

BGH: Publikumswerbung mit Konsumentenbefragung

Urt. v. 20.11.2008 - I ZR 94/02, Konsumentenbefragung II

1. Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG ist im Blick auf die Regelung in Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG (früher: Art. 5 lit. j der Richtlinie 92/28/EWG) gemeinschaftsrechtskonform dahin einschränkend auszulegen, dass eine Publikumswerbung für Arzneimittel mit Äußerungen Dritter oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen nur dann verboten ist, wenn sie eine Genesungsbescheinigung in Form eines Hinweises enthält, dass die Verwendung des Mittels zur Wiederherstellung der Gesundheit eines an einer bestimmten Krankheit oder an bestimmten Gesundheitsstörungen Leidenden führt, und wenn dieser Hinweis zudem in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt (im Anschluss an EuGH Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 Tz. 43 und 46 – Gintec).

2. Die Bestimmung des Art. 90 lit. c der Richtlinie 2001/83/EG (früher: Art. 5 lit. c der Richtlinie 92/28/EWG) ist nicht in das deutsche Recht umgesetzt worden.

(OLG Frankfurt, Urt. v. 7.3.2002 - 6 U 43/01)

Aus den Gründen:

Die Beklagte vertreibt verschiedene als Arzneimittel registrierte Ginseng-Präparate. Sie warb für diese im Mai 2000 mit einem Schreiben, dem sie die nachstehend wiedergegebene „Auswertung Konsumentenbefragung“ beifügte:

Der Kläger ist der Verband sozialer Wettbewerb e.V. Er hat im vorliegenden Rechtsstreit drei Werbemaßnahmen der Beklagten beanstandet. In Bezug auf die „Auswertung Konsumentenbefragung“ ist er der Ansicht, diese enthalte eine nach dem Heilmittelwerbegesetz unzulässige Werbung mit Hinweisen auf Äußerungen Dritter. Soweit nach dem Teilurteil des Senats vom 21.7.2005 (I ZR 94/02, WRP 2005, 1519 – Ginseng-Präparat) im Revisionsverfahren noch von Bedeutung, hat er vor dem LG beantragt,

es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr außerhalb der Fachkreise für Ginseng-Präparate mit der oben wiedergegebenen „Auswertung Konsumentenbefragung, Roter Ginseng von G.“ sowie mit einer Auslosung entsprechend der im Vorlagebeschluss des Senats vom 21.7.2005 wiedergegebenen Internet-Veröffentlichung vom 28.5.2000 zu werben.

Das LG hat der Klage in diesem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht

hat die Berufung insoweit zurückgewiesen (OLG Frankfurt GRUR-Int. 2002, 931 = WRP 2002, 730).

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt.

Mit Beschluss vom 21.7.2005 hat der Senat dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen gestellt (BGH v. 21.7.2005 – I ZR 94/02, BGHReport 2005, 1597 = BGHReport 2006, 666 = GesR 2006, 238 = GRUR 2005, 1067 = BGH WRP 2005, 1515 – Konsumentenbefragung I): 1. Setzen die Vorschriften der Richtlinie 2001/83/EG, welche die Bezugnahme auf Äußerungen fachkundiger Dritter ... betreffen, nicht nur einen Mindest-, sondern einen abschließenden Höchststandard für die Verbote der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel? 2. Im Falle der Bejahung von Frage 1: a) Liegt eine missbräuchliche oder irreführende Bezugnahme auf eine „Genesungsbescheinigung“ i.S.d. Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG vor, wenn der Werbende das Ergebnis einer Umfrage bei fachkundigen Dritten mit einer pauschal positiven Gesamtbewertung des beworbenen Arzneimittels wiedergibt, ohne die Bewertung bestimmten Anwendungsgebieten zuzuordnen? b) Führt das Fehlen eines ausdrücklichen Verbots der Werbung mit Auslosungen in der Richtlinie 2001/83/EG dazu, dass diese grundsätzlich erlaubt sind, oder enthält Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG einen Auffangtatbestand, der das Verbot einer Internetwerbung mit der monatlichen Auslosung eines Preises von geringem Wert begründen kann? 3. Sind die vorgestellten Fragen für die Richtlinie 92/28/EWG entsprechend zu beantworten?

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat hierüber durch Urteil vom 8.11.2007 (C-374/05, Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 = WRP 2008, 205 – Gintec) wie folgt entschieden:

1. Mit der Richtlinie 2001/83/EG ist eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt, wobei die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, Bestimmungen zu erlassen, die von der in dieser Richtlinie getroffenen Regelung abweichen, ausdrücklich aufgeführt sind. Die Richtlinie ist somit dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat in seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften kein uneingeschränktes und unbedingtes Verbot vorsehen darf, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, während deren Verwendung nach der Richtlinie nur wegen ihres konkreten Inhalts oder der Eigenschaft ihres Urhebers eingeschränkt werden darf.

2. a) Die Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verpflichtet die Mitgliedstaaten, in ihren nationalen Rechtsvorschriften ein Verbot vorzusehen, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, wenn diese sich in willkürlicher, abstoßender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen i.S.d. Art. 90 Buchst. j der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung beziehen, wobei der Begriff „Genesungsbescheinigungen“ dahin auszulegen ist, dass er Hinweise auf die Unterstützung des Wohlbefindens der Person nicht erfasst, sofern nicht die therapeutische Wirksamkeit des Arzneimittels in Bezug auf die Beseitigung einer bestimmten Krankheit erwähnt wird. Art. 90 Buchst. c der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verpflichtet die Mitgliedstaaten ferner, in ihren nationalen Rechtsvorschriften ein Verbot vorzusehen, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, wenn

diese zu verstehen geben, dass die Verwendung des Arzneimittels zur Unterstützung des allgemeinen Wohlbefindens beiträgt.

b) Die Art. 87 Abs. 3, Art. 88 Abs. 6 und Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verbieten die Werbung für ein Arzneimittel in Form einer im Internet angekündigten Auslosung, weil sie die unzweckmäßige Verwendung dieses Arzneimittels fördert und zu seiner direkten Abgabe an die Öffentlichkeit sowie zur Abgabe von Gratismustern führt. 3. Die erste und die zweite Vorlagefrage wären genauso zu beantworten, wenn die Bestimmungen der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel Anwendung fänden.

Im Blick auf die vom Gerichtshof auf die Vorlagefrage 2. b) gegebene Antwort hat die Beklagte die Revision auf ihre hinsichtlich der „Auswertung Konsumentenbefragung“ erfolgte Verurteilung beschränkt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsanspruch, den der Kläger im Blick auf die in der „Auswertung Konsumentenbefragung“ enthaltene Werbung geltend gemacht hat, für aus §§ 1, 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG (a.F.) i.V.m. § 11 Nr. 11 HWG (a.F.; nunmehr: § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG) begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

Die „Auswertung Konsumentenbefragung“ verstoße gegen § 11 Nr. 11 HWG (a.F.), weil die Angaben an ihrem Ende, wonach die Hälfte aller befragten Kunden mit dem Arzneimittel der Beklagten „sehr zufrieden“ sei und ein weiteres Drittel das Produkt mit „gut“ beurteile, Hinweise auf Äußerungen Dritter i.S. dieser Bestimmung darstellten. Die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung, der das Werbeverbot des § 11 Nr. 11 HWG (a.F.) entgegenwirken solle, sei auch mit Bewertungen verbunden, die Patienten – wie im Streitfall – im Rahmen einer Befragung über ihre persönlichen Erfahrungen mit einem Arzneimittel abgegeben hätten, zumal der „wissenschaftlich“ erscheinende Rahmen einer solchen Befragung sogar eine besondere Seriosität vorspiegele. Der Umstand, dass die Äußerungen keinen einzelnen, identifizierbaren Personen zugeschrieben würden, sei unerheblich.

Der Inhalt der Richtlinie 92/28/EWG des Rates über die Werbung für Humanarzneimittel vom 31.3.1992 stehe der Untersagung der beanstandeten Werbung nicht entgegen. Die Richtlinie lege lediglich einen Mindeststandard für das Verbot bestimmter Formen der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel fest. Der deutsche Gesetzgeber sei daher nicht gehindert, im Heilmittelwerbegesetz bereits normierte weitergehende Werbebeschränkungen beizubehalten.

II. Die Revision der Beklagten führt in dem Umfang, in dem über sie nach der teilweisen Rücknahme des Rechtsmittels nunmehr noch zu entscheiden ist, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Auf der Grundlage des vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Vorabentscheidungsverfahren erlassenen Urteils stellt sich das vom Berufungsgericht insoweit ausgesprochene Verbot weder mit der im Berufungsurteil gegebenen Begründung (unten unter II 1) noch aus anderen Gründen als gerechtfertigt dar. Da auch keine weiteren Feststellungen mehr zu treffen sind, erweist sich die Klage insoweit als unbegründet (unten unter II 2 und

3).

1. Nach dem auf den Vorlagebeschluss des Senats vom 21.7.2005 hin ergangenen Urteil des Gerichtshofs ist mit der Richtlinie 2001/83/EG ebenso wie zuvor auch schon mit der Richtlinie 92/28/EWG eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt. Ein Mitgliedstaat darf somit in seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften kein uneingeschränktes und unbedingtes Verbot vorsehen, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, wenn deren Verwendung nach den Richtlinien nur wegen ihres konkreten Inhalts oder der Eigenschaft ihres Urhebers eingeschränkt werden darf (EuGH GRUR 2008, 267 Tz. 39 und 62 – Gintec). Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG ist daher im Blick auf die Regelung in Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG (früher: Art. 5 lit. j der Richtlinie 92/28/EWG) gemeinschaftsrechtskonform dahin einschränkend auszulegen, dass eine Publikumswerbung für Arzneimittel mit Äußerungen Dritter oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen nur dann unzulässig ist, wenn sie eine Genesungsbescheinigung in Form eines Hinweises enthält, dass die Verwendung des Mittels zur Wiederherstellung der Gesundheit eines an einer bestimmten Krankheit oder an bestimmten Gesundheitsstörungen Leidenden führt, und wenn dieser Hinweis zudem in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt (EuGH GRUR 2008, 267 Tz. 43 und 46 – Gintec).

Das Berufungsgericht ist demgegenüber bei seiner Beurteilung der streitgegenständlichen Werbung erklärtermaßen davon ausgegangen, dass die Richtlinie 92/28/EWG (nunmehr: 2001/83/EG) lediglich den Mindeststandard der Werbebeschränkungen für Arzneimittel harmonisiert. Daneben hat es auch ausgesprochen, es sei nicht ersichtlich, dass die vom Kläger beanstandeten Äußerungen in der „Auswertung Konsumentenbefragung“ in missbräuchlicher, besorgniserregender oder irreführender Weise verwendet würden. Seine Ausführungen zur Frage der Zulassung der Revision und zur Möglichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften lassen ebenfalls erkennen, dass das Berufungsgericht der Unterlassungsklage hinsichtlich der „Auswertung Konsumentenbefragung“ stattgegeben hat, weil es die Bestimmung des Art. 5 lit. j der Richtlinie 92/28/EWG lediglich als Regelung eines Mindeststandards verstanden hat, und sie anderenfalls insoweit abgewiesen hätte.

2. Für den Fall, dass die Vorschriften der Richtlinien 2001/83/EG und 92/28/EWG, die die Bezugnahme auf Äußerungen fachkundiger Dritter betreffen, nicht nur einen Mindeststandard setzen, hat der Senat im Vorlagebeschluss vom 21.7.2005 die Frage gestellt, ob eine i.S.d. Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG, Art. 5 lit. j der Richtlinie 92/28/EWG missbräuchliche oder irreführende Bezugnahme auf eine Gesundheitsbescheinigung allein schon deswegen vorliegen kann, weil die positive Gesamtbeurteilung nicht den einzelnen zuvor in der Werbung dargestellten Anwendungsgebieten zuzuordnen ist (BGH v. 21.7.2005 – I ZR 94/02, BGHReport 2005, 1597 = BGHReport 2006, 666 = GesR 2006, 238 = GRUR 2005, 1067, 1070 – Konsumentenbefragung I). Der Gerichtshof hat diese Frage nicht direkt beantwortet. Er hat jedoch drei Beispielfälle genannt, in denen eine Genesungsbescheinigung in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt: (1) wenn die heilenden Wirkungen von Arzneimitteln übertrieben dargestellt werden, so dass zu ihrem Verbrauch angeregt wird; (2) wenn Angst vor den Folgen ihrer Nichtverwendung geweckt wird; oder (3) wenn der Verbraucher dadurch in

Bezug auf die Wirkweise und die therapeutischen Wirkungen der Mittel in die Irre geführt wird, dass den Mitteln Merkmale zugesprochen würden, die diese nicht besitzen (EuGH GRUR 2008, 267 Tz. 47 – Gintec). Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen geben entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keinen Anhaltspunkt dafür, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Das Berufungsgericht hat vielmehr angenommen, die in der „Auswertung Konsumentenbefragung“ wiedergegebenen Äußerungen der befragten Kunden seien nicht in missbräuchlicher, besorgniserregender oder irreführender Weise verwendet worden. Dass das Berufungsgericht dabei wesentlichen Vortrag des Klägers übergangen hätte, macht die Revisionserwiderung nicht geltend.

3. Der Gerichtshof hat im Rahmen der Beantwortung der Vorlagefrage 2. a) weiterhin ausgeführt, die „Auswertung Konsumentenbefragung“ verstoße, soweit sie im Abschnitt „Grund der Einnahme von Rotem Ginseng von G.“ zu verstehen gebe, dass die Verwendung der fraglichen auf Ginseng basierenden Arzneimittel das „allgemeine Wohlbefinden“ unterstütze, möglicherweise gegen Art. 90 lit. c der Richtlinie 2001/83/EG. Nach dieser Bestimmung der Richtlinie darf die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel keine Elemente enthalten, die nahe legen, dass die normale gute Gesundheit des Patienten durch die Verwendung des Mittels verbessert werden könnte (EuGH GRUR 2008, 267 Tz. 48–50 – Gintec). Diese Erwägung verhilft der Revision ebenfalls nicht zum Erfolg.

a) Die Bestimmung des Art. 90 lit. c der Richtlinie 2001/83/EG (früher: Art. 5 lit. c der Richtlinie 92/28/EWG) regelt einen formal ausgestalteten abstrakten Gefährdungstatbestand. Sie hat im deutschen Recht keine Entsprechung. Das gilt auch in Bezug auf den vom Kläger – wenn auch nur in Bezug auf die Aussage in der rechten Spalte der „Auswertung Konsumentenbefragung“, 46 % der befragten Kunden nähmen das Mittel der Beklagten immer – für einschlägig erachteten § 3 HWG. Diese Bestimmung setzt eine konkrete Irreführungsgefahr voraus. Sie kann aus diesem Grund nicht als Umsetzung der genannten gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen angesehen werden (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., Einl. Rz. 37 zu Art. 5c und d RL; Bülow in Bülow/Ring, HWG, 3. Aufl., Einf. Rz. 15; Forstmann, ZLR 1994, 177, 182; Gröning, Heilmittelwerberecht, 2. Ergänzungslieferung 2005, RL 2001/83/EG, Einl. Rz. 29; ders., jurisPR WettbR 2/2008 Anm. 1).

b) Die nicht umgesetzte Bestimmung des Art. 90 lit. c der Richtlinie 2001/83/EG (Art. 5 lit. c der Richtlinie 92/28/EWG) entfaltet nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auch keine unmittelbare (horizontale) Wirkung zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits (vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84, Slg. 1986, 723 = EuGH v. 26.2.1986 – Rs. C-152/84, NJW 1986, 2178 Tz. 48 – Marshall I; Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92, Slg. 1994, I-3325 = GRUR-Int. 1994, 954 Tz. 24 – Faccini Dori; Urt. v. 10.3.2005 – C-235/03, Slg. 2005, I-1937 = EuZW 2005, 248 Tz. 16 – QDQ Media).

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2, 565, 516 Abs. 3 ZPO.