

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HeilmittelwerbeG § 9 Nr. 2

Der Hinweis in einer Werbung für ein Arzneimittel, das
apotheken- aber nicht verschreibungspflichtig ist:

"Ihr Apotheker berät Sie gern", verstößt nicht gegen
§ 9 Nr. 2 HWG, wonach für ein Arzneimittel nicht mit
der Angabe geworben werden darf, es sei fachlich
empfohlen oder geprüft.

BGH, Urt. v. 8. Oktober 1971 - I ZR 143/69 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 143/69

URTEIL

Verkündet am

8. Oktober 1971

Zug,

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

p [REDACTED] - Vereinigung gegen unlauteren Wettbewerb,
[REDACTED] S [REDACTED], H [REDACTED]straße 11, vertreten durch den Vorstand
Apotheker Eckart H [REDACTED], K [REDACTED], W [REDACTED]straße 28,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Prof. Dr. M [REDACTED] AG, [REDACTED] B [REDACTED] Prof.-M [REDACTED]-Straße 2 - 34,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand Jürgen S [REDACTED],
ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1971
unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland
und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Schönberg
und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
Oberlandesgerichts Karlsruhe
- 9. Zivilsenat in Freiburg -
vom 9. Oktober 1969 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Vereinigung, die u. a. den
Schutz der Wirtschaft und Gewerbetreibenden gegen unlau-
teren Wettbewerb bezweckt.

Die Beklagte stellt Arzneimittel her. In der Re-
visionsinstanz ist nur noch eine Prospekt- und Anzeigen-
werbung für ein Geriatricum "Präparat 28" im Streit. In
dieser Werbung heißt es am Schluß: "Ihr Apotheker berät
Sie gern." Das Arzneimittel ist laut Angabe der Beklagten
verschreibungsfrei, d. h. es kann ohne ärztliche Verord-
nung in Apotheken gekauft werden.

Die Klägerin sieht in dem Hinweis "Ihr Apotheker
berät Sie gern" einen Verstoß gegen § 9 Nr. 2 HWG, wonach
außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel nicht mit Anga-



ben geworben werden darf, daß das Arzneimittel ärztlich oder anderweitig fachlich empfohlen oder geprüft ist. Sie ist der Auffassung, sinngemäß oder unerschwellig enthalte der Hinweis die Angabe, das Präparat 28 sei vom Apotheker geprüft und empfohlen.

Sie erstrebt mit der Klage ein Verbot dieses Hinweises.

Die Beklagte zieht die Prozeßführungsbefugnis der Klägerin nach § 13 Abs. 1 UWG in Zweifel, in der Sache ist sie der Auffassung, der Hinweis verstoße nicht gegen das Heilmittelwerbegesetz.

In den Vorinstanzen hat die Klägerin keinen Erfolg gehabt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Begehren weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Prozeßführungsbefugnis der Klägerin hat der erkennende Senat in seinem Beschluß vom 10. März 1971 (WRP 1971, 264) ausgeführt, die Klägerin habe einen Bestand von 33 Mitgliedern, die ganz überwiegend Gewerbetreibende seien. Ziehe man ferner die Änderung ihrer Satzung durch Beschluß der Mitgliederversammlung vom 3. Februar 1970 in Betracht, dann erscheine es im Hinblick auf die gerichtsbekannte Tätigkeit der Klägerin unbedenklich, daß sie nunmehr jedenfalls die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 UWG erfülle. Besondere Umstände, daß die Klägerin ihre auf § 13 Abs. 1 UWG ge-

stützte Klagebefugnis zur Erreichung sachfremder Zwecke mißbrauche, seien nicht ersichtlich. Es müsse ferner davon ausgegangen werden, daß sich die Rechtsverfolgung der Klägerin im Rahmen des konkreten Satzungszwecks gehalten habe.

Dafür, daß diese vom erkennenden Senat getroffenen Feststellungen durch die weitere Entwicklung seit dem 10. März 1971 etwa überholt sein könnten, ist kein Anhalt ersichtlich.

