
Datum: 12.01.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 92/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:0112.6U92.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 67/17

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 24.05.2017 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 67/17 – teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

I. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft – oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der Antragsgegnerin, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1) für das unter C® vertriebene verschreibungspflichtige Arzneimittel außerhalb der Fachkreise gemäß § 10 Abs. 1 HWG zu werben,

und/oder

2) mit der nachfolgenden Aussage (auch innerhalb der Fachkreise) zu werben:

„G gilt als sicheres und wirksames Mittel gegen Zecken und Flöhe“,

wenn dies wie auf der Seite www.H.com und nachfolgend wiedergegeben geschieht:



II. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Verfahrens tragen die die Antragstellerin und die Antragsgegnerin je zur Hälfte.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich des Vertriebs von Tierarzneimitteln und streiten über die Zulässigkeit der in konkreter Form zum Gegenstand des Antrages einer einstweiligen Verfügung gemachten Darstellung der Antragsgegnerin auf H.

Die Antragsgegnerin vertreibt u.a. das Tierarzneimittel C® mit dem Wirkstoff G zur Behandlung eines Zecken- und Flohbefalls bei Hunden. C® wurde im Jahr 2014 als Kautablette auf den Markt gebracht. Das Mittel hat eine lange Wirkdauer und bietet auch weitere Vorteile gegenüber anderen (teilweise zum Auftragen auf das Fell des Tieres verfügbaren) Mitteln zur Behandlung von Parasiten. Das Mittel wird von der Antragsgegnerin mit dem gleichen Wirkstoff auch zum Auftragen auf das Fell angeboten (sogenanntes „Spot-on“). Das Arzneimittel ist nach den vorgeschriebenen klinischen Studien entsprechend den Vorschriften der Europäischen Arzneimittelagentur und der Food an Drug Administration (amerikanische Zulassungsbehörde) und weiteren nationalen Zulassungsbehörden als verschreibungspflichtiges Arzneimittel in Europa, den USA sowie anderen Ländern auf der Grundlage der jeweiligen Zulassungsvorschriften zugelassen.

C® hat verschiedene Nebenwirkungen, die selten oder sehr selten auftreten. Hierzu gehören auch Krämpfe und Lethargie sowie weitere Nebenwirkungen, die jeweils vorübergehender Natur sind. Ergänzend wird auf die Anlagen AS 1, AS 2, AG 1, AG 2 und AG 5 Bezug genommen.

Auch andere Arzneimittel zur Bekämpfung von Parasiten haben vergleichbare, teilweise auch erheblichere Nebenwirkungen.

In den sozialen Medien wird massiv negativ über das Arzneimittel C® und die Antragsgegnerin diskutiert. Dabei werden dem Arzneimittel weitere Nebenwirkungen

1
2
3
4
5
6
7

zugeschrieben, die sich aus den verschiedenen Studien, die zur Zulassung des Medikaments geführt haben, nicht ergeben und für die hinreichende Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind. Hinsichtlich der einzelnen Berichte wird auf die Berufungsbegründung S. 8 ff. (Bl. 262 ff. d.A.) Bezug genommen. Darüber hinaus berichtete auch der Fernsehsender „S“ in dem Mittagsmagazin „Q“ über angebliche Gefahren, die von C® für die Gesundheit von Hunden ausgehen sollen.

Infolge dessen schaltete sich das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit ein und veröffentlichte am 01.02.2017 auf ihrer Webseite eine „Information zum Antiparasitikum C®“ (Anlage AS 4).

8

In der Folgezeit verbreitete die Antragsgegnerin über H folgende Posts:

9

10



11

[] []
[]



[] zuverlässiges Sicherheitsprofil und von 72 Zulassungsbehörden genehmigt.



Alle Fakten zu [] auf einen Blick!

[]

[]

12



[] ist sicher & schützt deinen Hund!

Alle Fakten zur Sicherheit und zum Schutz vor Flöhen und Zecken.

[]

Mehr dazu

13

Über einen elektronischen Verweis (Link) in der Anzeige, der mit „Mehr dazu“ umschrieben war, gelangte der Internetnutzer auf die Internetseite der Muttergesellschaft der Antragsgegnerin, die weitere Informationen enthält. Hinsichtlich des Inhalts dieser Webseite wird auf die Anlage BK5 Bezug genommen.

Die Antragstellerin, die in den Posts zum einen eine nach § 10 HWG unzulässige Werbung sah und die Aussagen zur Sicherheit und zum zuverlässigen Sicherheitsprofil für irreführend hielt, erwirkte am 24.03.2017 eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln (Az. 31 O 94/17), mit der der Antragsgegnerin bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel die vorstehend dargestellte Werbung im geschäftlichen Verkehr untersagt wurde. Das nach Widerspruch und Abgabe an die Kammer für Handelssachen ergangene Urteil des Landgerichts Köln (Az. 84 O 72/17) vom 24.05.2017 ist nach Rücknahme der Berufung rechtskräftig. 14

Nach Erlass der einstweiligen Verfügung stellte die Antragsgegnerin ihre Posts um und veröffentlichte die folgenden Darstellungen über die Internetplattform H: 15

1. 16



17

2. 18

19



Dabei wurden die jeweils dargestellten Texte abgeändert und es wird nicht mehr auf C® hingewiesen. Vielmehr enthält der an erster Stelle dargestellte Post keinen Namen und keinen Wirkstoff, der an zweiter Stelle genannte Post weist auf den Wirkstoff „G“ hin. In beiden Posts findet sich das Logo der Antragsgegnerin und die Bezeichnung N. 20

Die Antragstellerin hat in den Posts ebenfalls eine nach § 10 HWG unzulässige Werbung gesehen und ist hinsichtlich des an zweiter Stelle dargestellten Posts der Auffassung gewesen, dass dieser irreführend sei, weil er durch die Aussage „...gilt als sicheres und wirksames Mittel gegen Flöhe und Zecken“ suggeriere, dass das Mittel keine Nebenwirkungen habe. 21

Die Antragstellerin hat beantragt, die Antragsgegnerin zu verurteilen, 22

es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft – oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der Antragsgegnerin, zu unterlassen, 23

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs 24

1) für das unter C® vertriebene verschreibungspflichtige Arzneimittel außerhalb der Fachkreise gemäß § 10 Abs. 1 HWG zu werben, 25

und/oder 26

2) mit der nachfolgenden Aussage (auch innerhalb der Fachkreise) zu werben: 27

28

„G gilt als sicheres und wirksames Mittel gegen Zecken und Flöhe“,

jeweils wenn dies wie auf der Seite www.H.com und nachfolgend wiedergegeben geschieht. 29

1. 30

31

Ist dieses verschreibungspflichtige Medikament sicher für meinen Hund?



Alle Fakten zum Floh- und Zeckenschutzmittel

und/oder 32

2. 33

34

gilt als sicheres und wirksames Mittel
gegen Flöhe und Zecken



Schutz vor Flöhen und Zecken für
deinen Hund

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

35

den Antrag zurückzuweisen.

36

Die Antragsgegnerin hat die Ansicht vertreten, ein rechtliches Vorgehen gegen die Äußerungen im Rahmen der sozialen Netzwerke sei aussichtslos. Das gelte auch für ein Vorgehen gegen H. Allein das Schalten einer Informationsseite sei ebenfalls sinnlos, weil diese nicht wahrgenommen werde. Die Antragsgegnerin hat behauptet, sie habe die streitgegenständlichen Darstellungen allein geschaltet, um auf diese Seite hinzuweisen. Zur besseren Wahrnehmbarkeit sei die Seite auch mit Bildern versehen worden. Allen Posts sei gemein, dass diese keine überschießenden Informationen enthielten, die als werbliche Anpreisungen hätten verstanden werden können. Sie, die Antragsgegnerin, habe die Posts zudem nur gegenüber Personen erscheinen lassen, die entweder der Zielgruppe „kritische Hundehalter“ oder „Tiermediziner/Tiermedizinische Fachangestellte“ angehörten. Ebenso wie aber auch verleumderische Beiträge „geteilt“ und „geliked“ und dabei von Personen zur Kenntnis genommen werden könnten, die weder einen Hund hätten noch wüssten, was C® sei, habe sie es nicht verhindern müssen, dass ihre Posts durch „teilen und „liken“ von ebensolchen Personen gesehen werden könnten. Der Verfügungsantrag hinsichtlich der vermeintlichen Werbung für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel sei unbegründet, weil der Anwendungsbereich des HWG schon gar nicht eröffnet sei, die Posts aber jedenfalls aufgrund der besonderen Umstände des Falles durch Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt seien. Auch eine Irreführung sei nicht gegeben, C® sei sicher. Vor der Erstzulassung hätten die Aufsichtsbehörden die Unbedenklichkeit von C® festgestellt. Die weltweite Überwachung von C® in puncto Unbedenklichkeit habe weitere schlüssige Nachweise für die Sicherheit des Produktes erbracht. Seit Markteinführung im Jahre 2014 werde die Inzidenz aller unerwünschten Ereignisse mit „selten“, bei schwerwiegenden unerwünschten Ereignissen mit

37

„sehr selten“ beurteilt. Die am häufigsten gemeldeten unerwünschten Ereignisse seien milde und vorübergehende gastrointestinale Effekte, die in der Fachinformation angegeben seien. Aufgrund einer Überprüfung der Zulassungsbehörde EMA sei in der Fachinformation ab dem 16.03.2017 aufgenommen worden, dass in sehr seltenen Fällen in spontanen Berichten von Lethargie berichtet worden sei.

Das Landgericht hat dem Antrag insgesamt stattgegeben. Der Verfügungsgrund hinsichtlich des Antrages Ziffer 1 folge aus §§ 3, 3a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG i.V.m. § 10 Abs. 1 HWG. 38

Der Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 HWG sei eröffnet, weil die angegriffenen Darstellungen der Antragsgegnerin jeweils Werbung für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel i.S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG sei. Sie dienten der Absatzförderung. Auch habe die Antragsgegnerin nicht beeinflussen können, welche Personen mit der Werbung erreicht würden. Die Zielgruppe gehe jedenfalls über die Fachkreise hinaus. 39

Auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) könne sich die Antragsgegnerin nicht berufen. Zwar sei es denkbar, dass das Verbot der Publikumswerbung für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel, das an sich gegen das Werbeverbot des § 10 Abs. 1 HWG verstoße, durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gerechtfertigt sei. Allerdings habe sich die Antragsgegnerin nicht darauf beschränkt, neutral auf die Diskussion in den sozialen Netzwerken Bezug zu nehmen und auf ihre Faktenseite hinzuweisen, sondern habe ihr Arzneimittel in Wort und Bild beworben, ohne dass ein Zusammenhang mit der Diskussion in den sozialen Netzwerken überhaupt erkennbar wäre. 40

Der Verfügungsantrag Ziffer 2 sei ebenfalls begründet, weil die Werbung irreführend im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 b HWG sei, was das Landgericht weiter begründet. 41

Gegen diese Entscheidung, auf die gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. 42

Es sei bereits zweifelhaft, ob es mit dem Grundgesetz in Einklang stehe, Publikumswerbung für ein Tierarzneimittel generell und ausnahmslos zu untersagen. Zwar sei das Tierwohl ein zu berücksichtigender Teil des Gemeinwohls. Allerdings habe dies nicht denselben Rang wie die menschliche Gesundheit. 43

Ein pauschales Werbeverbot sei vor diesem Hintergrund weder erforderlich noch angemessen. Das theoretische Risiko, einen Tierarzt zu der Verschreibung eines bestimmten Arzneimittels zu drängen, stelle die Tierärzte ohne jeden Grund unter Generalverdacht. Dabei müsse im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass die Verschreibungspflicht hinreichenden Schutz für die Gesundheit biete. Dies gelte vor dem Hintergrund, dass das Verbot einen massiven Eingriff in die Berufsfreiheit der Tierarzneimittelhersteller begründe. Vor diesem Hintergrund habe der Bundesgerichtshof (Urteil vom 12.11.2009 – I ZR 210/07 – Tierarzneimittelversand) entschieden, dass der Versand verschreibungspflichtiger Tierarzneimittel keine Gefahr für die Gesundheit von Menschen oder Tieren begründe. Gleiches müsse für die vorliegende Werbung gelten. Der Eingriff sei bei Tierarzneimitteln nicht verhältnismäßig, zumal auch die Meinungsfreiheit eingeschränkt werde. Die Einschränkung der Werbung könnte allenfalls für Arzneimittel im Bereich der Nutztierhaltung gelten, soweit die Tiere zum Verzehr vorgesehen seien. 44

Wenn die Vorschrift des § 10 Abs. 1 HWG Anwendung fände, seien die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, weil es sich bei den angegriffenen Darstellungen nicht um Werbung im Sinne des HWG handele. Eine Werbung in diesem Sinn liege nicht vor, 45

wenn die werbliche Zielsetzung hinter anderen Beweggründen völlig zurücktrete. Dies sei hier der Fall. Die Posts enthielten keine überschießenden Informationen, die als werbliche Anpreisung angesehen werden könnten. Vielmehr würden lediglich Informationen und Fakten zur Verfügung gestellt. Jedenfalls müsste eine Differenzierung zwischen den einzelnen Aussagen erfolgen, die das Landgericht unterlassen habe.

Bezogen auf den an erster Stelle dargelegten Post würde nicht mit der Sicherheit und Wirksamkeit des Medikamentes geworben, so dass eine Unterlassung nicht in Betracht komme. 46

In Rahmen des Posts würde aber auch die Bezeichnung C® nicht genannt oder dessen Wirksamkeit thematisiert. Daher werde nicht produktbezogen geworben, so dass der Anwendungsbereich des HWG nicht eröffnet sei. Zwar werde das Logo der Antragsgegnerin dargestellt. Diese vertreibe aber auch weitere Mittel gegen Parasiten. Eine Individualisierung könne nur über den Link erfolgen. Dieser sei aber nicht Gegenstand der konkreten Verletzungsform, den die Antragstellerin zum Gegenstand ihres Antrages gemacht habe. 47

Soweit das Landgericht die Bilder berücksichtigt habe, um anzunehmen, es handele sich um eine Werbung, trage dies nicht. 48

Schließlich scheidet eine Unterlassungsverpflichtung aus, weil bei verfassungskonformer Auslegung im Einzelfall kein Verstoß gegen § 10 Abs. 1 HWG vorliege. 49

Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 HWG müsse verfassungskonform ausgelegt werden, weil sie Eingriffe in die Berufsfreiheit und die Meinungsäußerungsfreiheit darstelle. Auch die Rechte der Tierhalter auf Information würden verletzt. Daher seien die Eingriffe nur gerechtfertigt, wenn diesen ein höheres Schutzgut gegenüberstehe. 50

Hieraus ergebe sich jedenfalls, dass der Hersteller eines Arzneimittels sich gegen unsachliche Kampagnen zur Wehr setzen dürfe. Dies sei gegenüber einem unbestimmten Personenkreis möglich. Dabei dürfe auf die besonderen Eigenschaften eines Medikaments hingewiesen werden. 51

Vorliegend überwiege die Meinungs- und Berufsfreiheit der Antragsgegnerin andere Interessen deutlich. Das Landgericht habe bereits eine entsprechende Abwägung unterlassen. Im Rahmen der Abwägung müsse berücksichtigt werden, dass die Antragsgegnerin ihre Darstellungen auf das Medium beschränkt habe, in dem die Diskussion stattfindet. Sie habe auf die Nennung von Alleinstellungsmerkmalen verzichtet und lediglich zur Sicherheit und Wirksamkeit Stellung genommen, was auch Gegenstand der Auseinandersetzung im Internet gewesen sei. Schließlich habe sie ausdrücklich auf die laufende Diskussion Bezug genommen, was sich insbesondere aus der engen Verbindung zur Webseite mit weiteren Informationen ergebe. Diese Webseite halte sich strikt an belegte Fakten. Der werbliche Effekt trete vollständig zurück. 52

Das Landgericht habe bei seiner Entscheidung die vorgenannten Kriterien nicht hinreichend berücksichtigt. Es müsse darüber hinaus in die Erwägungen einbezogen werden, dass der Schutzzweck des § 10 Abs. 1 HWG nur marginal betroffen sei. Es liege fern, dass Tierhalter sich das Medikament anderweitig besorgen würden oder den Arzt zu einer Verschreibung drängten. 53

Letztlich diene die Aufklärung über C® der therapeutischen Entscheidungsfreiheit der Tierärzte und der Tiergesundheit. 54

Soweit die Antragsgegnerin im Rahmen des an erster Stelle dargestellten Posts eine Frage formuliert habe, würde – auch nach der Argumentation des Landgerichts – ein hinreichender Bezug zu der öffentlichen Diskussion hergestellt. Auch enthalte diese Anzeige keine Aussage zu einem Arzneimittel, sondern weise nur noch auf die Webseite mit weiteren Informationen hin.	55
Bei der Argumentation habe das Landgericht auch die enge Verbindung der Posts zu den jeweiligen Webseiten unberücksichtigt gelassen, obwohl eine solche offensichtlich sei und nur diese den Post letztlich erkläre.	56
Ziffer 2 des Tenors der angefochtenen Entscheidung könne keinen Bestand haben, weil durch die angegriffene Aussage nicht der Eindruck entstehe, das Arzneimittel habe keine Nebenwirkungen. Hinsichtlich der ersten konkreten Verletzungsform sei es aufzuheben, weil die Aussage sich in dieser nicht wiederfinde. Soweit sich das Verbot Ziffer 2 auch auf eine Äußerung gegenüber Fachkreisen beziehe, sei nicht ersichtlich, dass die Aussage auch insoweit irreführend sei.	57
Die Antragsgegnerin beantragt,	58
die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 24.05.2017, Az. 84 O 67/17, aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.	59
Die Antragstellerin beantragt,	60
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Tenor in Ziffer 2 nicht das Bild mit dem Zusatz „Ist dieses verschreibungspflichtige Medikament sicher für meinen Hund“ enthält.	61
Die Antragstellerin verteidigt das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.	62
II.	63
Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Antragsgegnerin hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.	64
1. Das Urteil ist zu bestätigen, soweit es sich auf den 2. dargestellten Post bezieht. Auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung, nach denen ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 3a, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG in Verbindung mit § 10 Abs. 1 HWG besteht, wird Bezug genommen. Das Werbeverbot in Art. 10 Abs. 1 HWG ist – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – auch in Bezug auf Tierarzneimittel nicht verfassungswidrig (dazu II 1 a). Auch handelt es sich bei dem an zweiter Stelle dargestellten Post um eine Werbung im Sinne des HWG (dazu II 1 b). Die Werbung ist auch unter Berücksichtigung der Grundrechte der Antragsgegnerin unzulässig (dazu II 1 c).	65
a) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist das Werbeverbot des § 10 Abs. 1 HWG für verschreibungspflichtige Tierarzneimittel auch bezogen auf nicht zum Verzehr geeignete Tiere nicht verfassungswidrig.	66
Gemäß § 10 Abs. 1 HWG darf nur gegenüber dem Fachpublikum für verschreibungspflichtige Arzneimittel geworben werden. Dies gilt auch für Tierarzneimittel.	67
Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 HWG ist in Bezug auf das allgemeine Werbeverbot außerhalb der Fachkreise nicht verfassungswidrig. Allerdings stellt das Werbeverbot des	68

Heilmittelwerbegesetzes im Grundsatz einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) der Hersteller von Tierarzneimitteln dar (vgl. BGH, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 213/06, BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung; BVerfG, Beschluss vom 20.03.2007, BvR 1226/06, GRUR 2007, 720 – Geistheiler; Beschluss vom 30.04.2004 – 1 BvR 2334/03, GRUR 2004, 797 – Faltenbehandlung).

Der Eingriff ist allerdings zulässig, wenn er durch ein allgemeines Gesetz erfolgt, das den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt (Art. 5 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Danach ist die gesetzliche Bestimmung mit den vorgenannten Vorschriften aufgrund ausreichender Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und trägt auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung (vgl. BVerfG, GRUR 2007, 720 – Geistheiler). 69

Zu den Belangen des Gemeinwohls gehört auch das Wohl der Tiere, nicht nur der Nutztiere (Art. 20a GG). Dies nimmt auch die Antragsgegnerin an. Zutreffend ist, dass dieses nicht das gleiche Gewicht hat wie die menschliche Gesundheit. Allerdings erfolgt ein Schutz vor dem Risiko des Versuchs der Einflussnahme auf den jeweiligen Tierarzt. Es soll diesem vorbehalten bleiben, ohne besondere Rücksicht auf die Tierhalter, die ihn in der Regel selbst vergüten, entscheiden zu können, ob und welche Medikamente er aufgrund seiner Expertise verschreiben möchte. Diese Möglichkeit der freien Entscheidung des Tierarztes kann durch Werbung erheblich beeinflusst werden, was bei den bekannten Wirkungen von Werbung naheliegt. Der durch die Verschreibungspflicht bereits erlangte Schutz auch davor, dass Medikamente über andere Wege ggf. im Ausland bezogen werden könnten, wird durch das Werbeverbot verstärkt. Es kommt hinzu, dass auch bei Tieren, die keine Nutztiere und daher nicht zum Verzehr geeignet sind, jedenfalls bei dem vorliegenden Arzneimittel eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit in Betracht kommt. Dies liegt zwar bei den meisten Tiermedikamenten, die solchen Tieren verabreicht werden, die nicht zum Verzehr bestimmt sind, eher fern (vgl. BGH, GRUR 2010, 542 – Tierarzneimittelversand). Die Antragstellerin weist jedoch zutreffend auf die Gefahren hin, die beim Verabreichen des Medikaments und dem Auftragen auf das Fell entstehen können. 70

Dem steht der Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Antragsgegnerin nicht entgegen. Denn die Produktion und der Vertrieb werden nur im für die gesetzlichen Schutzzwecke erforderlichen Maß eingeschränkt. 71

Soweit eine Einschränkung des Werbeverbotes im Einzelfall durch die Verfassung geboten sein kann (vgl. BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung), führt dies nicht dazu, dass angenommen werden könnte, das Gesetz könnte die Werbung für Tierarzneimittel bei Nicht-Nutztieren (insbesondere Tieren, die nicht zum Verzehr gehalten werden) nicht grundsätzlich untersagen. 72

b) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin handelt es sich – wie auch das Landgericht mit zutreffender Begründung angenommen hat – bei der an zweiter Stelle angegriffenen Darstellung auch um Werbung im Sinne des § 10 HWG. 73

Werbung für ein Arzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 HWG umfasst alle produkt- oder leistungsbezogenen Aussagen, die darauf angelegt sind, den Absatz des beworbenen Arzneimittels zu fördern. Die Nennung eines bestimmten Arzneimittelnamens stellt sich, wie auch aus § 4 Abs. 6 Satz 2 HWG folgt, regelmäßig als eine für die Absatzförderung des Mittels geeignete Maßnahme dar und wird vom Verkehr als eine dieser Förderung auch dienende Maßnahme verstanden. Für die Anwendung der Vorschriften des 74

Heilmittelwerbegesetzes reicht es nach dessen Schutzzweck aus, dass die betreffende Maßnahme neben anderen Zwecken auch auf den Absatz eines oder mehrerer bestimmter Arzneimittel gerichtet ist (vgl. BGHZ 180,355 – Festbetragsfestsetzung).

Diese Auslegung steht im Einklang mit dem in Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel verwendeten Begriff der Werbung für Arzneimittel, der alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel umfasst, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimittel zu fördern. Auch danach kommt es maßgeblich darauf an, ob die betreffende Maßnahme (auch) den Zweck hat, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch des Arzneimittels zu fördern, oder ob es sich um eine Angabe handelt, die ohne eine solche Werbeabsicht nur anderen Zwecken dient (BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung). 75

Nach diesen Grundsätzen hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass der der einstweiligen Verfügung zugrundeliegende und an zweiter Stelle dargestellte Post eine Werbung in dem vorgenannten Sinn darstellt. Denn der Sinn der Anzeige ist, die angesprochenen Verbraucher auf das Arzneimittel aufmerksam zu machen. Dabei reicht es aus, wenn die werbende Funktion, die auf die Förderung des Absatzes gerichtet ist, neben weiteren Zielen (hier der Aufklärung über vermeintliche falsche Aussagen im Internet und einen „Shitstorm“) steht (vgl. BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung). 76

Die Antragsgegnerin hat blickfangmäßig durch ein Bild das Interesse der Rezipienten erweckt. Diese Darstellung erfolgte ausdrücklich, um die Aufmerksamkeit der Rezipienten zu erlangen. Die Antragsgegnerin hat prominent auf die Wirkungen des Arzneimittels („Schutz vor Flöhen und Zecken für deinen Hund“) hingewiesen und die Sicherheit und Wirksamkeit des Mittels in den Vordergrund gestellt. Nachteilige Aspekte wie die Nebenwirkungen oder Ähnliches werden nicht genannt. Damit behält die Anzeige ihre werbliche Zielsetzung, was sich auch daraus ergibt, dass die Antragsgegnerin selbst einräumt, den Absatz fördern zu wollen. Denn sie will den im Internet veröffentlichten Äußerungen entgegentreten, um keine weiteren Absatzeinbußen zu erleiden. Vor diesem Hintergrund kann entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht angenommen werden, der werbliche Charakter des Posts trete vollständig in den Hintergrund. 77

Auch soweit die Antragsgegnerin meint, dass lediglich Fakten zur Verfügung gestellt werden, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Denn eben dies soll auf das Produkt aufmerksam machen und daher den Absatz fördern. Eine besondere werbliche Anpreisung ist hierfür nicht erforderlich. 78

Dabei stellt es keinen zu strengen Maßstab dar, wenn gefordert wird, dass der werbliche Charakter völlig hinter die Informationsfunktion der Anzeige zurücktritt, zumal es sich ersichtlich nicht um eine reine Imagewerbung, sondern eine Werbung für ein konkretes Produkt handelt (vgl. BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung). 79

Die Tatsache, dass in dem Post lediglich der Wirkstoff „G“ und nicht das Medikament C® genannt wird, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar nimmt die Antragsgegnerin mit Recht an, dass der Anwendungsbereich des HWG nur eröffnet ist, wenn die Werbung produktbezogen ist. Im Unterschied hierzu ist eine reine Vertrauenswerbung für Unternehmen nicht vom HWG erfasst. Ob eine produktbezogene Werbung vorliegt, ist auf der Basis einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalles zu entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, ob nach dem Gesamtbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens im Vordergrund steht, oder 80

die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Arzneimittel (vgl. Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand: Januar 2015, § 1 HWG Rn. 23, mwN). So kann schon die Benennung eines Unternehmens, das lediglich einen Wirkstoff für ein Medikament herstellt, Produktbezug haben. Das gilt jedenfalls, wenn der Wirkstoff genannt wird, der lediglich von einem Unternehmen vermarktet wird (vgl. Brixus in Bülow/Ring/Arzt/Brixus, HWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 3).

Für die Bestimmung ist zu berücksichtigen, wie die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen auch die Mitglieder des Senates gehören, die Werbung verstehen (vgl. Gröning, Heilmittelwerberecht aaO, § 1 HWG Rn. 23). 81

Vorliegend stellt die Antragsgegnerin ihr Logo und die Bezeichnung „N“ als Überschrift über den Post. Sodann wird auf den Wirkstoff „G“ hingewiesen, der als sicheres und wirksames Mittel gegen Flöhe und Zwecke gelte. Damit wird deutlich, dass die Werbung nicht lediglich eine Image- oder Unternehmenswerbung ist, sondern auf das Medikament mit dem Wirkstoff „G“ Bezug nimmt. Aufgrund der Patentierung des Wirkstoffs kann es sich dabei nur um C® handeln. 82

Damit wird nicht lediglich aufgrund des in dem Post enthaltenen elektronischen Verweises (Links) ein konkreter Bezug zu dem Produkt hergestellt. 83

c) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin führen auch die Grundrechte der Antragsgegnerin auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht zu einem anderen Ergebnis. Allerdings ist eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Werbeverbots nach § 10 Abs. 1 HWG und der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht der Beklagten auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vorzunehmen. 84

Aus den genannten Grundrechten ergibt sich, dass der Hersteller eines Tierarzneimittels berechtigt sein muss, sich gegen negative Kampagnen zur Wehr zu setzen, wenn es eine umfassende Diskussion in der Öffentlichkeit gibt. Dies kann auch gegenüber einem unbestimmten Personenkreis möglich sein und es darf in diesem Zusammenhang auf die Eigenschaften des Medikaments hingewiesen werden (vgl. BGHZ 180, 355 – Festbetragsfestsetzung). 85

Dennoch geht diese Abwägung vorliegend zu Lasten der Antragsgegnerin. Zwar führt diese zutreffend an, dass die angegriffenen Darstellungen auf die Werbung über die Internetplattform „H“ beschränkt blieben, während von dort auch die aus Sicht der Antragsgegnerin maßgebliche Kritik erfolgte. Auch Alleinstellungsmerkmale des Medikaments, die eine höhere werbliche Wirkung haben könnten, werden nicht genannt. Gegen die Zulässigkeit der Werbung sprechen indes die oben dargelegten gesetzgeberischen Ziele in Bezug auf das Tierwohl, aber auch die Gesundheit der Tierhalter. 86

Nach Auffassung des Senats kommt, wie bereits das Landgericht angenommen hat, eine Einschränkung des Werbeverbots gemäß § 10 Abs. 1 HWG unter Berücksichtigung dieser Ziele von vorne herein nur in Betracht, wenn die Werbung einen hinreichenden Bezug auf die Auseinandersetzung nimmt und der Rezipient erkennt, dass die Darstellung eine Reaktion auf die Diskussion darstellt. Denn nur damit wird für die angesprochenen Verkehrskreise deutlich, dass sich der Arzneimittelhersteller gegen eine solche Kampagne wendet. Wird dies im Rahmen der Werbung nicht deutlich, stellen sich die Posts als allgemeine und daher unzulässige Werbung dar. Wie der Bezug hergestellt wird, ist nicht erheblich. So mag es möglich sein, einen solchen Bezug ausdrücklich herzustellen oder auch dadurch, dass das Medikament im Rahmen der konkret angegriffenen Werbung im Wesentlichen nur für 87

diejenigen Personen erkennbar ist, die auch die Diskussion kennen (s.u.).

Nach diesen Grundsätzen nimmt entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin die Darstellung nicht mit hinreichender Deutlichkeit Bezug auf die öffentlich geführte und teilweise unsachliche Auseinandersetzung, in die sich auch der Fernsehsender „S“ und eine Behörde eingeschaltet haben. Allein die Tatsache, dass die Antragsgegnerin vermeintliche Fakten darstellt, vermag keinen hinreichenden Bezug zu begründen. Denn dies setzt voraus, dass dem Rezipienten die Diskussion überhaupt bekannt ist. Da die Posts aber – unstrittig – nicht nur den Teilnehmern der Diskussionsforen, sondern allgemein beispielsweise der Gruppe von kritischen Tierhaltern gezeigt werden und über die Darstellung des Wirkstoffs ein Rückschluss auf das konkrete Arzneimittel möglich ist, wird nicht hinreichend deutlich, dass eine Auseinandersetzung mit der vorangegangenen Darstellung erfolgt. 88

Vor diesem Hintergrund werden die Schutzzwecke des § 10 Abs. 1 HWG entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nicht nur marginal betroffen. Es liegt nach der Lebenserfahrung keineswegs fern, dass Tierhalter aufgrund der Werbung einen Tierarzt zur Verschreibung drängen oder – zumal sie für die Behandlungskosten in der Regel selbst aufkommen müssen – versuchen, das Arzneimittel ohne Konsultation eines Tierarztes zu erhalten. Damit dient die Werbung – anders als die Antragsgegnerin meint – nicht der therapeutischen Entscheidungsfreiheit der Tierärzte. 89

Auch soweit eine Weiterleitung auf die Internetseite der Muttergesellschaft der Antragsgegnerin erfolgt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis, unabhängig davon, ob diese überhaupt zu berücksichtigen ist. Zwar kann die Darstellung einer Faktenseite im Internet im Grundsatz auch bei einem verschreibungspflichtigen Arzneimittel zulässig sein. Die Zulässigkeit dieser Internetseite ist aber nicht Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Auch nimmt die Rechtsprechung an, dass kein besonderer Hinweis auf diese Internetseite erfolgen darf. Gegen einen solchen Hinweis auf diese Internetseite wendet sich aber der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. 90

Ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen dies anders zu beurteilen sein mag, wenn eine Bezugnahme auf die Diskussion erfolgt und so für jeden Rezipienten erkennbar wird, dass die Darstellung Teil einer öffentlich geführten Auseinandersetzung ist, kann an dieser Stelle dahinstehen. 91

2. Das Urteil ist aufzuheben, soweit sich die Verurteilung auf den an erster Stelle dargestellten Post bezogen hat. Zwar handelt es sich auch insoweit um Werbung im Sinne des HWG (dazu II 2 a). Diese ist aber bei verfassungskonformer Auslegung des § 10 HWG zulässig (dazu II 2 b). 92

a) Nach den unter Ziffer II 1 b dargestellten Grundsätzen handelt es sich auch bei dem an erster Stelle dargestellten Post um eine Werbung im Sinne des § 1 Abs. 1 HWG. 93

Vorliegend stellt die Antragsgegnerin ebenfalls ihr Logo und die Bezeichnung „N“ als Überschrift über den Post. Sodann wird die Frage formuliert, „Ist dieses verschreibungspflichtige Medikament sicher für meinen Hund?“. Allein durch diese konkrete Frage nach einem bestimmten „verschreibungspflichtigen Medikament“ wird deutlich, dass die Werbung nicht lediglich eine Image- oder Unternehmenswerbung ist, sondern sich auf ein bestimmtes („dieses“) verschreibungspflichtige Medikament bezieht. Weiter wird der Anwendungsbereich des Medikaments genannt, indem folgendes dargestellt wird: „Alle Fakten zum Floh- und Zeckenschutzmittel“. Dies erfolgt vor dem Hintergrund einer unstrittig in der Öffentlichkeit geführten Diskussion über das Medikament „C®“. Vor diesem 94

Hintergrund ist die Anzeige schon objektiv offensichtlich darauf ausgerichtet, dieses Arzneimittel konkret in den Vordergrund zu stellen. Dies werden die angesprochenen Verkehrskreise jedenfalls zu wesentlichen Teilen auch in dieser Form wahrnehmen, weil sich die Werbung auch – nach dem Vortrag der Antragsgegnerin sogar in erster Linie – an den nicht unerheblichen Teil der Rezipienten der Darstellung richtet, die die Diskussion über das Arzneimittel kennen.

b) Allerdings ist die Darstellung des Posts nach den unter II 1 b dargestellten Grundsätzen zulässig, weil die Abwägung zwischen dem Ausmaß der Gefahren, die durch die Veröffentlichung des beanstandeten und an erster Stelle dargestellten Posts und der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht der Antragsgegnerin auf Meinungsfreiheit die werbliche Darstellung der Antragsgegnerin rechtfertigt. 95

Zunächst nimmt die Darstellung hinreichend Bezug auf die Diskussion, weil diese als Werbung für ein konkretes Produkt nur für denjenigen erkennbar wird, der die Diskussion und damit den „Shitstorm“ gegen das Produkt C® kennt. Denn der Name des Produkts wird in der beanstandeten Werbung nicht genannt, auch wenn die Werbung sich – wie dargelegt – auf ein bestimmtes Arzneimittel bezieht und beziehen soll. Allein die Darstellung der Bezeichnung „N“ und die Anwendungsgebiete rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Der Rezipient einer solchen Werbung auf der Internetplattform „H“ wird sich mit der Darstellung nicht weiter auseinandersetzen, wenn sein Interesse nicht aufgrund einer anderweitigen Kenntnis von der Diskussion über das Arzneimittel geweckt wird. 96

Die damit verbundene Einschränkung auf diejenigen Rezipienten der Werbung, denen die Diskussion bekannt ist, ist im Rahmen der Abwägung ebenfalls zu berücksichtigen. Für die Zulässigkeit spricht im Rahmen der konkreten Abwägung auch, dass nicht die besonderen Vorteile des Mittels beworben werden, sondern die Sicherheit und Zuverlässigkeit Gegenstand der Darstellung der Antragsgegnerin ist, die auch Gegenstand der auf der Plattform „H“ geführten Diskussion ist. 97

Insgesamt wird vor diesem Hintergrund letztlich nicht ein breiter Kreis von Tierhaltern angesprochen, der auf das Mittel C® oder den Wirkstoff „G“ aufmerksam gemacht werden soll, um somit eine Verschreibung durch den Tierarzt zu erreichen oder sich das Arzneimittel ggf. anderweitig zu beschaffen, sondern es werden lediglich die Personen angesprochen, denen das Arzneimittel und die Diskussion hierüber bereits bekannt ist. Die mit einer solchen Werbung verbundenen Risiken, denen der Gesetzgeber durch das Werbeverbot begegnen will, können daher bei diesem Personenkreis kaum erreicht werden. Vielmehr müssen die schädlichen Wirkungen dieser Werbung gegenüber dem Interesse der Antragsgegnerin, sich (auch öffentlich) in der konkret zum Gegenstand des Antrages gemachten Form in die Diskussion um die Gefahren und Risiken sowie Wirkungen ihres Arzneimittels einzubringen, um das Risiko eines Absatzrückgangs aufgrund einer nicht unter fachlichen Gesichtspunkten geführten Diskussion im Internet und insbesondere auf der Plattform „H“ zu minimieren, zurücktreten. 98

3. Die Berufung hat keinen Erfolg, soweit das Landgericht davon ausgegangen ist, dass der von der Antragstellerin erhobene Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die Darstellung „G gilt als sicheres und wirksames Mittel gegen Zecken und Flöhe“ aus § 8 UWG gegeben ist, weil die beanstandeten Angaben in der angegriffenen werblichen Darstellung irreführend sind. 99

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt; nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, 100

wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale der Ware enthält. Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Bei § 3 S. 1 und 2 HWG handelt es sich um solche Marktverhaltensregelungen (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.2015 – I ZR 29/14 – Äquipotenzangabe in Fachinformation).

§ 3 Satz 2 Nr. 2 lit. b HWG verbietet Werbeaussagen für Arzneimittel, die fälschlich den Eindruck erwecken, dass bei bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch keine schädlichen Wirkungen eintreten, was etwa durch Titulierungen wie „unschädlich“, „unbedenklich“, „harmlos“ oder „frei von...“, aber auch durch Verschweigen schädlicher Wirkungen erfolgen kann (vgl. Zimmermann in Zimmermann, HWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 7). 101

An die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage sind bei gesundheitsbezogenen Angaben besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können (vgl. BGH, Urteil vom 06.02.2013 – I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil, mwN). Dies gilt auch für Tierarzneimittel, was sich daraus ergibt, dass der Schutz des Tieres in das Grundgesetz aufgenommen ist (Art. 20a GG). 102

Die angefochtene werbliche Darstellung der Antragsgegnerin wirbt damit, dass C® bzw. der in diesem enthaltene Wirkstoff „G“ „als sicheres und wirksames Mittel gegen Zecken und Flöhe“ gelte. 103

Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass die angesprochenen Verkehrskreise dies dahin verstehen werden, dass das Arzneimittel keine Nebenwirkungen hat. Denn nur dann kann es als „sicher“ angesehen werden. Zwar macht die Antragsgegnerin mit Recht geltend, dass das Arzneimittel zugelassen ist und daher auch von einem positiven Verhältnis zwischen Nebenwirkungen und angestrebten Behandlungserfolg auszugehen ist. Wie die Antragstellerin allerdings mit Recht anmerkt, weist die werbliche Darstellung aber isoliert auf die Sicherheit des Mittels hin. Allein durch diese besondere Herausstellung wird der angesprochene Verkehr die Aussage als besonderes Merkmal des Produkts der Antragsgegnerin empfinden und davon ausgehen, es könnten keine Nebenwirkungen auftreten. Einer Differenzierung zwischen den Fachkreisen und den Verbrauchern bedarf es nicht. 104

4. Einer weiteren Klarstellung, soweit sich die vom Landgericht untersagte Aussage „G gilt als sicheres und wirksames Mittel gegen Zecken und Flöhe“ auch auf den an erster Stelle dargestellten Post bezogen haben könnte, bedurfte es nicht. Die Verurteilung bezieht sich nach der teilweisen Abänderung der Entscheidung insgesamt lediglich auf den an zweiter Stelle dargestellten Post. 105

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig. 106

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt: 200.000 €. 107
