
Datum: 15.04.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 218/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0415.4U218.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 16 O 91/09
Schlagworte: Angabe von Anwendungsgebieten bei registrierten homöopathischen Arzneimitteln
Normen: §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2; 3; 4 Nr. 11 UWG; § 5 HWG

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30. Oktober 2009 verkündete Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teil-weise abgeändert.

1.

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd, für das registrierte homöopathische Arzneimittel U zu werben, in dem Angaben zur Monographie des Einzelwirkstoffs des Präparates getroffen werden, wenn dies geschieht, wie in der Broschüre „U2“, Seite 40, Anlage 1 zur Klageschrift.

2.

Für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot gemäß Ziffer 1. wird der Beklagten ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an den Geschäftsführern der Beklagten zu vollziehen ist.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 2/9 und die Beklagte 7/9. Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- A. 1
- Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die für Fachkreise eine Broschüre "U2" herausgibt, in Bezug auf das registrierte homöopathische Arzneimittel U die Unterlassung von - ihrer Ansicht nach - unzulässigen Angaben der Anwendungsgebiete i.S.v. § 5 HWG. Verletzungsgegenstand (= ursprünglicher Klageantrag zu 1 c) ist die Darstellung S. 40 der Broschüre, Anl. A 1 zur Klageschrift, wie folgt: 2
- Hinsichtlich der ursprünglichen Klageanträge zu 1 a) und b) hat die Klägerin die Klage zurückgenommen. Bezüglich der vormals ebenfalls geltend gemachten Abmahnkosten haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt. 3
- Hinsichtlich des Sachverhalts in erster Instanz und den genauen Klageantrag (der dem Tenor entspricht) wird gemäß § 540 I ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2 bis 4) Bezug genommen. 4
- Das Landgericht hat die Klage (zum Antrag zu 1 c) abgewiesen, dabei die Kosten des Rechtsstreits insgesamt gegeneinander aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Unterlassungsantrag schon daran scheitere, dass die streitgegenständlichen Angaben in einer Broschüre gemacht würden, die sich unstreitig nur an Fachkreise richte. Laien bzw. Verbraucher erhielten diese Broschüre nicht. Zielrichtung des Verbots des § 5 HWG sei es jedoch, den Verbraucher vor einer fehlerhaften Selbstmedikation zu schützen, da es für registrierte oder von der Registrierung freigestellte homöopathische Arzneimittel keinen Nachweis über die Wirkungen und Anwendungsgebiete gebe. Zwar sei es zutreffend, dass § 5 HWG anders als andere Vorschriften des HWG nicht zwischen Fachkreisen und Verbrauchern unterscheide. Angesichts des Schutzzwecks der Norm sei der Tatbestand mangels Bezugs zu dem geschützten Verbraucher nicht erfüllt. 5
- Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils (S. 4 f.) verwiesen. 6

Die Klägerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an, mit der sie den Antrag zu 1 c) mit der Ordnungsmittellandrohung gemäß Antrag zu 2) weiter verfolgt. Sie hält es nicht für maßgeblich, dass sich die Broschüre der Beklagten nur an Fachkreise richte. Es dürfte, so die Klägerin, dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechen, dass Ärzte und Heilpraktiker, die U verordneten, die Broschüre an Patienten zur Information auch weitergäben. Dass dies nicht passiere, könne die Beklagte nicht sicherstellen. Sie habe im Hinblick darauf auch nichts unternommen. Des Weiteren lasse sich die Auffassung des Landgerichts auch nicht in Einklang bringen mit dem klaren Wortlaut des § 5 HWG, der jede Werbung mit der Angabe von Anwendungsgebieten verbiete und nicht zwischen Werbung gegenüber Fachkreisen und außerhalb der Fachkreise differenziere. Dies sei keineswegs nur ein gesetzgeberisches Versehen. Dass nur ein generelles Verbot und nicht nur eines der Werbung außerhalb der Fachkreise dem gesetzgeberischen Willen entspreche, erschließe sich auch aus der rechtlichen Sonderstellung homöopathischer Arzneimittel im Arzneimittelgesetz und der zugrunde liegenden Gesetzesbegründung. Da bei homöopathischen Arzneimitteln ein Wirksamkeitsnachweis für ein bestimmtes Anwendungsgebiet in der Regel nicht zu führen sei, habe die Werbung mit Arzneimitteln gänzlich zu unterbleiben.