II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der in den Anzeigen, dem Prospekt und auf den Verpackungstüten enthaltene und sich auf das Geriatricum "Präparat 28" beziehende Satz "Ihr Apotheker berät Sie gern" enthalte keinen Verstoß gegen § 9 Nr. 2 HWG, wonach für Arzneimittel außerhalb der Fachkreise nicht mit Angaben geworben werden darf, daß das Arzneimittel ärztlich oder anderweitig fachlich empfohlen oder geprüft ist. Zur Begründung führt das Berufungsgericht aus, die Formulierung "Ihr Apotheker berät Sie gern" enthalte auch bei weiter Auslegung weder sinngemäß noch unterschwellig die Behauptung, das Mittel sei ärztlich oder fachlich (nämlich vom Apotheker) geprüft und empfohlen, wenn ihr auch sicherlich die Erwartung zugrunde liege, daß der Apotheker eine Empfehlung aussprechen werde. Vielmehr handele es sich lediglich um die Aufforderung, sich durch einen Fachmann, nämlich durch den Apotheker, beraten zu lassen. Der Apotheker sei dazu auch im gewissen Umfang berechtigt und verpflichtet, jedenfalls bei rezeptfreien Arzneimitteln. Dieser sei durch seine Ausbildung häufig besser als der überlastete praktische Arzt in der Lage, die Zusammensetzung und damit den Wirkungsbereich und die Wirkungsweise eines

Medikaments zu beurteilen. Es verstehe sich von selbst, daß diese Beratung nicht im Sinne einer diagnostizierenden Tätigkeit ausgeübt werden dürfe und auch nicht ausgeübt werde. Allerdings werde der Apotheker den Kunden nur dann beraten, wenn er sich dazu fachlich in der Lage fühle, andernfalls werde er eine Beratung ablehnen. Bei einer sachgemäßen Beratung, von der auszugehen sei, werde der Apotheker das "Präparat 28" nur dann empfehlen, wenn er den Kunden wirklich über das begehrte Mittel als Fachmann unterrichten und es ihm empfehlen könne.

III. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Die Revision meint, der Durchschnittsleser müsse sich sagen, daß die Apotheker, die er fragen solle, das Mittel genau kennen, geprüft haben, die angepriesenen Wirkungen bestätigen und das Medikament empfehlen. Die Werbung vermittele den Eindruck, wenn man jeden Apotheker nach dem Arzneimittel fragen solle und könne, so sei eine Erkundigung letztlich gar nicht mehr nötig, weil das Medikament bei den fachkundigen Apothekern bestens bekannt, erprobt und empfohlen sei.

2. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Aufforderung, sich vom Fachmann beraten zu lassen, begegnet dem Verkehr heute vielfach in allen Branchen und wird regelmäßig ohne das Vorliegen besonderer Umstände als eine Förderung des qualifizierten Verkäufers und nicht als Aussage über eine bestimmte Ware angesehen. Im Streitfall erweckt schon die Auffassung der Revision Bedenken, der Durchschnittsleser der Anzeige müsse sich sagen, der Apotheker kenne das Mittel genau und habe es geprüft.

Denn jedem - auch dem nur wenig orientierten - Leser ist aus eigener Anschauung bekannt, daß es eine Vielzahl von Arzneimitteln gibt und, wie der Prospekt ergibt, immer neue Mittel hinzukommen; er wird daher regelmäßig nur davon ausgehen, daß der Apotheker das neue Mittel kennt, d. h. zum Verkauf bereit hält; dafür, daß der Apotheker sich damit intensiver befaßt haben oder es sogar geprüft - in welcher Richtung? durch Erprobung? - haben könnte, bietet die Ankündigung keinen Anhalt. Mit Recht weist das Berufungsgericht weiter darauf hin, daß der Apotheker durchaus berufen sei, die Kunden über die Verträglichkeit und allgemeinen Wirkungen von verschreibungsfreien Arzneimitteln zu beraten, ohne daß damit eine Belehrung über die spezifischen Wirkungen bestimmter Zusammensetzungen verbunden sein müßte. Bei seiner Beratung kann der Apotheker auch seine Erfahrungen auswerten, die ihm von anderen Kunden vermittelt werden. Nach der Lebenserfahrung wird, wovon auch das Oberlandesgericht ausgeht, der Kunde nicht mehr von einer solchen Beratung durch den Apotheker erwarten, als eine Verwertung seiner allgemeinen Fachkenntnisse (hier auf dem Gebiet der Arzneimittel) über die Wirkungen der Bestandteile des Präparats und deren Verträglichkeit.

Es kann aber nicht der Aufforderung entnommen werden, der Apotheker werde die angepriesenen Wirkungen bestätigen und das Medikament empfehlen.

Das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, die Aufforderung der Beklagten sei sicherlich in der Hoffnung oder Erwartung erfolgt, daß der Apotheker die Empfehlung aussprechen werde, darin liege aber weder

ausdrücklich noch unterschwellig die Behauptung, das Mittel sei vom Apotheker empfohlen.

Der Revision ist zuzugeben, daß die nach § 9 Nr. 2 HWG unzulässige Angabe über eine fachliche Empfehlung auch in versteckter Form derart erfolgen kann, daß durch einen naheliegenden Gedanken jedenfalls bei einem nicht unbeachtlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise der Eindruck entsteht, das Mittel werde von fachlicher Seite empfohlen. Das ist aber, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß feststellt, bei der Formulierung: "Ihr Apotheker berät Sie gern" nicht der Fall. Man könnte vielleicht sagen, wer "gern" berät, bekennt sich uneingeschränkt zu dem Gegenstand der Beratung, ist demnach von den angekündigten Wirkungen überzeugt und empfiehlt das Arzneimittel. Dieser Gedankengang setzt jedoch voraus, daß der Leser das "gern" in Beziehung zu dem Mittel setzt und annimmt, daß die Bereitswilligkeit zur Beratung auf der Wertschätzung des Mittels beruht. Das sind aber Erwägungen, die so kompliziert sind, daß sie nicht bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise angenommen werden können, und daher bei der Erörterung der Zulässigkeit außer Betracht zu bleiben hat. Naheliegend ist vielmehr die zwanglose Deutung, der Apotheker sei aufgrund seiner Berufung, "die Bevölkerung ordnungsgemäß mit Arzneimitteln zu versorgen" und "der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes" zu dienen (§ 1 Bundes-Apothekerordnung vom 5. Juni 1968 - BGBl I, 601), selbstverständlich und gern bereit, mit dem Kunden über das Arzneimittel zu sprechen.

Entgegen der Auffassung der Revision, die eine Prüfung der Gesamtwirkung der Aufforderung im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt der Anzeige und des Prospekts vermißt (§ 286 ZPO), ergibt sich auch bei einer solchen Betrachtung nicht, der Apotheker empfehle das Präparat. Gerade in diesem Zusammenhang treffen die Erwägungen des Berufungsgerichts zu, die umfangreiche Werbung der chemisch-pharmazeutischen Industrie mache viele Menschen erst auf an sich vielleicht harmlose Beschwerden aufmerksam, die sie nun durch Arzneimittel bekämpfen wollten. Insoweit sei es wichtig, sich durch einen vertrauenswürdigen Fachmann beraten zu lassen. Das sei aber auch der Apotheker - jedenfalls soweit es sich um verschreibungsfreie Arzneimittel handle und schon dadurch zum Ausdruck gebracht werde, daß die Inanspruchnahme des Arztes jedenfalls nicht zwingend geboten sei. Gerade weil der Prospekt durch die Angabe der in dem Präparat enthaltenen Bestandteile bei dem überwiegenden Teil des Publikums zwangsläufig Fragen aufwirft, ist die Ankündigung "Ihr Apotheker berät Sie gern" ein durchaus sachlich gerechtfertigter Hinweis. Mit Recht hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß von einer sachlichen Beratung durch den Apotheker auszugehen sei und kein Anlaß zu der Annahme bestehe, die Apotheker verstießen gegen ihre Pflicht zu einer sachgemäßen, die Grenzen ihres Berufsstandes einhaltenden Beratung und förderten nur zur Umsatzsteigerung verschreibungsfreie Heilmittel, ohne auf bei ihnen bestehende Bedenken oder auch auf ihre fehlende Beurteilungsmöglichkeit hinzuweisen.

3. Das Berufungsgericht hat auch entgegen der Auffassung der Revision ohne Rechtsverstoß davon abgesehen, eine demoskopische Umfrage einzuholen.

Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß die Frage, wie ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Ankündigung "Ihr Apotheker berät Sie gern" auffaßt, eine Tat- und nicht eine Rechtsfrage ist. Das hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt. Denn das Berufungsgericht meint, aus dem Hinweis "Ihr Apotheker berät Sie gern" lasse sich vernünftigerweise nicht eine Empfehlung ohne Beratung entnehmen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es ist zwar richtig, daß der Verkehr seine eigenen Wege geht, aber außergewöhnliche, komplizierte Erwägungen können und müssen außer Betracht bleiben; daß im Streitfall nur aufgrund einer komplizierten gedanklichen Vorarbeit angenommen werden könnte, der Apotheker empfehle das Arzneimittel, ist bereits dargelegt. Maßgeblich ist aber der Inhalt einer Aussage bei ungezwungener natürlicher Beurteilung (vgl. BGH GRUR 1966, 515, 516 m. w. Nachw. - Kukident), der nach der rechtsirrtumsfreien Feststellung des Berufungsgerichts nur auf die Beratung durch den Apotheker hinweist und nicht unerschwellig die von der Klägerin vorgetragenen Vorstellungen hervorruft. Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht nicht genötigt, ein demoskopisches Gutachten einzuholen.

IV. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keine Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm