Oberlandesgericht Hamm, I-4 U 141/12

Datum:	13.12.2012
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-4 U 141/12
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2012:1213.I4U141.12.00

Vorinstanz:	Landgericht Bielefeld, 16 O 42/12
Schlagworte:	Schüßler-Salze, homöopathische Arzneimittel, Schwangerschaft, Hebamme, falsches Wirkungsversprechen, Heilmittelwerbegesetz, irreführende Werbung
Normen:	§§ 3,4, 5 HWG; 3, 8, 12 UWG

Leitsätze:

Die in der Deutschen Hebammenzeitschrift in Bezug auf zwei homöopathische Arzneimittel veröffentlichte Werbeaussage „Schüßler-Salze … Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ ist irreführend, weil sie auch aus Sicht der angesprochenen fachkundigen Hebammen ein falsches Wirkungsversprechen im Sinne von § 3 Nr. 1 Heilmittelwerbegesetz enthält.

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 20. Juni 2012 verkündete Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass im Urteilstenor des Landgerichts vor dem Wort „wie“ die Passage eingefügt wird: „in der Deutschen Hebammenzeitschrift“.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Der Antragsteller hat nach seiner Satzung die Aufgabe, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren, und achtet insbesondere darauf, dass die Regeln des lauteren Wettbewerbs eingehalten werden. Die Antragsgegnerin vertreibt die sog.

T2-Salze (teilweise) als homöopathische Arzneimittel, die als solche registriert, aber nicht mit Anwendungsgebieten zugelassen sind.

Die Antragsgegnerin warb im Heft Nr. 3 / 2012 der „Hebammen Zeitschrift“ ganzseitig (Anlage A 1 Bl.7) mit der Inseratsüberschrift

„T2-Salze von Pflüger

Sanfte Begleiter

in der Schwangerschaft.“

In dieser Anzeige sind die T2-T6-Produkte

-7 Magnesium phosphoricum D 6

-11 Silicea Lotion und

-2 Calcium phosphoricum D 6

abgebildet, von denen die Präparate mit den Nrn. 7 und 2 registrierte Arzneimittel mit einem Verdünnungsgrad D 6 sind.

Auf den Packungsbeilagen dieser Arzneimittel hieß es zur Zeit der beanstandeten Werbung wörtlich oder wortähnlich:

„Was müssen Sie in der Schwangerschaft beachten?

Da keine ausreichend dokumentierten Erfahrungen zur Anwendung in der Schwangerschaft und Stillzeit vorliegen, sollte das Arzneimittel nur nach Rücksprache mit dem Arzt angewendet werden.“ (Anlagen A 4 bis A 6 Bl.16 –18).

Der Antragsteller hat diese Zeitschriftenwerbung als einen Verstoß gegen § 5 HWG angesehen, weil mit Anwendungsgebieten geworben worden sei. Außerdem hat er die Werbung auch für irreführend im Sinne des § 3 HWG gehalten, weil entgegen der Werbeaussage auf deren Packung vor der Anwendung in der Schwangerschaft ausdrücklich gewarnt werde. Zudem komme den Mitteln die beschriebene Wirkung nicht zu. Es fehle an jedem wissenschaftlichen Wirkungsnachweis der betreffenden Arzneimittel. Der Antragsteller hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20. April 2012 (Anlage A 2 Bl.9 ff.) erfolglos abgemahnt.

Mit dem am 4. Mai 2012 bei Gericht eingegangenen Antrag hat der Antragsteller unter Bezugnahme auf § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG einen Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend

gemacht. Er hat erneut die Auffassung vertreten, in dem Hinweis auf die Schwangerschaft sei eine Anwendungsempfehlung zu sehen, die nach § 5 HWG nicht zulässig sei. Außerdem stehe der warnende Hinweis in den Packungsbeilagen in einem unauflösbaren Gegensatz zu der beworbenen Anwendungsempfehlung während der Schwangerschaft. Aufgrund dieser Werbung würden die Schwangeren über die sie betreuenden Hebammen veranlasst, die Arzneimittel unbedenklich anzuwenden, ohne zuvor ärztlichen Rat einzuholen. Die Antragsgegnerin empfehle die Salze mit der beanstandeten Werbung ausdrücklich für die Anwendung in der Schwangerschaft. Die Salze sollen danach sanft Positives für die Schwangeren bewirken, wofür es aber an jedem Nachweis fehle. Es sei noch nicht einmal klar, ob die Salze auch während der Schwangerschaft unbedenklich eingenommen werden könnten.

