BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 83/11

Verkündet am:
18. Januar 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Euminz

UWG § 4 Nr. 11; RL 2001/83/EG Art. 90 Buchst. f; HWG § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

a) Eine fachliche Empfehlung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG kann auch dann vorliegen, wenn als Gewährspersonen für die Empfehlung alle Angehörigen der mit der Behandlung der betreffenden Krankheit befassten Heilberufe („die moderne Medizin") benannt werden.

b) Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

BGH, Urteil vom 18. Januar 2012 - I ZR 83/11 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 1. April 2011 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

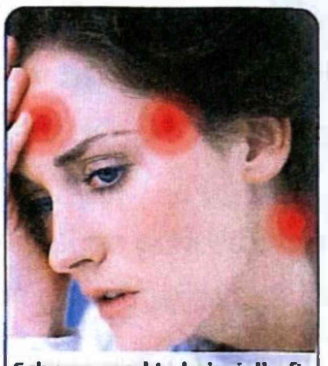
1 Die Beklagte vertreibt das pflanzliche Arzneimittel Euminz®, bei dem es sich um ein Pfefferminzöl zur Anwendung bei leichten und mittelschweren Spannungskopfschmerzen handelt. Sie warb für dieses Mittel am 16. April 2010 in der Zeitschrift „Bild der Frau“ wie nachstehend wiedergegeben:

Thema: Spannungs-Kopfschmerz

Euminz® – pflanzlich und so stark wie eine Kopfschmerztablette

Über 50 Millionen Deutsche leiden regelmäßig unter Kopfschmerzen. Jede zweite Attacke zählt zur Kategorie Spannungskopfschmerz, auch immer häufiger sind Kinder betroffen.

Wer unter Spannungskopfschmerz leidet, weiß dass er sich nicht immer verhindern lässt: Dauerbelastung, erhöhte Konzentration und Stress sowie einseitige körperliche Belastung, vor allem im Büro, führen zu einem dumpf-drückenden und ziehenden Spannungskopfschmerz.



Schmerzpunkte beispielhaft dargestellt

So entsteht Spannungskopfschmerz

Neueste Untersuchungen zeigen, dass der Schmerz meistens schon mit Verspannungen im Schulter- und Nackenbereich beginnt. Die Blutgefäße verengen sich und führen zu einem Spannungsschmerz, der langsam über die Nervenbahnen zu den Schmerzpunkten an den Schläfen und der Stirn weitergeleitet wird.

Pflanzliche Alternative zu Chemie

Chemisch-synthetische Schmerzmittel bieten zwar schnelle Linderung, sind aber aufgrund von Verträglichkeitsproblemen nicht immer ratsam. Die moderne Medizin setzt daher immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel Euminz® (rezeptfrei in Ihrer Apotheke), eine hochwirksame Alternative mit sehr guter Verträglichkeit. Nur Euminz® enthält ein speziell entwickeltes medizinisches Konzentrat der echten Arznei-Pfefferminze, welches sogar bei stärkeren Attacken von Spannungskopfschmerz zuverlässig hilft.

Euminz® wird gleichmäßig und großflächig an den Schmerzpunkten im Nacken, auf Schläfen und Stirn aufgetragen, also genau dort wo der Schmerz sitzt. Der pflanzliche Wirkstoff dringt über die Haut schnell zu den Schmerzpunkten vor und aktiviert die körpereigenen Systeme zur Schmerzabwehr. Bereits nach wenigen Minuten setzt die entspannende und schmerzlindernde Wirkung ein. Euminz® ist dabei so gut verträglich, dass es sogar für Kinder ab 6 Jahren und Schwangere eingesetzt werden kann.

Euminz® wirkt so stark wie die chemischen Wirkstoffe ASS und Paracetamol – dies ist bestätigt

Extra Tipp

Bei den ersten Anzeichen auf den verspannten Schulter- und Nackenbereich aufgetragen, kann Euminz® sogar dem Entstehen von Spannungskopfschmerz effektiv vorbeugen.

Wirksamkeit bestätigt

Das pflanzliche Kopfschmerzmittel*

- Wirkt schnell und stark
- Äußerliche Anwendung auf Nacken, Stirn und Schläfen
- Sehr gut verträglich und somit auch für Kinder, Schwangere und Magenempfindliche geeignet

* Bei Kopfschmerzen vom Spannungstyp

Euminz®. Wirkstoff: Pfefferminzöl. Anwendungsgebiete: Zur äußerlichen Anwendung bei leichten und mittelschweren Kopfschmerzen vom Spannungstyp. Hinweis: Anhaltende, unklare oder neu auftretende Beschwerden bedürfen der ärztlichen Abklärung. Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker. Cassella-med, 50670 Köln.
www.euminz.de

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2 Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. Er hat diese Werbung - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - im Hinblick auf die in der Anzeige enthaltene Aussage „Die moderne Medizin setzt daher immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel Euminz® ...“ mit der Begründung beanstandet, es handele sich dabei um eine nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG in der Publikumswerbung verbotene ärztliche Empfehlung.

3 Der Kläger hat insoweit beantragt,

> die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, außerhalb der Fachkreise für das Mittel „Euminz®“ (mit der Aussage) zu werben
>
> > Die moderne Medizin setzt daher immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel Euminz ...
>
> wie nachstehend wiedergegeben (es folgt die oben wiedergegebene Anzeige).

4 Das Landgericht hat der Klage mit diesem Antrag stattgegeben (LG Köln, MD 2011, 201). Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Köln, PharmR 2011, 329). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat den vom Kläger hinsichtlich der streitgegenständlichen Werbung geltend gemachten Unterlassungsantrag als unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG) begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

6 Das in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG enthaltene Verbot, außerhalb der Fachkreise damit zu werben, dass ein Arzneimittel ärztlicherseits fachlich emp-

fohlen sei, diene dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher und stelle daher eine Marktverhaltensregelung dar. Die beanstandete Aussage, die in einer an das allgemeine Publikum gerichteten Werbeanzeige enthalten sei, verstoße gegen dieses Verbot. Ebenso erfülle sie die Voraussetzungen des Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, wonach die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel keine Elemente enthalten dürfe, die sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern, von im Gesundheitswesen tätigen Personen oder von Personen bezögen, die aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen könnten. Die Aussage stelle eine konkrete Empfehlung an das Laienpublikum dar, das Produkt der Beklagten zu verwenden. Der Verbraucher werde sie dahin verstehen, dass die Ärzte, die die „moderne Medizin" repräsentierten, das Mittel zu therapeutischen Zwecken verwendeten. Die Aussage stelle sich auch als eine ärztliche Empfehlung von Ärzten dar. Der Begriff der Empfehlung besage zwar, dass zu einer konkreten Handlung geraten werden müsse. Er setze aber nicht voraus, dass ausdrücklich eine Formulierung wie „Wir empfehlen Ihnen ..." verwendet werde. Ebenso wenig müsse die Empfehlung von einer bestimmten im Gesundheitswesen tätigen Person stammen.

7 Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Erwägungsgrund 45 der Richtlinie. Ihm sei zwar zu entnehmen, dass der Richtliniengeber mit der Regelung in Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG übertriebene und unvernünftige Auswirkungen von Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel habe bekämpfen wollen, nicht aber, dass in ihr der die Empfehlung aussprechende Arzt individualisiert sein müsse. Im Hinblick auf den anderenfalls nicht gewährleisteten Schutz der Verbraucher gebiete auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Reduzierung des Verbotsumfangs.

8 Die beanstandete Werbeaussage der Beklagten sei auch zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher geeignet, da die mit ihr verletzte Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher diene.

9 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die vom Kläger beanstandete Aussage „Die moderne Medizin setzt immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel Euminz ...“ auch bei richtlinienkonformer Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG gegen das Verbot verstößt, für Arzneimittel außerhalb der Fachkreise mit der Aussage zu werben, das Mittel werde ärztlich empfohlen. Mit Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass diese Bestimmung eine dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelung darstellt, deren Verletzung zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der angesprochenen Verbraucher geeignet ist.

10 1. Die Revision weist allerdings mit Recht darauf hin, dass die Richtlinie 2001/83/EG zu einer grundsätzlich vollständigen Harmonisierung des Bereichs der Werbung für und der Information über Humanarzneimittel geführt hat (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2007 - C-374/05, Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 Rn. 20 ff. = WRP 2008, 205 - Gintec; BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 31 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet, mwN). Das in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG geregelte Verbot gilt daher allein für Empfehlungen, nicht dagegen auch für Prüfungen und Anwendungen (vgl. Nawroth/Sandrock, Festschrift für Doepner, 2008, S. 279, 281; Weidner/Karle, PharmR 2010, 391, 396).

11 2. Die Revision rügt ohne Erfolg, die in der beanstandeten Werbung verwendete Formulierung „Die moderne Medizin setzt auf ...“ sei entgegen der An-

sicht des Berufungsgerichts zu allgemein gehalten, um als eine Empfehlung im Sinne eines Rates, etwas Konkretes zu tun oder zu unterlassen, verstanden zu werden.

12 a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, der Arzt „setze“ nach allgemeinem Sprachverständnis nur dann „auf“ ein bestimmtes Medikament, wenn er es bei der Behandlung auch einsetze. Die angesprochenen Verbraucher nähmen daher an, dass die modernen Ärzte im Rahmen der Behandlung ihrer Patienten bei den angeführten Symptomen zu Euminz rieten, also eine entsprechende Empfehlung aussprächen. Diese Empfehlung sei auch nicht allgemein auf pflanzliche Arzneimittel bezogen, sondern nenne das Produkt Euminz ausdrücklich, so dass die beanstandete Werbung die Verwendung dieses Präparats im Rahmen einer Selbsttherapie empfehle. Empfehlung sei jede Handlung, aus der der Angesprochene erkenne, welcher konkrete Rat ihm erteilt werde. Der angesprochene Verbraucher werde in der beanstandeten Formulierung die Empfehlung erkennen, dass er das Mittel Euminz verwenden solle; er werde die angegriffene Aussage um die Wörter „... weswegen das Mittel zu empfehlen ist“ ergänzen. Ob die streitgegenständliche Aussage tatsächlich als allgemeine gewerbliche Anpreisung aufgefasst werde, könne dahinstehen. Nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie 2001/83/EG und der Intention des Richtliniengebers sei eine von einer im Gesundheitswesen tätigen Person herrührende Empfehlung ungeachtet des generell bestehenden Werberechts auch dann unzulässig, wenn sie eine bloße gewerbliche Anpreisung enthalte.

13 b) Die Revision rügt vergeblich, der allgemein gehaltene Hinweis auf wissenschaftliche Erkenntnisse könne nicht die Suggestivwirkung auslösen, der das Verbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG entgegenwirken solle; er sei weniger mit der Inanspruchnahme einer fachlichen Autorität verbunden, sondern stelle gerade den - hier aufgehobenen - Gegensatz zwischen vorrangig auf che-

misch-synthetischen Mitteln basierender „moderner Medizin“ und einem pflanzlichen Heilmittel in den Vordergrund.

14 aa) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Ergänzung der angegriffenen Aussage um den Zusatz „... weswegen das Mittel zu empfehlen ist“ stellt entgegen der Ansicht der Revision keine in der Werbeaussage nicht angelegte und damit unzulässige Überinterpretation der beanstandeten Werbeaussage dar. Sie trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass ein Hinweis auf eine fachliche Empfehlung auch in verdeckter, das heißt sinngemäßer oder auch unterschwelliger und damit für den angesprochenen Verkehr nicht ohne weiteres erkennbarer Form erfolgen kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 1997 - I ZR 53/95, GRUR 1998, 498, 499 - Fachliche Empfehlung III; MünchKomm. UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rn. 235; Fezer/Reinhart, UWG, 2. Aufl., § 4-S4 Rn. 545, jeweils mwN). In diesem Zusammenhang muss zwar insbesondere berücksichtigt werden, dass die angegriffene Werbeanzeige nicht überinterpretiert werden darf (vgl. Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand August 1998, § 11 Nr. 2 HWG Rn. 9 und 13 bis 15; Doepner, HWG, 2. Aufl., § 11 Nr. 2 Rn. 15 f.; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rn. 235). Die vom Berufungsgericht vorgenommene Bewertung der Aussage „Die moderne Medizin setzt ... immer öfter ...“ als Empfehlung lässt jedoch keine solche der Lebenserfahrung widersprechende Überinterpretation erkennen.

15 bb) Die Revision rügt auch vergebens, das Berufungsgericht habe den Einwand der Beklagten, bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sei Werbung grundsätzlich erlaubt, in seinem Kern nicht erfasst und ihm daher keine Bedeutung beigemessen. Das Berufungsgericht hat mit Recht festgestellt, dass eine Empfehlung von im Gesundheitswesen tätigen Personen nach dem klaren Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG wie auch des Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG und der aus dem Erwägungsgrund 45 die-

ser Richtlinie erkennbaren Intention des Richtliniengebers auch dann unzulässig ist, wenn sie sich als bloße werbliche Anpreisung darstellt. Entscheidend ist, dass die vom Kläger beanstandete werbliche Anpreisung von Euminz die konkrete Empfehlung enthält, es zur Behandlung von leichterem und mittelschwerem Spannungskopfschmerz zu verwenden. Wie die in Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG enthaltene Wendung „... die ... zum Arzneimittelverbrauch anregen können." zeigt, reicht es für die Bejahung einer Empfehlung im Sinne des Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG wie auch des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG aus, dass die in einer werblichen Anpreisung enthaltene Aussage geeignet ist, bei ihren Adressaten eine den Arzneimittelverbrauch anregende Wirkung zu erzeugen. Dass die Werbeaussage, die moderne Medizin setze zur Behandlung eines bestimmten Krankheitsbildes zunehmend auf ein bestimmtes Mittel, dessen Verbrauch zu steigern vermag, liegt auf der Hand.

16 c) Die Beurteilung der beanstandeten Werbeaussage durch das Berufungsgericht lässt entgegen der Auffassung der Revision auch den Zusammenhang nicht unberücksichtigt, in dem diese Aussage steht. Der Umstand, dass das Mittel der Beklagten in der Werbeanzeige als „sehr gut verträgliche" und „hochwirksame Alternative" zu chemisch-synthetischen Schmerzmitteln bezeichnet wird, steht der Annahme einer Empfehlung in dem beschriebenen Sinne nicht entgegen; diese Formulierungen verstärken vielmehr den Empfehlungscharakter der Werbeaussage.

17 3. Die Revision rügt des Weiteren ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, dass eine ärztliche Empfehlung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG bei einer an Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG orientierten richtlinienkonformen Auslegung dieser Bestimmung voraussetze, dass der empfehlende Personenkreis so weit individualisierbar sei, dass ihm vom Verkehr eine besondere subjektive Glaubwürdigkeit zuerkannt werden könne. Sie setzt

dabei voraus, dass konkrete Empfehlungen nur dann bestimmten besonders glaubwürdigen Personen zugeordnet werden können, wenn es sich bei den Empfehlenden um konkret benannte oder zumindest individualisierbare Personen oder Personenkreise handelt, die für den Verbraucher als Vertrauensträger erkennbar sind. Diese Ansicht hat aber weder in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG noch im Recht der Europäischen Union wie insbesondere in Art. 90 Buchst. f der Richtlinie 2001/83/EG eine Stütze. Nach der zuletzt genannten Bestimmung darf die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel keine Elemente enthalten, die sich auf eine Empfehlung von Personen beziehen, die aufgrund ihrer Stellung als Wissenschaftler oder als im Gesundheitswesen tätige Personen oder aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können. Eine Anregung zum Arzneimittelverbrauch kann von einer Empfehlung unabhängig davon ausgehen, ob als Gewährspersonen für die Empfehlung eine bestimmt bezeichnete einzelne Person, eine individualisierbare Personengruppe oder - wie im Streitfall - die Angehörigen der mit der Behandlung der betreffenden Krankheit befassten Heilberufe benannt werden. Wäre Voraussetzung für ein Eingreifen des Verbots stets die Individualisierbarkeit der die Empfehlung aussprechenden Person bliebe unberücksichtigt, dass die Gefahr einer Selbstmedikation gerade bei Empfehlungen besonders groß ist, die nicht nur von einzelnen, sondern von vielen oder gar von allen im Gesundheitswesen tätigen Personen ausgesprochen werden.

18 4. Der Bejahung eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG steht im Streitfall auch weder der Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2001/83/EG noch der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen. Die Revision verweist insoweit vergeblich darauf, dass der Senat in der Entscheidung „Festbetragsfestsetzung“ hervorgehoben hat, dass ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG nur dann vorliegt, wenn dem Werbeverbot im konkreten Fall ein höheres Gewicht zukommt als dem durch dieses Verbot

bewirkten Eingriff in die Meinungsfreiheit (BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 213/06, BGHZ 180, 355 Rn. 26). Die Revision vernachlässigt dabei, dass in jener Sache eine Werbung zu beurteilen war, bei der ein legitimes gesundheitspolitisches Anliegen im Vordergrund stand und die wirksame Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung die Nennung des betroffenen Arzneimittels erforderte. Demgegenüber geht es im Streitfall allein um das wirtschaftliche Interesse der Beklagten, für die Anwendung ihres Mittels Euminz bei Spannungskopfschmerzen zu werben. Die Werbung mit der (sinngemäßen) Angabe, das Mittel werde von Ärzten empfohlen, führt zumindest mittelbar zu der Gefahr, dass Patienten bei Spannungskopfschmerzen einen erforderlichen Arztbesuch unterlassen und zur Selbstmedikation übergehen. Bei diesen Gegebenheiten ist es der Beklagten - zumal angesichts der ihr verbleibenden Vielzahl anderer Werbemöglichkeiten - ohne weiteres zuzumuten, auf die beanstandete Werbung mit angeblichen Empfehlungen der „modernen Medizin“ zu verzichten.

19 5. Nach den vorstehenden Ausführungen bestehen hinsichtlich der Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG keine vernünftigen Zweifel. Dementsprechend ist auch keine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 11. September 2008 - C-428 bis 434/06, Slg. 2008, I-6747 = EuZW 2008, 758 Rn. 42 - UGT-Rioja u.a., mwN).

20 6. Das Berufungsgericht hat die dem Schutz der Verbraucher dienende Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG mit Recht und von der Revision insoweit auch unbeanstandet als eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG angesehen, deren Verletzung geeignet ist, die Interessen der betroffenen Verbraucher im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG spürbar zu beeinträchtigen.

21 III. Nach allem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bornkamm Pokrant Schaffert

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 18.11.2010 - 31 O 332/10 -
OLG Köln, Entscheidung vom 01.04.2011 - 6 U 214/10 -