
Datum: 31.01.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 171/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0131.4U171.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 98/07
Schlagworte: Erinnerungswerbung
Normen: §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 11 UWG; § 4 III, VI HWG

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 20. September 2007 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum abgeändert. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Bochum vom 24. Juli 2007 wird aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zu-rückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Die Parteien sind Apotheker. Die Antragsgegnerin bot im Juli 2007 im Internet verschiedene nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sowie weitere frei verkäufliche Produkte (insges. 10 Produkte, als "TOPTEN", von denen 7 Arzneimittel waren) an, wobei der Pflichttext nach § 4 III HWG fehlte. Auf die mit der Antragsschrift vorgelegte Anlage K 3 wird Bezug genommen.

1

2

3

4

Der Antragsteller hat nach Abmahnung vom 16.07.2007 eine einstweilige Verfügung gegen die Antragsgegnerin erwirkt mit der Anordnung,

es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd den Verkauf von Arzneimitteln anzubieten, ohne nicht gleichzeitig zugeordnet zu den Arzneimitteln den Pflichttext nach dem Heilmittelwerbeengesetz zu verwenden "zu Risiken und Nebenwirkungen lesen sie die Packungsbeilage und fragen sie ihren Arzt oder Apotheker." 5

Die Antragsgegnerin hat hiergegen Widerspruch eingelegt und geltend gemacht, dass der geforderte Hinweis nicht erforderlich sei, da es sich lediglich um eine Erinnerungswerbung gemäß § 4 VI HWG handele. 6

Der Antragsteller hält eine Erinnerungswerbung nicht für gegeben. 7

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung mit dem angegriffenen Urteil bestätigt und ausgeführt, der Pflichthinweis sei nicht nach § 4 VI HWG entbehrlich, da es sich nicht um eine Erinnerungswerbung handele, da neben den Namen und den Fotos der beworbenen Arzneimittel auch die Darreichungsform, die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers, der konkrete Preis der Antragsgegnerin und der gesparte Prozentsatz genannt seien. Ferner enthalte sich die Werbung nicht jeglichen Hinweises auf die medizinisch-gesundheitliche Bedeutung der Präparate. Es bestünden schon Zweifel, ob nicht allein die Darreichungsform (Kapseln, Dragees etc.) zu einem Verstoß führe. Davon unabhängig habe die Antragsgegnerin das Mittel Voltaren mit dem Zusatz 120 G Schmerzgel beworben. Zumindest hierbei handele es sich um einen Hinweis auf die medizinisch-gesundheitliche Bedeutung des Präparats. 8

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil verwiesen. 9

Die Antragsgegnerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an. Sie macht geltend, dass das Anwendungsgebiet bei dem Produkt "Voltaren Schmerzgel" zum Namensbestandteil des Arzneimittels und somit auch zu den nach § 4 VI HWG legal definierten Bestandteilen gehöre. Ein schädlicher Hinweis auf die Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten des Arzneimittels in medizinisch-gesundheitlicher Hinsicht sei hiermit nicht verbunden. Auch die Darreichungsform (Kapsel oder Dragee) gebe keinen Hinweis auf das Anwendungsgebiet bzw. die Wirkweise, so dass die Werbung eindeutig als Erinnerungswerbung einzuordnen sei. 10

Der Antragsteller verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Er meint, einer bloßen Erinnerungswerbung stehe zum einen entgegen, dass die Antragsgegnerin in einem einheitlichen Angebot ohne jede Differenzierung gleichzeitig sieben apothekenpflichtige Arzneimittel und 3 freiverkäufliche, apothekentypische Waren jeweils mit einer Abbildung des Produkts, der Nennung des Produktnamens und einer Preisgegenüberstellung anpreise. Sodann handele es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen um Laien, die zu einer Differenzierung zwischen einem (rezeptfreien) Schmerzgel und einem (rezeptpflichtigen) Schmerzgel außerstande seien. Die aus Laiensicht medizinisch-gesundheitliche Bedeutung des Produkts Voltaren müsse und könne der angesprochene Laie nur so verstehen, dass es sich hierbei nur um ein zur äußerlichen Anwendung bestimmtes Arzneimittel handele. Der Begriff "Schmerzgel" gehöre dabei nicht zu dem Namen des Medikaments, was sich allein schon daraus ergebe, dass z.B. das Konkurrenzprodukt Diclac Schmerzgel auf dem Markt sei. 11

Die Antragstellerin weist diesbezüglich ergänzend darauf hin, dass das rezeptpflichtige Medikament Voltaren Emulgel und nicht Voltaren Schmerzgel heiße.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten 13
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B. 14

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist begründet. 15

Der Antragsteller hat gegen sie keinen Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 16
11 UWG i.V.m. § 4 III HWG im Hinblick auf die unstreitig fehlenden Pflichtangaben.