Der Antragsteller hat beantragt, 20

der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu 21

untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu werben: 22

23

„T2-Salze von Pflüger 24

Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft.“ 25

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 26

den Antrag zurückzuweisen. 27

Sie hat gemeint, die Werbung betreffe keine Anwendungsgebiete im Sinne von § 5 HWG, da die Schwangerschaft keine Krankheit sei. Die Werbeaussage, die sich an Fachkreisangehörige im Sinne von § 2 HWG richte, sei auch nicht irreführend. Sie enthalte weder Wirkungsaussagen noch habe sie eine konkrete Zweckbestimmung. Die Worte „Sanfte Begleiter“ seien so zu verstehen, dass für die beworbenen Arzneimittel keine oder allenfalls geringe Risiken wie Neben- und Wechselwirkungen bekannt seien. Die Aussage beziehe sich somit nur auf das Risikoprofil. Es werde in den Packungsbeilagen auch nicht vor konkreten Risiken gewarnt. Solche Risiken seien auch nicht bekannt. Auch bei sanft oder schonend wirkenden Arzneimitteln könnten unerwünschte Wirkungen nie völlig ausgeschlossen werden, weshalb die Risikohinweise als allgemeine Hinweise zum Umgang mit Arzneimitteln in der Schwangerschaft erforderlich seien. 28

Nach der Behauptung der Antragsgegnerin hat die Packungsbeilage zur Silicea Lotion (Nr.11) schon zum Zeitpunkt der Zeitschriftenwerbung einen anderen Wortlaut gehabt, nämlich: 29

„Was müssen Sie in der Schwangerschaft beachten? 30

Fragen Sie vor der Anwendung von allen Arzneimitteln ihren Arzt um Rat.“ 31

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung für begründet gehalten. Es hat ausgeführt, dass die Antragsgegnerin gegen § 3 HWG verstoßen habe, also gegen eine Vorschrift, die eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstelle. Die Werbeaussage „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ sei irreführend, da sie den damit beworbenen Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder sonstige Wirkung 32

beilege, die diese nicht hätten. Diese Aussage beinhalte zum einen, dass das Mittel gerade zur Einnahme während der Schwangerschaft geeignet sei und für Schwangere keine nachteiligen Nebenwirkungen in Betracht kämen. Zum anderen suggeriere die Bezeichnung als „Begleiter“, dass das Mittel auch zur regelmäßigen und dauerhaften Einnahme während der Schwangerschaft geeignet sei. Die Schwangerschaft stelle sich danach als ein spezieller Einsatzbereich für diese Mittel dar, etwa in dem Sinne, dass auch positive, unterstützende Wirkungen entfaltet würden wie etwa die Linderung von Schwangerschaftsbeschwerden. Eine solche Vorstellung sei aber auch unter Zugrundelegung des eigenen Vorbringens der Antragsgegnerin unrichtig. Sie habe nicht dargelegt, dass die Mittel gerade spezielle positive Wirkungen für die angesprochenen Schwangeren entfalten würden, die ihre besondere Eignung zur Anwendung in der Schwangerschaft begründen könnten. Angesichts dessen könnte dahinstehen, ob die Packungsbeilage hinsichtlich des T2-Salzes Nr. 11 geändert worden sei. Es komme nämlich nicht mehr darauf an, ob die der Werbeaussage widersprechenden Angaben in den Packungsbeilagen eine Fehlvorstellung bewirkten. Es spiele auch keine Rolle, dass die Werbung möglicherweise ganz oder überwiegend an Hebammen und damit an Fachkreise gerichtet sei. Auch für eine solche Werbung gelte das Verbot irreführender Heilmittelwerbung. Es könne letztlich auch offen bleiben, ob es sich zusätzlich um eine unzulässige Werbung mit Anwendungsgebieten im Sinne des § 5 HWG gehandelt habe.

33

Die Antragsgegnerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie meint, das Landgericht habe zu Unrecht einen Verstoß gegen § 3 S. 2 Nr. 1 HWG angenommen, weil die beanstandete Werbung den homöopathischen Arzneimitteln Wirkungen beigelegt hätte, die diese nicht hätten. So sei der Werbung mit der Aussage „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ schon nicht der Aussagegehalt zu entnehmen, dass die Schwangerschaft ein „spezieller Einsatzbereich“ der beworbenen Arzneimittel sei und die Adressaten der Werbung deshalb besondere Schwangerschaftsindikationen erwarteten. Dem stünde schon entgegen, dass die Werbeaussage sich in ihrer Pauschalität auf alle 27 verschiedenen T2 Salze beziehe. Diese könnten nicht alle spezielle Schwangerschafts-Indikationen aufweisen. Hebammen sei auch das Thema Arzneimittel in der Schwangerschaft im Hinblick auf Risiken und Nebenwirkungen bekannt und bewusst. Deshalb seien sie bemüht, ihren Patientinnen Empfehlungen für die Einnahme von Arzneimitteln zu geben. Dabei ginge es aber nicht nur um typische Schwangerschaftsbeschwerden, sondern um die Anwendung von Arzneimitteln bei verschiedensten Indikationen. Den Hebammen sei bekannt, dass gerade die Biochemie nach Dr. T2 insoweit für eine Vielzahl an alltäglichen Beschwerden ein breites Angebot bei günstigem Risikoprofil biete. Gerade die Hebammen würden deshalb die Werbung so verstehen, wie sie gemeint sei, nämlich als Hinweis auf das günstige Risikoprofil der T2-Salze. Bei diesen Mitteln seien aufgrund ihres Verdünnungsgrades keine besonderen Risiken oder Nebenwirkungen bekannt. Selbst wenn aber die Adressaten der Werbung den beanstandeten Slogan nur auf die drei abgebildeten Arzneimittel beziehen würden und mit der Werbung auch ein spezieller Einsatzbereich in der Schwangerschaft angesprochen werde, wäre die Werbung nicht irreführend. Die Biochemie nach Dr. T2 beruhe auf der Erkenntnis, dass Krankheiten auf ein Mineralstoffdefizit der Zellen zurückzuführen seien. Die Mineralsalze wirkten entsprechend direkt auf den Mineralstoffhaushalt der Zellen und regulierten deren Nährstoffversorgung, wodurch die Selbstheilungskräfte angeregt würden.