Die Klägerin beantragt,

9

in Abänderung des angefochtenen Urteils und unter Androhung der gesetzlichen 10
Ordnungsmittel die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd, für das
registrierte homöopathische Arzneimittel U zu werben, in dem Angaben zur Monographie des
Einzelwirkstoffs des Präparates getroffen werden, wenn dies geschieht wie in der Broschüre
"U2", Seite 40, Anlage 1 zur Klageschrift.

Die Beklagte beantragt,

11

die Berufung zurückzuweisen.

12

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie meint, die hier streitgegenständlichen 13
Aussagen in der Broschüre "U2" seien von den Vorgaben des HWG gedeckt. Der
Schutzzweck der Norm des § 5 HWG umfasse nicht den Schutz der hier unstrittig nicht
angesprochenen Laien bzw. Verbraucher. Der Ansatz der Klägerin, dass die unstrittig an
Fachkreise gerichtete Broschüre von den Fachkreisen auch an Laien bzw. Verbraucher
weitergeleitet werden könne, verfange nicht. Insbesondere lasse sich hieraus kein erweiterter
Schutzbereich des § 5 HWG ableiten. Es werde bestritten, dass Ärzte und Heilpraktiker, die
das streitgegenständliche Arzneimittel verordneten, diese Broschüre an Patienten zu
Informationszwecken weitergäben. Es werde auch bestritten, dass sie, die Beklagte, nicht
sicherstellen könne und auch nichts unternommen habe, dass die Broschüre nicht in den
Besitz von Verbrauchern gelange. Dadurch, dass die Broschüre lediglich an Fachkreise
abgegeben werde, sei von ihrer Seite aus alles Notwendige erfolgt, um eine unsachgemäße
Weitergabe zu verhindern. Es liege allein im Verantwortungsbereich der Ärzte und
Heilpraktiker, wenn diese ohne Zustimmung der Beklagten Materialien, die ausschließlich für
Fachkreise bestimmt seien, an Dritte weitergegeben würden. Die Klägerin könne sich auch
nicht auf den Wortlaut des § 5 HWG berufen. Aus dem Umstand, dass in dieser Vorschrift
keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Fachkreisen und Laien bzw. Verbrauchern
getroffen worden sei, könne im Umkehrschluss nicht abgeleitet werden, dass hierdurch ein
gesetzgeberischer Wille manifestiert worden sei, dass eine Außendarstellung
homöopathischer Arzneimittel, wie dem hier streitgegenständlichen U, nicht zulässig sei. Die
Differenzierung in § 11 bzw. 12 HWG sei insoweit nicht mit dem Anwendungsbereich des § 5
HWG vergleichbar, da dort gerade die unterschiedliche Reichweite von Werbeaussagen
gegenüber Fachkreisen auf der einen und Laien bzw. Verbrauchern auf der anderen Seite

gezogen werde. Vielmehr sei in diesem Zusammenhang die grundsätzliche Zielrichtung des HWG zu berücksichtigen. Dieses bezwecke den Schutz der Gesundheit des Einzelnen und der Allgemeinheit vor den Gefahren einer unsachgemäßen Selbstmedikation und einer unsachlichen Werbung. Insofern sei auf den Schutz der Gesundheit und den Schutz vor wirtschaftlicher Übervorteilung besonders schutzbedürftiger Personen, mithin Laien bzw. Verbrauchern, abzustellen. Ein Verstoß gegen diese Intention sei nur dann anzunehmen, wenn die betreffende Werbung zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung der vorstehend angesprochenen Verkehrskreise führe. Nach dem gesetzgeberischen Willen seien die Werbeverbote auch im Rahmen von § 5 HWG restriktiv, mithin lediglich bei einer Gefährdung der Gesundheit von Laien bzw. Verbrauchern anzuwenden. Ein ausuferndes, uneingeschränktes Werbeverbot, welches die Klägerin aus § 5 HWG herzuleiten versuche, entspreche weder dem gesetzgeberischen Willen, noch werde er den Schranken des Art. 12 GG gerecht. Dabei genossen homöopathische Arzneimittel auch keine gesetzgeberische Sonderstellung. Die streitgegenständlichen Passagen in der Broschüre "U2" stellten zudem keine werbetechnischen Aussagen bezüglich konkreter Anwendungsgebiete des streitgegenständlichen Arzneimittels dar. Vielmehr würden lediglich Angaben darüber getätigt, welche Arzneimittelbilder die Einzelbestandteile des Präparats hätten. Eine werbetechnische Hervorhebung spezieller Anwendungsgebiete i.S.v. § 5 HWG sei hiermit nicht verbunden. In der Broschüre werde durch drucktechnische Hervorhebung ausdrücklich auch ausgeführt, dass gerade keine besondere Bezugnahme auf die tatsächlichen Anwendungsgebiete des streitgegenständlichen homöopathischen Arzneimittels vorgenommen werde. Es sei auf die Monographie des Bundesgesundheitsamtes/Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (Kommission D) abgestellt worden, ohne die genannten Wirkstoffe einer konkreten Therapie zuzuordnen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 14

B. 15

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Sie kann von der Beklagten nach §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 5 HWG die Unterlassung von Angaben über Anwendungsgebiete bei dem registrierten Arzneimittel U gemäß der vorgelegten Broschüre Anl. 1 zur Klageschrift verlangen. 16

I. 17

Die allgemeinen Voraussetzungen des geltend gemachten wettbewerblichen Unterlassungsanspruchs sind erfüllt. Die Klägerin ist gemäß § 8 III Nr. 2 UWG klagebefugt. Die Beklagte hat mit der Herausgabe der streitgegenständlichen Broschüre geschäftlich im Sinne von § 2 I Nr. 1 UWG gehandelt. 18

Bei der Regelung des § 5 HWG handelt es auch sich um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 4 Rn. 11.135). 19

II. 20

Mit dieser Broschüre hat die Beklagte gegen das Werbeverbot des i.S.v. 5 HWG verstoßen. 21

1. 22

23

Nach § 5 HWG darf für homöopathische Arzneimittel, die nach dem Arzneimittelgesetz registriert oder von der Registrierung freigestellt sind, mit der Angabe von Anwendungsgebieten nicht geworben werden. Sinn und Zweck dieser Regelung sind in engem Zusammenhang mit der Zielsetzung der arzneimittelrechtlichen Sonderregelungen über die Registrierung von homöopathischen Arzneimitteln im Arzneimittelgesetz (§§ 38, 39) zu sehen. Anders als bei den zugelassenen Arzneimitteln werden beim nur registrierten Arzneimittel die Wirkungen und Anwendungsgebiete nicht überprüft, weil ein Wirksamkeitsnachweis typischerweise insoweit nicht oder kaum zu führen ist. Mangels nachgewiesener Wirkungen und entsprechender Überprüfungen soll der Verbraucher auch mittels des Werbeverbots vor einer fehlerhaften Selbstmedikation geschützt werden (vgl. BT-Drucks. 7/3060, S. 52 f.; Doepner, HWG, 2. Aufl. 2000, § 5 Rn. 2, 5; Bülow/Ring, HWG, 3. Aufl. 2005, § 5 Rn. 4 ff.; Fezer-Reinhart, UWG, 2005, § 4-S4 Rn. 421). Dabei wird grundsätzlich nicht zwischen Fachkreisen und Verbrauchern unterschieden.

2. a)

24

Zunächst handelt es sich bei der streitgegenständlichen Broschüre, die sich insoweit explizit auf das homöopathische Arzneimittel U bezieht, um Werbung. Werbung ist in diesem Zusammenhang jede informations- und meinungsbildende Aussage, die darauf abzielt, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu erwecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Heilmitteln zu beeinflussen (Senat, Urt. v. 29.11.2007, Az. 4 U 121/07, = Magazindienst 2008, 285; Fezer/Reinhart, a.a.O., § 4-S4 Rn. 360 m.w.N.; s.a. Art. 86 I des Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel, Richtlinie 2001/83/EG, ABl. L 311 S. 67). Das Absatzförderungsziel, das konstitutiv für den Begriff der Werbung ist, fehlt insoweit nur bei Informationen über die menschliche Gesundheit oder Krankheiten, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird. Letzteres ist vorliegend ersichtlich nicht der Fall.

25

b)

26

Alsdann hat die Beklagte auch mit der Angabe von Anwendungsgebieten geworben, da behauptet wird, die genannten sechs Wirkstoffe des Präparats wirkten im Einzelnen u.a. gegen Nieren- und Harnwegserkrankungen, Erkrankungen der Leber und Gallenblase, gegen Entzündungen und Steinbildungen und chronische Störungen des Leber-Galle-Systems, gegen Verkalkungen der Hirngefäße, gegen Schleimhauteiterung, Entzündungen und Koliken des Leber-Gallesystems, gegen Leberstörungen, chronische Leberstörungen (usw.). Der Begriff "Anwendungsgebiet" entspricht dabei dem Begriff der Indikation (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 16.03.2006, Az. 2 U 226/05). Dass hier über die genannten Wirkstoffe hinaus auch übergreifend die betreffenden Indikationen und Anwendungsgebiete für das beworbene Arzneimittel mitgeteilt werden, unterliegt insofern keinem Zweifel. Die beanstandeten Angaben beinhalten unmissverständlich die Aussage, dass das Produkt eben für diese Anwendungsgebiete geeignet sei, zumal unstreitig gerade auch die zugrunde liegende Monographie des BGA so aufgebaut ist, dass sie zunächst den Wirkstoff benennt und dann ausdrücklich die Anwendungsgebiete. In gleicher Weise gestaltet sich die Broschüre der Beklagten. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass es in der Darstellung darunter - völlig konträr - heißt "Anwendungsgebiete: Registriertes homöopathisches Arzneimittel, daher ohne Angabe einer therapeutischen Indikation".

27

3. a)

28

Das Werbeverbot des § 5 HWG ist nach seinem Wortlaut und seinem Sinn und Zweck auch dann nicht obsolet, wenn sich die Informationen nur an das Fachpublikum richten.

29

Abgesehen davon und ohne dass es entscheidend darauf ankommt, dass nicht ausgeschlossen ist und verhindert werden kann, dass Ärzte oder Heilpraktiker die gegebenen Informationen an die Patienten weitergeben, wie die Beklagte im Senatstermin auch eingeräumt hat, kann eine Beschränkung des Verbots auf Laienwerbung nicht festgestellt werden. Die gesetzliche Regelung ist insoweit generell gefasst. Eine Regelungslücke dergestalt, dass eine Werbung gegenüber dem Fachpublikum ausgenommen sein soll, kann mitnichten festgestellt werden. Die Vorschriften des HWG unterscheiden deutlich danach, ob eine Werbung generell oder nur gegenüber dem Laienpublikum verboten wird. Nur an ein Laienpublikum richten sich die Werbeverbote der §§ 11, 12 HWG. § 5 HWG ist dagegen nicht entsprechend eingeschränkt. Die adressatenbezogen unterschiedliche Reichweite von Werbeverböten im HWG soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der Adressatenkreis jeweils über eine unterschiedliche Sachkunde verfügt (Senat a.a.O.; Fezer/Reinhart, a.a.O., Rn. 371). Daher ist von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers ausgehen, das Werbeverbot des § 5 HWG zu generalisieren. Entscheidend hierfür spricht auch der Gesichtspunkt, dass bei homöopathischen Arzneimitteln ein Wirksamkeitsnachweis für ein bestimmtes Anwendungsgebiet bei einem Teil dieser Arzneimittel wegen des hohen Verdünnungsgrades und des damit verbundenen geringeren Gehalts an wirksamen Bestandteilen kaum zu führen ist (BT-Drucks. 7/3060, S. 52 f.; Doepner, a.a.O., § 5 Rn. 3). Fehlt es so an der Möglichkeit, konkrete Anwendungsgebiete zu umreißen, so ist es konsequent, auch die Werbung mit Anwendungsgebieten generell zu verbieten. Dieser Gesichtspunkt gilt gegenüber Fach- und Laienpublikum gleichermaßen (vgl. Senat, a.a.O.). In Ermangelung eines Wirksamkeitsnachweises soll die Angabe des Anwendungsgebiets insofern ebenfalls gegenüber den Fachkreisen unterbleiben. So jedenfalls stellt sich die gesetzgeberische Wertung dar, auch wenn sich die Schutzrichtung dieser Regelung vornehmlich auf den Verbraucher beziehen mag, der keine unsachgemäße Selbstmedikation vornehmen soll.

b)

30

Die Bestimmung des § 5 HWG ist auch nicht richtlinienkonform einschränkend dahin auszulegen, dass ein Verstoß hiergegen nur dann angenommen werden kann, wenn durch die Aussage zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung besonders schutzbedürftiger Personen ausgehe. Soweit sich insoweit etwa bei Köhler (a.a.O., § 4 Rn. 11.133 a) allgemein bezogen auf das HWG der Hinweis auf eine notwendige richtlinienkonforme Auslegung findet und in diesem Zusammenhang auch ohne Zweifel ist, dass durch die einschlägigen Richtlinien eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgen soll (EuGH GRUR 2008, 267 – Gintec) und dass von dem europäischen Recht insoweit nicht abgewichen werden darf, ist aber konkret in Bezug auf § 5 HWG in keiner Weise ersichtlich und auch vorgetragen, dass und inwieweit bei dieser Bestimmung ein Widerspruch zu den einschlägigen Richtlinien (insbes. 92/73/EWG und 2001/83 EG) bestehen soll.

31

Ebenso wenig rechtfertigt eine verfassungskonforme Auslegung in diesem Zusammenhang die Annahme, dass ein Verstoß jedenfalls auch gegen § 5 HWG nur dann anzunehmen sei, wenn die betreffende Werbung zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung der Verbraucher führe (vgl. hierzu allgemein Köhler a.a.O.). Die insoweit einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung rechtfertigt diesen Schluss wiederum nicht. Zwar liegt ein Verstoß etwa gegen § 11 I Nr. 10 HWG nur dann vor, wenn die Werbung zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führen kann (vgl. BGH GRUR 2004, 799). In dieser Entscheidung ging es indes allein um Publikumswerbung. Die Regelung des § 5 HWG formuliert jedoch ein generelles Verbot unter dem Gesichtspunkt mangelnder wissenschaftlicher Nachweise für die Wirksamkeit der homöopathischen Arzneimittel. Von

32

daher ist auch eine mittelbare Gesundheitsgefährdung schwerlich positiv festzustellen wie auch umgekehrt auszuschließen. Die genannte Einschränkung würde contra legem hier letztlich doch wieder eine Öffnung und Verwässerung des gesetzlichen Verbots bedeuten.

Alsdann kann im Einzelfall auch das Grundrechts aus Art. 5 I GG zu einer Verbotseinschränkung führen (vgl. BGH GRUR 2009, 511 - Schoenenberger Artischockensaft; GRUR 2009, 984 – Festbetragsfestsetzung). Indes vermag im vorliegenden Zusammenhang nicht nachvollzogen werden, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung nunmehr auch wieder die Nennung der Anwendungsgebiete der homöopathischen Arzneimittel erfordern würde, deren Wirksamkeit und Anwendungsbereich schon nicht überprüft und gesichert ist. 33

Schließlich ist auch eine verfassungsmäßige Einschränkung der in Art. 12 GG garantierten Berufungsfreiheit der Beklagten durch das Werbeverbot nicht erkennbar. Auch dann, wenn dieses Verbot, insbesondere mit Blick auf seine generelle Geltung, als einschlägige Berufungsausübungsregelung gewertet wird, ist es nicht unverhältnismäßig, zumal es dem Hersteller auch unbenommen ist, eine wissenschaftliche Klärung und eine Zulassung des Arzneimittels herbeizuführen, um nunmehr entsprechende Aussagen tätigen zu können. 34

Auf die Frage der Kenntnis der Fachkreise von der in Rede stehenden Monographie, die die Beklagte behauptet hat, kommt es im Übrigen nicht mehr an. 35

IV. 36

Auch ein bloßer Bagatelverstoß gemäß § 3 I UWG liegt nicht vor, weil das Gericht nicht befugt ist, das gesetzliche Werbeverbot des § 5 UWG eigenmächtig doch wieder im Sinne eines Verbots entsprechender Verbraucherwerbung einzuschränken. 37

V. 38

Die Ordnungsmittellandrohung ergibt sich aus § 890 I ZPO. 39

VI. 40

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 I, 91 a, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 41