeben werden. Im Übrigen hat die Antragstellerin (vgl. ihr Schreiben vom 15. 9. 2003 an die Antragsgegnerin) inzwischen selbst eingesehen, dass in ihren Informationsbroschüren "einige Nachbesserungen vorgenommen werden müssen, um nicht einen Monokausaltherapieeffekt anklingen zu lassen". Ausweislich eines Aktenvermerks hat der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin am 3.11.2003 der Antragsgegnerin telefonisch ergänzend angeboten, die gesundheitsbezogene Auslobung "massiv herunterzufahren". **Angesichts dessen hätte die Antragsgegnerin aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zumindest erwägen können, ob statt eines Vertriebsverbots Auflagen zur Bewerbung der streitbefangenen Produkte als weniger belastende Maßnahmen ausgereicht hätten. (...).**"

---

<sup>20</sup> vgl. Beschluss vom 08.07.2004, 11 ME 12/04

#### 4 SCHLUSSFOLGERUNG

Ein Produkt wird nach der ständigen Rechtsprechung nicht bereits **per se zum Arzneimittel nach der Präsentation**, weil es Pilzarten wie Coriolus, Cordyceps oder Reishi enthält, die regelmäßig erst nach ihrer Verarbeitung verzehrt werden können und die aufgrund ihres ansonsten Speisepilzen vergleichbaren Nährstoffprofils vor allem zu Zwecken der Nahrungsergänzung angeboten werden. Diese mögen dem Durchschnittsverbraucher noch fremd sein, da sie aktuell sicher noch nicht den Bekanntheitsgrad von Champignons oder Pfifferlingen erreicht haben. Deshalb ordnet der Verbraucher solche Pilze aber noch nicht zwangsläufig den Arzneimitteln zu, v.a. wenn diese bisher ausschließlich als Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel präsentiert und vertrieben werden und vom Hersteller/Vertreiber selbst auch nicht wie ein Arzneimittel beworben werden.