34

Das Präparat Calcium phosphoricum (Nr.2) helfe der werdenden Mutter, einer Schädigung des eigenen Körpers vorzubeugen, da der Mineralstoff insbesondere zur Eiweißbildung benötigt werde und bei Wadenkrämpfen Anwendung finde. Deshalb sei in der Literatur darauf

35

hingewiesen worden, dass die Vorsorge in der Schwangerschaft mit diesem Präparat besondere Bedeutung habe. Die Antragsgegnerin verweist auf weitere in Erläuterungsbüchern empfohlene Einsatzmöglichkeiten bei Schwangerschaften in Zusammenhang mit der erwarteten Belastung des Kalkhaushaltes. Auch das Mittel Magnesium phosphoricum (Nr.7) helfe auch Schwangeren, insbesondere auch in Zusammenhang mit Wehen und Krampfwehen. Bei dem Präparat Silicea (Nr.11) werde als Einsatzbereich unter dem Stichwort Schwangerschaft die Neigung zu schwachem Bindegewebe und zu Schwangerschaftsrissen oder Schwangerschaftsstreifen benannt, wobei auf die Darreichungsformen Salbe, Gel oder Creme verwiesen werde. Es könne auch bei einer Brustdrüsenentzündung eingesetzt werden.

Die angesprochenen Werke, insbesondere das Standardwerk von Dr. T2 gäben den Stand der Erkenntnisse in der Erfahrungswissenschaft der Homöopathie wieder und könnten als Wirksamkeitshinweis im Sinne des § 25 Abs. 2 AMG herangezogen werden. Die Homöopathie sei nämlich im Rahmen des Wissenschaftspluralismus als besondere Therapierichtung gesetzlich anerkannt. Nur eine solche Wirksamkeit nach dem Stand der besonderen Therapierichtung erwarteten vorgebildete Fachkreisangehörige wie Hebammen bei einer entsprechenden Werbung. Denn ihnen sei der abweichende Therapieansatz der Homöopathie grundsätzlich bekannt. Sie berücksichtigten, dass es dabei um eine Heilmethode gehe, die sich naturwissenschaftlich exakten Nachweisen entziehe und deren Heilerfolge überwiegend auf Zufälle und Suggestion zurückgeführt würden. Es käme hinzu, dass eine Google-Recherche zum Thema „T2-Salze und Schwangerschaft“ bei 618.000 Ergebnissen nicht nur die allgemeine Verbreitung und Bekanntheit der Therapie als risikoarme Alternative während der Schwangerschaft belege, sondern auch konkrete Empfehlungen zur Anwendung der T2 Salze in diesem Zusammenhang gegeben würden. Die beworbenen Präparate seien auch zur regelmäßigen oder dauerhaften Einnahme während der Schwangerschaft geeignet. Für sämtliche homöopathischen T2-Arzneimittel seien aufgrund des hohen Verdünnungsgrades von mindestens der vierten Dezimalpotenz (D 4) keine von den Wirkstoffen ausgehenden Risiken oder Nebenwirkungen bekannt und zu befürchten. Es sei auch im Rahmen der Registrierung homöopathischer Arzneimittel nach § 38 Abs. 2 S. 3 AMG bei einem solchen Verdünnungsgrad überhaupt keine pharmakologisch-toxikologische Prüfung erforderlich, weil sich bei diesen die Unbedenklichkeit regelmäßig aus der Verdünnung ergebe. Die damaligen Hinweise in den Packungsbeilagen bei den Präparaten Nr. 2 und Nr. 7, nach denen keine ausreichenden Erfahrungen zur Anwendung in der Schwangerschaft vorliegen sollten, seien im Rahmen ihrer unternehmerischen Eigenverantwortung ohne Vorgabe von der Zulassungsbehörde gegeben worden. Die Hinweise in den Packungsbeilagen aller ihrer Präparate seien inzwischen mit Bestätigung des BfArM dahin geändert worden, dass vor der Anwendung aller Arzneimittel während der Schwangerschaft der Arzt um Rat gefragt werden sollte (Anlage BK 4). Einen solchen Hinweis habe das Präparat Lotion Nr. 11 Silicea bereits zur Zeit der Abmahnung enthalten. 36

Es läge auch kein indirekter Verstoß gegen § 5 HWG vor, weil die Schwangerschaft kein Anwendungsgebiet im Sinne dieser Vorschrift betreffe. Dabei gehe es um den Begriff der Indikation, der erläutere, welche Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden das Arzneimittel heilen, lindern, verhindern oder erkennen lassen soll. 37

Die Antragsgegnerin beantragt, 38

das angefochtene Urteil abzuändern und den Antrag auf Erlass 39

der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 40

Der Antragsteller beantragt, 41

die Berufung zurückzuweisen. 42

43

Er verteidigt das angefochtene Urteil und meint weiterhin, dass sich das Verbot auch als Verstoß gegen § 5 HWG rechtfertigen ließe. Die Werbung sei so zu verstehen, dass sich die Empfehlung „sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ auf die beiden registrierten Arzneimittel beziehe. Falls man annehme, dass sie auf alle 27 T2-Salze zu beziehen sei, so stelle sich der Sachverhalt als noch schlimmer dar, nämlich als unzulässige Empfehlung für die Salze schlechthin. Es sei aber nicht zu erkennen, warum sämtliche Salze zur besonderen Anwendung während der Schwangerschaft empfohlen sein sollten. Gerade die angesprochenen Hebammen seien mit den Risiken und Nebenwirkungen der Salze nicht vertraut, mit denen zu rechnen sei, solange wissenschaftliche Absicherungen fehlen, die diese Risiken ausschließen würden. Gesicherte Wirkungsnachweise homöopathischer Arzneimittel gebe es nach wie vor nicht. Diese Arzneimittel würden nach den Regeln der Homöopathie hergestellt und sollten nach diesen Regeln angewendet werden. Es ergebe sich die Besonderheit, dass für die Dosierungen kleine und kleinste Verdünnungen gewählt würden. So enthalte z.B. der Verdünnungsgrad D 4 einen Wirkstoff in einer Verdünnung von 1:10.000, der Grad D 5 ein Verhältnis von 1: 100.000. Homöopathische Arzneimittel könnten deshalb nach §§ 38, 39 AMG registriert werden, ohne dass es einer Zulassung nach einem dafür notwendigen Wirkungsnachweis bedürfte. Deshalb seien auch keine Indikationsangaben erlaubt wie die Angabe von Anwendungsgebieten. Im vorliegenden Fall werde aber jedenfalls indirekt für ein angebliches Anwendungsgebiet geworben. Darin liege ein Verstoß gegen § 5 HWG und gegen § 4 Nr. 11 UWG. Unabhängig davon werde auch das Verbot der Irreführung nicht beachtet. Im Bereich der hier einschlägigen Gesundheitswerbung seien nur solche Werbebehauptungen zulässig, die einer gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnis entsprächen. Die beworbenen T2-Salze hätten auch in den von der Antragsgegnerin vorgetragenen Einsatzgebieten keine wissenschaftlich gesicherten Wirkungen. Es fehle deshalb auch gerade an einem wissenschaftlichen Hintergrund des Wirkprinzips der T2-Salze. Es sei deshalb unverständlich, warum gerade dieses Wirkprinzip dann Hebammen in Fortbildungsveranstaltungen erläutert werden sollte. Die Anlage BK 16, die eine auf andere Weise irreführende Werbung enthalte, stehe der Unlauterkeit der streitgegenständlichen Werbung nicht entgegen. Der weitere Hinweis auf rund 450 Krankheiten und Anwendungsgebiete rund um die Schwangerschaft und Geburt und T2-Salze, die helfen könnten, stelle ebenso einen anderen Gesetzesverstoß dar wie die Anwendungsanleitung für die Behandlung während und nach der Schwangerschaft. Die Aussage in der Anlage BK 20, dass man T2-Salze in der Schwangerschaft anwenden könnte, sei unbelegt und rechtfertige sich allein daraus, dass die Mittel keinerlei Wirkungen haben sollten und damit auch keinerlei Nebenwirkungen. Auch das sei aber keineswegs sicher. 44

II. 45

Die Berufung ist unbegründet. Dem Antragsteller steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu, weil die Antragsgegnerin heilmittelrechtlich irreführend geworben hat. 46

1) Der Unterlassungsantrag und das ihm folgende gerichtliche Verbot sprechen dafür, dass allein die beanstandete konkrete Verletzungsform untersagt werden soll. Das hat der Antragsteller auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt. Es liegt somit nur ein Streitgegenstand vor, auch wenn der Antragsteller den 47

Unterlassungsanspruch sowohl als verbotene Angabe von Anwendungsgebieten aus § 5 HWG als auch als irreführende heilmittelrechtliche Werbung aus § 3 HWG herleitet.

2) Der Unterlassungsantrag ist bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, insbesondere nachdem das Landgericht die konkrete Verletzungshandlung in das Verbot einbezogen hat. Der Antragsteller hat nunmehr zusätzlich durch eine Bezugnahme auf die Anzeige in der Hebammen Zeitschrift klargestellt, dass es um eine Werbung gegenüber Fachkreisen geht. Was unter Fachkreisen im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel zu verstehen ist, ist in § 2 HWG definiert und die Zielgruppe ist damit klar umrissen. 48

3) Gegen den Verfügungsgrund bestehen hier keine Bedenken. Dem Antragsteller kommt die Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG zugute, weil er einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch geltend gemacht. Diese Vermutung ist auch nicht widerlegt. Der Antragsteller hat den Verfügungsantrag am 4. Mai 2012 eingereicht. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass er vor dem 4. April 2012 Kenntnis von dieser Werbung hatte. Sie ist in der Hebammen Zeitung Nr. 3 / 2012 erschienen und die Abmahnung stammt erst vom 20. April 2012. 49

4) Dem Antragsteller steht im Hinblick auf die streitige Werbung allerdings kein Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs.1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 5 HWG zu. Nach dieser Vorschrift darf für die nach Maßgabe der §§ 38, 39 AMG registrierten homöopathischen Arzneimittel nicht mit der Angabe von Anwendungsgebieten geworben werden. 50

a) Zumindest bei den T2-Salzen Nr. 7 „Magnesium phosphoricum“ und Nr. 2 „Calcium phosphoricum“ handelt es sich um homöopathische Arzneimittel im Sinne des § 5 HWG. Jedenfalls auch für diese wird angesichts der deutlichen Darstellung der Verpackungen und ihrer ausdrücklichen Erwähnung in der Werbeanzeige mit dem beanstandeten Slogan geworben. 51

b) Für diese Arzneimittel ist aber nicht mit Anwendungsgebieten geworben worden. In der Anzeige ist zwar ein Bezugspunkt dafür, in welchem Zusammenhang die Einnahme dieser Arzneimittel empfohlen wird, ausdrücklich genannt. Diese Mittel sollen „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ sein, also während der Schwangerschaft eingenommen werden. Die Schwangerschaft ist somit vorgesehenes Einsatzgebiet für diese Arzneimittel; gerade deshalb wendet sich die Werbung auch an Hebammen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Schwangerschaft auch ein Anwendungsgebiet im Sinne des § 5 HWG darstellt. Die Vorschrift des § 5 HWG ist nach ihrem Sinn und Zweck im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 HWG zu sehen. Danach muss bei der Werbung für Arzneimittel neben anderen Faktoren generell auch das jeweilige Anwendungsgebiet angegeben werden. Für homöopathische registrierte Mittel gilt aber die Besonderheit, dass bei diesen vom Nachweis objektiv nachprüfbarer Wirkungen abgesehen wird, da wegen des hohen Verdünnungsgrades bei ihnen ein Wirksamkeitsnachweis kaum zu führen ist. Um den Verbraucher vor einer fehlerhaften Selbstmedikation zu schützen, dürfen deshalb auch die ansonsten zwingend anzugebenden Anwendungsgebiete weder bei der Kennzeichnung des Arzneimittels noch in der Packungsbeilage noch in der Werbung angegeben werden (vgl. BGH WRP 2012, 705, 708 –Injectio). § 5 UWG regelt dabei als Ausnahmevorschrift das Werbeverbot mit Anwendungsgebieten in solchen Spezialfällen. Der Begriff „Anwendungsgebiete“ steht für die Indikationen, für die das Arzneimittel von der zuständigen Behörde nach den Zulassungsunterlagen (vgl. die Verwendung des Begriffs Anwendungsgebiete in § 22 Abs. 1 Nr. 6 AMG) und den daran anknüpfenden Zulassungsbescheiden zugelassen ist (vgl. Doepner, HWG, 2. Auflage (2000) § 4 Rdn: 36; Omsels.info, Online-Kommentar zum UWG, § 52

4 Abs. 1 HWG, Stichwort: Anwendungsgebiete). Nun gibt es zwar bei den vorliegenden homöopathischen Arzneimitteln eine solche Zulassung gerade nicht. An deren Stelle treten aber die nach der homöopathischen Therapierichtung spezifizierten Anwendungsgebiete. Als solche Anwendungsgebiete kommen danach Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden in Betracht, in Bezug auf die das Arzneimittel durch seine Wirkstoffe -hier nach der homöopathischen Lehre- Wirkung entfalten soll. Zu solchen Krankheiten und krankhaften Beschwerden zählt die normal verlaufende Schwangerschaft gerade nicht. Sie ist keine Krankheit, sondern lediglich ein schonungsbedürftiger natürlicher Zustand. Das steht einer Anwendung des § 5 HWG entgegen.