Nach § 4 III 1 HWG ist bei einer Werbung außerhalb der Fachkreise der Text "Zu Risiken und 17
Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker"
gut lesbar und von den übrigen Werbeaussagen deutlich abgesetzt und abgegrenzt
anzugeben. Gemäß § 4 VI 1 HWG gilt dies nicht für eine Erinnerungswerbung. Gemäß § 4 VI
2 HWG liegt eine solche Erinnerungswerbung vor, wenn ausschließlich mit der Bezeichnung
eines Arzneimittels oder zusätzlich mit dem Namen, der Firma, der Marke des
pharmazeutischen Unternehmers oder dem Hinweis "Wirkstoff:" geworben wird. Sinn und
Zweck der Pflichtangaben ist es dabei, den Verbraucher vollständig über bestimmte
Sachaussagen wie Zusammensetzung, Indikationen und Gegenindikationen eines
Arzneimittels zu unterrichten, wenn die Werbung überhaupt Angaben in dieser Richtung
enthält. Dadurch soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, sich über die in der
Werbung angesprochene Zusammensetzung, Wirkungsweise und sonstige Bedeutung des
Arzneimittels klar zu werden, um einen sachlich fundierten Kaufentschluss treffen zu können.
Demgegenüber soll die Ausnahmeregelung für die Erinnerungswerbung in § 4 VI HWG die
von § 4 I HWG geforderten Angaben bei einer Werbung entbehrlich machen, wenn es sich
um eine, von jeglichen Hinweisen auf die medizinisch-gesundheitliche Bedeutung des
Präparats freie Werbung handelt, die allein oder weit überwiegend nur die Erinnerung und
damit diejenigen Verbraucher anspricht, denen das beworbene Mittel bereits bekannt ist und
deren Unterrichtung durch die Pflichtangaben daher entbehrlich erscheint (BGH GRUR 1982,
684 - Arzneimittel-Preisangaben; GRUR 1983, 597 - Kneipp Pflanzensaft; GRUR 1983, 599 -
Ginseng-Präparate; GRUR 1996, 806 – HerzASS).

Zunächst ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass es sich bei den hier 18
beworbenen Arzneimitteln um bereits marktgängige und grundsätzlich bekannte Arzneimittel
handelt, die einer Erinnerungswerbung im Sinne von § 4 VI HWG zugänglich sind. Es wird
dabei nicht gefordert, so wie es der Antragsgegner geltend macht (vgl. Bl. 31), dass die
Medikamente bei den angesprochenen Verkehrskreisen konkret "bekannt", sprich erinnerlich
sind. Denn eine Erinnerungswerbung kann sich auch an insoweit nicht informierte
Werbeadressaten richten, die sich folglich gar nicht an das beworbene Arzneimittel erinnern
können; wer das Mittel nicht kennt, kann entsprechend, wenn keine Indikations- oder
sonstigen medizinischen Hinweise auf seine Verwendungsmöglichkeit gegeben werden, nicht
manipuliert werden (vgl. Gröning, HWG, Stand 1998, § 4 Rn. 104; Doeppner, HWG, 2. Aufl.
2000, § 4 Rn. 71). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den in diesem Zusammenhang
diskutierten BGH-Entscheidungen "HerzASS" (a.a.O.) und "Kneipp Pflanzensaft" (GRUR
1983, 597), in denen sich nach richtigem Verständnis das Wort "bekannt" nur auf eine
grundsätzliche vorherige Kenntnis auf dem betreffenden Markt bezieht.

Auch ist nicht maßgeblich, dass in der beanstandeten Werbung auch die Darreichungsformen 19
(Kapseln, Dragees, Filmtabletten etc.) mitgeteilt sind. Der Charakter der

Erinnerungswerbung ist nur dann nicht gewährt, wenn eine Werbung die in § 4 I HWG aufgeführten medizinisch relevanten Angaben enthält, also vor allem Indikations- oder Wirkungshinweise. Dagegen sind andere Angaben, so insbesondere über Packungsgrößen, Mengen und Preise im Rahmen einer Erinnerungswerbung zulässig (BGH GRUR 1982, 684 - Arzneimittel-Preisangaben; GRUR 1983, 599 – Ginseng-Präparate; Gröning, a.a.O., § 4 Rn. 106; Doeppner, a.a.O., § 4 Rn. 73). Diese Angaben sind noch nicht von maßgeblicher medizinisch-gesundheitlicher Bedeutung. Soweit hier die Darreichungsformen mitgeteilt sind, mag dies mittelbar und entfernt zwar auch von Bedeutung sein im Zusammenhang mit der erforderlichen Dosierung. Indes steht hier im Vordergrund die Verpackungsgröße, aus der die notwendigen Schlussfolgerungen auf die Art und Weise der nötigen Anwendung üblicherweise so noch nicht geschlossen werden und geschlossen werden können. Entsprechendes gilt für die angestellten Preisvergleiche.

Keine andere Beurteilung ergibt sich auch durch die Mitteilung des Medikaments "Voltaren, 120 G Schmerzgel". Hierin findet sich zunächst zwar eindeutig auch eine Indikation und damit eine pharmakologisch relevante Angabe, da das Mittel eben gegen an dieser Stelle noch nicht näher definierte Schmerzen eingesetzt werden soll. Jedoch ist von der Antragsgegnerin erheblich eingewandt, dass dabei lediglich in zulässiger Weise mit der Bezeichnung des Arzneimittels geworben worden sei; das Anwendungsgebiet sei insoweit Bestandteil des zugelassenen Arzneimittels, das ohne diese Bezeichnung gar nicht in den Verkehr gebracht werden dürfe. In diesem Zusammenhang besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass in die Bezeichnung des Arzneimittels Indikationsangaben und andere medizinisch-pharmakologisch relevante Angaben mit einbezogen werden können, *ohne* dass damit der vom Gesetz gesetzte Rahmen einer Erinnerungswerbung gesprengt würde (entsprechend z.B. "rationpharm ASS Schmerztabletten; vgl. OLG Stuttgart MD 1994, 683; OLG Hamburg MD 2007, 1058; Doeppner, a.a.O., § 4 Rn. 71; Göning, a.a.O., § 4 Rn. 54; jew. m.w.N.). Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von § 4 VI 2 HWG und den insoweit formalistisch ausgestalteten arzneimittelrechtlichen Zulassungs- und Kennzeichnungsregelungen. Nach der Definition in § 4 VI 2 HWG erfordert die Erinnerungswerbung die Bezeichnung des Arzneimittels. Der Begriff der Bezeichnung des Arzneimittels ist derselbe wie im Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln. Danach ist Bezeichnung die Kennzeichnung eines Arzneimittels, unter der dieses zugelassen oder registriert worden ist und ohne die es nicht in den Verkehr gebracht werden darf (BGH GRUR 1983, 2077 – Kneipp Pflanzensaft, zu § 4 V HWG a.F.). Das Anwendungsgebiet darf insofern durchaus Bestandteil der Bezeichnung des Arzneimittels sein. Von daher schadet dieser Zusatz nicht, da "Schmerzgel", wie in der mündlichen Verhandlung auch durch die Vorlage der betreffenden Umverpackung und des Beipackzettels glaubhaft gemacht worden ist, tatsächlich Gegenstand der zugelassenen Arzneimittelbezeichnung ist. 20

Soweit alsdann noch gerügt worden ist, dass die Bezeichnung "Voltaren Schmerzgel" durch die Angabe "120 G" getrennt sei (also "Voltaren 120 G Schmerzgel" statt Voltaren Schmerzgel, 120 G) und es sich insofern nicht um eine bloße Wiederholung der Arzneimittelbezeichnung handle, so kann allein diese Abweichung, da dies für den Kunden keinen Unterschied macht und sich die Angabe "120 G" ersichtlich und für ihn bekannt auf die Menge bzw. Packungsgröße bezieht, zu keinem anderen Ergebnis führen. 21

Soweit der Antragssteller überdies das "Gemisch" aus Arzneimitteln und sonstigen apothekentypischen Produkten, wie es hier in der Internetwerbung vorliegt, beanstandet hat, ist festzustellen, dass das Verbot einer werblichen Trennung nach dem Klageantrag so nicht streitgegenständlich ist. Auch die Beanstandung, der Pflichttext bei einer Werbung müsse – so im Hinblick auf das Internetangebot für August 2007 – den jeweiligen Arzneimitteln 22

eindeutig zugeordnet werden können, ist, da nämlich der Pflichttext nicht erforderlich ist, vom Verfügungsantrag schließlich nicht umfasst.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 I, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

23