

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 51/95

Verkündet am:
10. Juli 1997
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Warentest für Arzneimittel

HWG § 11 Nr. 2; UWG § 1

Der Hinweis auf das Ergebnis des Tests eines Arzneimittels durch die Stiftung Warentest kann eine unzulässige Werbung mit einer fachlichen Empfehlung im Sinne des § 11 Nr. 2 HWG sein.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1997 - I ZR 51/95 - Kammergericht
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1997 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Prof. Dr. Mees, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 25. Zivilsenats des Kammergerichts vom 19. Dezember 1994 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte, ein Unternehmen der pharmazeutischen Industrie, warb in der Ausgabe der Illustrierten "F.

" vom 10. Dezember 1992 unter anderem für ein Husten- und Fiebermedikament, das sie in der Form von Tabletten und Saft vertreibt, unter Verwendung des Signets der Stiftung Warentest in der nachstehend - vergrößert - wiedergegebenen Form:

Der Kläger, ein rechtsfähiger Verband, der satzungsgemäß die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs überwacht, hat die Werbung beanstandet und Unterlassung begehrt, weil der Hinweis auf das Testergebnis einen Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot der Werbung mit fachlichen Empfehlungen enthalte und zugleich wettbewerbswidrig sei.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat vorge- tragen, die Leser der Anzeige würden der Mitteilung des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Testergebnisses der Stiftung Warentest keinen empfehlenden, sondern lediglich einen warnenden Charakter beimessen. Sie hat im Blick auf eine - unstreitig - abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung, mit der sie versprochen hat,

"künftig mit der Wiedergabe des Testurteils 'gut geeignet' nicht mehr zu werben, ohne den Hinweis, daß es vollständig lautet 'bei fieberhaften Erkältungskrankheiten und trockenem Reizhusten gut geeignet'",

das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte - entsprechend der Neufassung des Klagebegehrens durch den Kläger - unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verurteilt werde,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für das Arzneimittel "Husten- und Fiebersaft/Tabletten r.

" außerhalb der Fachkreise damit zu werben, daß nach einem Test der Stiftung Warentest "das Produkt ... zur Anwendung ... gut geeignet" sei.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Kläger auf der Grundlage einer anonymisierten Mitgliederliste als prozeßführungsbefugt angesehen und die Klage für begründet erachtet, weil die Werbung gegen das heilmittelwerberechtliche Empfehlungsverbot (§ 11 Nr. 2 HWG) und damit zugleich gegen § 1 UWG verstoßen habe. Es hat dazu ausgeführt:

Die Beklagte habe entgegen § 11 Nr. 2 HWG mit einer fachlichen Empfehlung für ein Arzneimittel außerhalb der Fachkreise geworben. Damit, daß sie in ihrer Werbung herausstelle, die Stiftung Warentest habe das von ihr vertriebene Husten- und Fiebermedikament als zur Anwendung bei den von dem Hersteller beanspruchten Indikationen für "gut geeignet" befunden, mache sie sich diese Bewertung zu eigen. Aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise sei die Empfehlung von kompetenter Seite erfolgt. Selbst wenn in dem Begleittext mitgeteilt werde, daß die Beurteilung auf einer Auswertung von Literaturstudien beruhe, nehme die Beklagte damit das hohe Ansehen der Stiftung Warentest bei der Werbung für ihre Erzeugnisse in Anspruch. Es verstehe sich von selbst, daß die Beurteilung der Wirksamkeit der besprochenen Medikamente nicht von Laien etwa im Wege mechanischer Auswertung medizinischer Literatur vorgenommen worden sei, sondern von Personen, die im Bereich der Medizin über die für eine derartige Beurteilung erforderliche Kompetenz verfügten, also Ärzte oder im medizinisch-pharmazeutischen Bereich tätige Wissenschaftler. Hierauf komme es aber nicht einmal entscheidend an; selbst wenn diese Vorstellung unzutreffend sein sollte, verstoße die Werbung gegen das Heil-

mittelwerbe-gesetz. Es komme nicht auf die tatsächliche Art und Weise der Durchführung des Tests und der Qualifikation der Prüfer an. Zweck des § 11 Nr. 2 HWG sei es, im Interesse der Gesundheit der Bevölkerung den von einer Selbstmedikation ausgehenden Gefahren vorzubeugen.

Durch die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung sei die Wiederholungsgefahr nicht entfallen, da die Erklärung einen ganz anderen Streitgegenstand betreffe. Der Kläger erstrebe vorliegend ein Verbot, mit dem der Beklagten die Werbung für ein Arzneimittel außerhalb von Fachkreisen durch den Hinweis auf ein Testergebnis der Stiftung Warentest untersagt werden solle. Die strafbewehrte Unterlassungserklärung sei demgegenüber auf das Versprechen beschränkt, daß das Indikationsgebiet des mit dem Testergebnis beworbenen Arzneimittels nicht verallgemeinernd, sondern gemäß dem Zulassungsbescheid des Bundesgesundheitsamts angegeben werde, um den Eindruck einer weiterreichenden Wirksamkeit zu vermeiden.

Die angegriffene Werbeaussage sei auch im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG geeignet, den Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen. Der Verstoß besitze angesichts des hohen Schutzguts ein erhebliches Gewicht und begründe eine starke Nachahmungsgefahr.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat keinen Erfolg.

1. Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht bestehen gegen die Klagebefugnis des Klägers aufgrund der

Neufassung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG im Streitfall keine Bedenken.

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, der nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande ist, seine satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen. Dies wird auch von der Revision nicht in Abrede gestellt. Der Kläger erfüllt aber auch - anders als die Revision meint - das vom Gesetzgeber neu aufgestellte Erfordernis, daß dem Verband eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehören muß, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben.

a) Bei der Frage, ob dem Kläger eine "erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden" angehört, sind diejenigen Mitglieder des Klägers zu berücksichtigen, die der Beklagten auf demselben räumlichen und sachlichen Markt als Wettbewerber begegnen, also mit ihr um Kunden konkurrieren können (st. Rspr.; vgl. u.a. BGH, Urt. v. 11.7.1996 - I ZR 183/93, GRUR 1997, 145, 146 = WRP 1996, 1153 - Preisrätselgewinnauslobung IV).

aa) Der maßgebliche räumliche Markt wird dabei im wesentlichen durch die Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens bestimmt. Er erfaßt vorliegend das ganze Bundesgebiet, da die Beklagte mit den beanstandeten Aussagen bundesweit wirbt.

bb) In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der "Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art" gekennzeichnet. Insoweit hat sich durch die UWG-Novelle von 1994 nichts geändert, so daß

auf die zu § 13 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG a.F. entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann. Danach ist der Begriff weit auszulegen. Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Für dieses genügt es, daß eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann (st. Rspr.; u.a. BGH, Urt. v. 25.4.1996 - I ZR 82/94, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Urt. v. 11.7.1996 - I ZR 79/94, GRUR 1996, 804, 805 = WRP 1996, 1034, 1035 - Preisrätselgewinnauslobung III). Danach ist vorliegend nicht nur auf den engen Markt der Hersteller und Vertreiber von Husten- und Fiebermitteln oder zur Bekämpfung von Erkältungskrankheiten abzustellen, sondern von pharmazeutischen Präparaten schlechthin; aber auch bestimmte Randbereiche sind einzubeziehen (vgl. nachfolg.).

Aus der vom Kläger inzwischen vorgelegten Mitgliederliste vom 15. März 1996, die den Anforderungen der Rechtsprechung genügt (vgl. BGHZ 131, 90 - Anonymisierte Mitgliederliste), läßt sich im einzelnen entnehmen, welche Gewerbetreibende Mitglieder des Klägers sind, und zwar mit Namen, Branchen, Umsätzen und örtlichen Tätigkeitsbereichen. Zu berücksichtigen sind danach aus dem Pharmabereich 27 Hersteller- und 10 Vertriebsunternehmen. Im Blick auf den weiten Anwendungsbereich des von der Beklagten beworbenen Mittels für fiebrige Erkrankungen und Erkältungen sind aber auch - jedenfalls weitgehend - die in der Liste aufgeführten Kurkliniken, Unternehmen der Medizintechnik, die z.B. Heizkissen u.ä. zur Anwendung bei Erkältungskrankheiten vertreiben, sowie Unternehmen aus den Bereichen Nahrungsergänzungsmittel und Naturheilmittel, soweit sie Vitaminpräparate u.ä. zur Vorbeugung und ätherische Öle u.ä.

zur Anwendung auch gegen Erkältungskrankheiten herstellen und vertreiben, zu berücksichtigen.

b) Die genannten Mitglieder reichen vorliegend zur Annahme einer erheblichen Zahl im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG aus. In Fällen, in denen es auf die im Pharma- und Kosmetikbereich tätigen Mitglieder des Klägers ankam, hat der Senat in der Vergangenheit ohnehin schon - beide Bereiche zusammengerechnet - das Erfordernis der erheblichen Mitgliederzahl als erfüllt angesehen (BGH, Urt. v. 19.9.1996 - I ZR 130/94, GRUR 1997, 139 = WRP 1997, 24 - Orangenhaut; Urt. v. 12.12.1996 - I ZR 7/94, GRUR 1997, 537 = WRP 1997, 721 - Lifting-Creme; Urt. v. 23.1.1997 - I ZR 29/94, GRUR 1997, 681, 682 f. = WRP 1997, 715 - Produktwerbung; Urt. v. 23.1.1997 - I ZR 238/93, GRUR 1997, 541, 542 = WRP 1997, 711 - Produkt-Interview). In einer jüngsten Entscheidung hat der Senat auch allein die Zahl der im Pharmabereich (und gewissen Randbereichen) tätigen Mitglieder des Klägers ausreichen lassen (BGH, Urt. v. 26.6.1997 - I ZR 53/95 - Fachliche Empfehlung III, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Für die Frage, welche Zahl von Gewerbetreibenden als erheblich anzusehen ist, kommt es weder auf die Mitgliedschaft einer bestimmten Mindestzahl oder auf einen bestimmten Mindestanteil an der Gesamtzahl der Mitbewerber an; ebensowenig auf einen bestimmten Anteil am Gesamtumsatz des Pharmamarktes (vgl. BGH GRUR 1997, 145, 146 - Preisrätselgewinnauslobung IV). Erforderlich und ausreichend ist, daß Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche im Verband nach Anzahl und/oder Größe, Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentativ vertreten sind, so daß ein mißbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann (vgl. näher BGH GRUR 1996, 804, 805 - Preisrätsel-

gewinnauslobung III; auch BGH WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur). Davon ist hier angesichts der zu berücksichtigenden Zahl der Mitglieder, die in allen Umsatzgruppen vertreten sind, auszugehen.

2. In der Sache hat das Berufungsgericht zutreffend einen Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG i.V. mit § 11 Nr. 2 HWG bejaht. Die beanstandete Anzeige stellt einen Verstoß gegen das Verbot dar, außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel mit fachlichen Empfehlungen zu werben.

a) Die Revision rügt ohne Erfolg, in der Werbung mit dem Testergebnis der Stiftung Warentest sei keine fachliche Empfehlung enthalten, weil sich aus der Anzeige eindeutig ergebe, daß das Testurteil nicht auf einer fachlichen Beurteilung, sondern auf einer bloßen Auswertung von Literaturstellen beruhe.

aa) Sinn und Zweck des § 11 HWG sind die Unterbindung bestimmter unsachlicher, nicht auf Information allein beschränkter Werbeaussagen gegenüber dem Laienpublikum, von denen die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung oder Irreführung des Verkehrs ausgehen kann. Im Rahmen dieser allgemeinen Zielsetzung kommt der Nummer 2 der Vorschrift die Aufgabe zu, den Suggestivwirkungen zu begegnen, die für den Laien nach der allgemeinen Lebenserfahrung von fachlicher Autorität ausgehen (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 26.6.1997 - I ZR 53/95 - Fachliche Empfehlung III, m.w.N.). Der Wortlaut der Bestimmung läßt keinen Zweifel daran, daß die Regelung im Blick auf diese spezielle Gefahr getroffen worden ist, weil sowohl auf die ärztlichen als auch ausdrücklich auf die "fachlichen" Empfehlungen und Prüfungen und damit auf fachliche Kompetenz abgestellt wird. Von Wortlaut und

Zielsetzung werden damit auch die Fälle erfaßt, in denen der Werbende sich auf Empfehlung oder Prüfung durch fachlich besonders kompetente Personen beruft, bei denen es sich - wie der Gebrauch des Wortes "anderweitig" in § 11 Nr. 2 HWG erkennen läßt - keineswegs um Ärzte, Zahnärzte oder Tierärzte handeln muß. Vielmehr kommen in gleicher Weise auch andere Personen - wenn auch vorwiegend insbesondere Wissenschaftler wie Pharmakologen, Biologen u.ä. - in Betracht, denen der Verkehr eine besondere Fachkenntnis und entsprechende Autorität beimißt (BGH, Urt. v. 16.5.1991 - I ZR 207/89, GRUR 1991, 701, 702 = WRP 1993, 465 - Fachliche Empfehlung I; Urt. v. 27.4.1995 - I ZR 116/93, GRUR 1995, 612, 615 = WRP 1995, 701 - Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; vgl. auch Doepner, Heilmittelwerbegesetz § 11 Nr. 2 Rdn. 12; Bülow-Ring, Heilmittelwerbegesetz § 11 Nr. 2 Rdn. 13). Wie der Bundesgerichtshof in den vorgenannten Entscheidungen ausgeführt hat, mag die Suggestivwirkung, die von Empfehlungen von Personen mit unterschiedlicher fachlicher Qualifikation ausgeht, auch in ihrer Wirkung auf das Publikum unterschiedlich sein. Dieser Unterschied ist jedoch nur von gradueller, nicht aber von substantieller Natur.

bb) Das Berufungsgericht hat danach zu Recht angenommen, daß auch in dem Hinweis auf das Ergebnis des Tests eines Arzneimittels durch die Stiftung Warentest eine Werbung mit einer fachlichen Empfehlung gesehen werden kann. Nach der Lebenserfahrung erwartet der Verkehr - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - beim Test eines Arzneimittels durch eine angesehene Stiftung, wie sie die Stiftung Warentest im Bewußtsein des Verkehrs ist, daß hinter deren Aussagen eine gewisse fachliche Kompetenz steht.

Auf den Hinweis in dem Testbericht, daß die Beurteilung auf der Auswertung von Literatur beruhe, kann sich die Revision nicht mit Erfolg berufen. Denn es kann schon nicht davon ausgegangen werden, daß die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise auch den vollständigen Testbericht zur Kenntnis genommen haben. Weiter ist aber vor allem zu berücksichtigen, daß fachliche Kompetenz von Dritten auch aufgrund der Auswertung medizinischer Literatur in Anspruch genommen werden kann.

b) Anders als die Revision meint, ist auch die Wiederholungsgefahr bezüglich der hier angegriffenen Werbeaussage nicht entfallen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts beschränkt sich die abgegebene Unterlassungserklärung auf das Versprechen der Beklagten, daß das Indikationsgebiet des mit dem Testergebnis beworbenen Arzneimittels nicht verallgemeinernd, sondern entsprechend dem Zulassungsbescheid des Bundesgesundheitsamts angegeben wird, um den Eindruck einer weiterreichenden Wirksamkeit zu vermeiden. Vorliegend hat der Kläger die Anzeige von vornherein aber deshalb beanstandet, weil die Beklagte, wie vorstehend ausgeführt, unter Inanspruchnahme fachlicher Autorität für Medikamente außerhalb der Fachkreise geworben hat. Allein aufgrund des Umstandes, daß die konkrete Anzeige nach der Unterlassungserklärung nicht mehr hätte erscheinen dürfen, ist - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der hier vorliegenden Beanstandung noch nicht entfallen. Die Beklagte wäre nämlich nicht gehindert, trotz der abgegebenen Unterlassungserklärung weiterhin, wenn auch unter Beachtung des verbliebenen Handlungsspielraums, mit den Angaben der Stiftung Warentest für Arzneimittel zu werben.

c) Der Verstoß gegen die Vorschrift des Heilmittelwerbegesetzes ist zugleich ein Verstoß gegen § 1 UWG, ohne daß es insoweit des Hinzutretens weiterer Umstände bedurfte. Es ist regelmäßig unlauter, wenn in der Werbung oder sonst im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Vorschriften verletzt werden, die der Gesetzgeber zum Schutz der Gesundheit erlassen hat (st. Rspr.; BGHZ 114, 354, 360 - Katovit; BGH, Urt. v. 2.5.1996 - I ZR 99/94, GRUR 1996, 806, 808 = WRP 1996, 1018 - HerzASS).

d) Das Berufungsgericht hat die angegriffene Anzeige auch rechtlich zutreffend als geeignet im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG angesehen, den Wettbewerb auf dem Pharmamarkt wesentlich zu beeinträchtigen. Diese Annahme ist im Streitfall schon wegen der Beeinträchtigung des hohen Schutzgutes der Gesundheit gerechtfertigt (vgl. BGH, Urt. v. 19.1.1995 - I ZR 209/92, GRUR 1995, 419, 422 - Knoblauchkapseln; Urt. v. 15.5.1997 - I ZR 10/95, WRP 1997, 940, 946 - Politikerschelte).

III. Danach war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Erdmann

Mees

Starck

Bornkamm

Pokrant