5) Auch wenn die Schwangerschaft kein Anwendungsgebiet im Sinne des § 5 HWG ist, ist eine solche Werbung mit einer Empfehlung der Arzneimittel für Schwangere aber aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt wettbewerbsrechtlich unlauter. Es liegt ein Fall einer irreführenden Heilmittelwerbung vor, wie auch schon das Landgericht angenommen hat. Dem Antragsteller steht ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 3 Nr. 1 HWG zu. Denn eine irreführende heilmittelrechtliche Werbung ist dann unzulässig, wenn Arzneimitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben. Auch § 3 HWG ist eine Marktverhaltensregelung, die den Schutz der Gesundheit des Einzelnen und der Allgemeinheit vor den Gefahren einer unsachgemäßen Selbstmedikation und einer unsachlichen Werbung zum Gegenstand hat (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage § 4 Rdn. 11.137). Eine irreführende Heilmittelwerbung ist auch nach europarechtlichen Grundlagen nicht zulässig. 53

a) Der Antragsteller ist antragsbefugt und aktivlegitimiert nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Er ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne dieser Vorschrift und verfügt auch und gerade im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln über eine ausreichende und somit erhebliche Anzahl von Mitgliedern, die Waren gleicher oder ähnlicher Art auf demselben Markt vertreiben. Er hat gerade in diesem Bereich schon eine beträchtliche Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen herbeigeführt, die er gerne zitiert. Dabei ist entscheidend, dass die homöopathischen Arzneimittel in der Regel mit allopathisch wirkenden Arzneimitteln austauschbar sind. 54

b) Die Werbung der Antragsgegnerin ist eine geschäftliche Handlung. Sie dient der Absatzförderung von allen und ganz bestimmten in der Werbung abgebildeten und dort erwähnten T2-Salzen, indem Hebammen die entsprechenden Mittel den in ihrer Behandlung befindlichen Schwangeren empfehlen sollen. Es handelt sich zugleich um eine Werbung für Arzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG. Denn jedenfalls die in die Werbung einbezogenen T2-Salze Nr. 7 (Magnesium phosphoricum) und Nr. 2 (Calcium phosphoricum) sind als homöopathische Arzneimittel registriert. 55

c) Die Werbung mit der Aussage „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ beinhaltet ein falsches Wirkungsversprechen im Sinne des § 3 Nr. 1 HWG. Während sich die im Gesetz auch erwähnte therapeutische Wirksamkeit auf die Anwendungsgebiete im Sinne der Indikationen bezieht, können sonstige Wirkungen sich auch auf pauschalere Angaben von Einsatzbereichen wie die Verwendung von verallgemeinernden Begriffen, die als solche keine Anwendungsgebiete darstellen, beziehen (vgl. für Oberbegriffe OLG Stuttgart, Urteil vom 19.11.2009 –2 U 40 / 09 S.9). Gerade aus der Wechselwirkung des § 3 Nr. 1 HWG mit § 5 HWG und § 3 a HWG ist zu folgern, dass dann, wenn bei einem registrierten homöopathischen Arzneimittel zur Vermeidung einer Irreführung sogar das eigentliche Anwendungsgebiet nicht genannt werden darf, erst recht kein umfassenderer Einsatzbereich benannt werden darf, für den das Arzneimittel nicht einmal registriert worden ist. Denn dann 56

ist der erforderliche wissenschaftliche Wirknachweis erst recht nicht beizubringen.

aa) Es ist insbesondere nicht so, dass die Aussage „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ aus Sicht der hier angesprochenen Fachkreise keine ernst gemeinte Wirkaussage enthält. Der Senat kann das entsprechende Verständnis der Hebammen als Fachkreise auch selbst beurteilen. Es geht auch beim Verständnis der obigen Aussage um ein allgemeines Sprachverständnis, für das bei den Fachkreisen grundsätzlich nichts anderes gilt als beim allgemeinen Publikum. Lediglich bei den Vorkenntnissen kann zwischen den Fachkreisen und dem allgemeinen Publikum zu unterscheiden sein. Solche Unterschiede kann der Senat aber aufgrund seiner allgemeinen Lebenserfahrung selbst ausreichend einschätzen, jedenfalls im vorliegenden Fall. 57

bb) Die Aussage „Sanfte Begleiter in der Schwangerschaft“ wird von den angesprochenen Hebammen weder als offensichtlich reklamehafte Übertreibung noch als eine erkennbar unvollständige Aussage angesehen. Davon geht die Antragsgegnerin auch selbst nicht aus. Das von ihr zugrunde gelegte Verständnis, dass es sich aus der Sicht der Hebammen allein um einen Hinweis auf ein besonders günstiges Risikoprofil aller T2-Salze oder jedenfalls der abgebildeten Produkte handele, greift zu kurz. Auch wenn zu berücksichtigen ist, dass es sich bei dem angesprochenen Verkehr um Fachkreise handelt, entnehmen diese der Werbeaussage jedenfalls auch eine Empfehlung für den Einsatz bestimmter homöopathischer Arzneimittel, die in der Anzeige abgebildet und angesprochen werden, für Schwangere, mit denen sie es von Berufs wegen zu tun haben. Das stellt sich dann nicht allein als ein Risikohinweis, sondern auch als eine Wirkaussage dar. Das gilt umso mehr, als das Risikoprofil eines Mittels Fachkreise ebenso wie die von ihnen betreuten Verbraucher immer nur in Verbindung mit einer entsprechenden Wirkung des Arzneimittels in einem bestimmten Einsatzbereich interessiert. Ein Mittel, um dessen Wirkung es nicht geht, interessiert somit nicht nur deshalb, weil es wenige Risiken birgt. Solche geringen Risiken können keine Motivation dafür sein, ohne Bezug auf seine Wirkungen ein Mittel zu empfehlen und einzunehmen. 58

cc) Nach dem allgemeinen Sprachverständnis erwecken Arzneimittel, die sanfte Begleiter in dem Lebensabschnitt der Schwangerschaft sein können, den Eindruck, dass sie schonend und dauerhaft positiven Einfluss speziell für die Schwangeren entfalten können, die Krankheiten oder Beschwerden aus dem Anwendungsbereich der genannten Arzneimittel aufweisen. Diese beiden besonderen T2-Salze, die Arzneimittel sind, sollen zugleich sanft sein, also im Rahmen ihrer Wirkungen möglichst wenige Nebenwirkungen entfalten. Sie sollen somit sanft wirken. Als „Begleiter“ sollen sie während der Schwangerschaft zudem auch einen dauerhaften Schutz bieten. Schließlich soll auch die besonders hervorgehobene Schwangerschaft der typische Einsatzbereich dieses Mittels sein. Es geht auch in den Augen der angesprochenen Hebammen zusammenfassend um die Empfehlung von Arzneimitteln mit bestimmten nicht genannten Anwendungsbereichen, die speziell in der Schwangerschaft schonend angewendet werden und während dieser Zeit ohne großes Risiko dauerhaft eingenommen werden können. 59

dd) Diese Wirkungen haben die beworbenen Arzneimittel aber nicht. Gerade wenn die angesprochenen Hebammen über ihre Weiterbildung wissen sollten, dass diese homöopathischen Arzneimittel aufgrund ihrer Beeinflussung des Mineralstoffhaushalts in bestimmten Anwendungsgebieten Wirkungen entfalten sollen, ist eine diesen vorgesehenen Anwendungsgebieten entsprechende Wirkung gerade wissenschaftlich nicht hinreichend nachgewiesen, weshalb diese Anwendungsgebiete auch nicht genannt werden dürfen. Zudem ist gerade die Schwangerschaft auch nicht der typische Einsatzbereich der hier 60

beworbenen Mittel. Diese Mittel sollen ganz allgemein auf den Mineralstoffhaushalt der Zellen einwirken und deren Nährstoffversorgung regeln. Die Verweise auf die Interneteintragungen zu Schüssler-Salzen und Schwangerschaft sagen nicht aus, dass es sich insoweit um das typische Einsatzgebiet handelt. Auch wenn beispielsweise das „Calcium phosphoricum“ im Rahmen der Schwangerschaft vorsorglich zur Eiweißbildung und bei beeinträchtigtem Kalkhaushalt und Wadenkrämpfen nach den Grundsätzen der besonderen Therapierichtung der Homöopathie zur Vorbeugung von Knochenschäden Wirkungen entfalten soll, ist die Schwangerschaft nicht der besondere Einsatzbereich des Mittels; es ist gerade kein schwangerschaftstypisches Mittel. Gleiches gilt für das Magnesium phosphoricum, wenn dort als Einsatzbereiche auch Wehen und Krampfwehen genannt werden. Eine schwangerschaftstypische Wirkungskraft beansprucht die Antragsgegnerin auch im Rahmen der von ihr bei der Registrierung benannten Anwendungsgebiete selbst überhaupt nicht. Die Tatsache, dass die Schwangerschaft gerade nicht das besondere Einsatzgebiet sein kann, zeigt sich auch schon daran, dass im Hinblick auf die Schwangerschaft in den Beipackzetteln eine eigene Risikoaufklärung erfolgt ist (s. Beipackzettel Anlage A 4). Das bedeutet gerade, dass ein ansonsten einsatzfähiges Arzneimittel im Fall einer Schwangerschaft nur mit Bedacht eingenommen werden soll. Die frühere Erklärung, dass keine ausreichend dokumentierten Erfahrungen zur Anwendung in der Schwangerschaft vorliegen sollten, stand einer entsprechenden Wirkaussage sogar diametral entgegen. Selbst wenn sie heute nicht mehr benutzt wird, gibt es immer noch einen allgemein gehaltenen Risikohinweis dahin, dass Schwangere vor der Anwendung ihren Arzt befragen sollten. Die Änderung beruht nicht auf nunmehr vorliegenden wissenschaftlichen Nachweisen der Unbedenklichkeit der Anwendung in der Schwangerschaft. Es ist lediglich so, dass keine besonderen Risiken bekannt sind, die einen strengeren Risikohinweis erfordern könnten. Das bedeutet aber zugleich, dass die Mittel auch nicht vollkommen sicher sind in dem Sinne, dass sie überhaupt keine Nebenwirkungen entfalten und deshalb dauerhaft eingenommen werden könnten. Auch dazu gibt es gerade keine wissenschaftlichen Nachweise. Wie oben schon ausgeführt wurde, werden die angesprochenen Hebammen auch der Tatsache, dass das Mittel aus ihrer Sicht wegen der Verdünnung, hier bei D 6 von 1: 1.000.000, nicht sonderlich schaden kann, keine entscheidende Bedeutung beimessen, wenn sie nicht zugleich davon ausgingen, dass es den Schwangeren im Rahmen seines üblichen Anwendungsbereichs hilft. Von solchen positiven Wirkungen gehen sie aufgrund der ausgesprochenen Empfehlung, die im Rahmen von solchen Arzneimitteln eine Besonderheit darstellt, weil keine Anwendungsgebiete genannt werden dürfen, aber gerade aus. Es bleibt für sie auch unklar, dass es dabei auch nicht um Mittel geht, denen in der Schwangerschaft eine besondere Bedeutung zukommt. Eine solche unklare Werbeaussage ist aber gerade im Fall der Gesundheitswerbung nicht hinzunehmen.

ee) Die Antragsgegnerin kann auch nicht damit gehört werden, dass den Hebammen aufgrund ihrer Aus- und Weiterbildung bekannt sein könnte, dass bei den T2-Salzen aufgrund des hohen Verdünnungsgrades keine zuverlässigen Wirkaussagen 61

gemacht werden können. Das bedeutet nicht, dass eine solche Werbung zulässig ist. Es gibt generell keinen wissenschaftlichen Nachweis für die Wirksamkeit bestimmter homöopathischer Mittel. Sie sind dennoch als Arzneimittel registriert und dürfen im Rahmen bestimmter Anwendungsgebiete eingesetzt werden, aber zum Schutz der Patienten dürfen –wie schon ausgeführt- gerade diese Anwendungsgebiete, also die Indikationen im Rahmen der Produktwerbung nicht genannt werden, und zwar auch nicht bei einer Werbung gegenüber Fachkreisen. Dies ist im Zusammenhang des arzneimittelrechtlichen Zulassungs- und Registrierungssystem zu sehen (vgl. BGH –Injectio, a.a.O. S.707). Wenn deshalb die nach der homöopathischen Therapierichtung vorgesehenen Anwendungsgebiete zum Schutz der Patienten vor einer schädlichen Selbstmedikation auch in der Werbung nicht angegeben 62

werden dürfen, so darf für eine besondere Eignung der in ihrer Wirkung wissenschaftlich fragwürdigen Arzneimittel in der Zeit der Schwangerschaft zum Schutz der Schwangeren erst recht nicht geworben werden. Der Werbende kann § 5 HWG nicht dadurch umgehen, dass er nicht die eigentlichen Anwendungsgebiete der Arzneimittel nennt, sondern auf eine Empfehlung in einem allgemeiner gehaltenen Einsatzbereich hinwirkt. Die diffuse Art der Werbung mit solchen Aussagen und dem gewählten Schwerpunkt der Schwangerschaft verstößt auch schon deshalb gegen die erforderliche Richtigkeit, Klarheit und Eindeutigkeit im Bereich der Gesundheitswerbung.

ff) Durch die Werbung besteht auch die Gefahr, dass die Hebammen den Schwangeren im Vertrauen auf die Angabe zur Einnahme des beworbenen Arzneimittels raten. Wenn eine Hebamme der Schwangeren im Vertrauen auf die Richtigkeit der Werbeaussage die Einnahme von bestimmten T2-Salzen insoweit als schonend empfiehlt, wird diese durch eine solche Empfehlung möglicherweise davon abgehalten werden, ihren Arzt zu fragen, ob sie die Mittel tatsächlich einnehmen soll. Insbesondere kann sie aber auch von der Einnahme anderer angeblich mehr belastender Präparate absehen, die ihr (besser) helfen könnten. Eine solche Gesundheitsgefährdung, die einer Werbung mit wissenschaftlich nicht hinreichend gesicherten Angaben über die Wirkung eines Arzneimittels gleichsam innewohnt, reicht auch im Hinblick auf Unionsrecht aus, um eine heilmittelwerberechtliche Irreführung der Fachkreise zu begründen. Eine darüber hinaus gehende konkrete Gesundheitsgefährdung des Verbrauchers ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen insoweit nicht erforderlich (vgl. BGH –Injection, a.a.O. S.708 zu § 5 HWG). 63

d) Die Verletzung von Bestimmungen des HWG ist hier auch ein spürbarer Wettbewerbsverstoß im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG, weil die heilmittelrechtlichen Normen das Wettbewerbsverhalten im Markt der Heilmittel –wie schon ausgeführt- im Interesse der Gesundheit des Einzelnen und der Gesundheitsbelange der Allgemeinheit regeln. Diese sensiblen Schutzgüter im Bereich der Gesundheit werden betroffen, wenn mittels einer wegen ihrer Art verbotenen produktbezogenen Absatzwerbung eine Fehlvorstellung bei den Hebammen erweckt werden kann, die nach den obigen Ausführungen auch das Schutzgut der Gesundheit der Schwangeren spürbar betreffen kann. 64

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 65

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 66

711, 713 ZPO. 67

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE