

OLG Hamburg: Arzneimittelwerbung ohne Pflichtangaben

Urteil vom 30.4.2008 – 3 U 221/06, rkr.

1. Wird für apothekenpflichtige Arzneimittel mit den Angaben: „Das erste und einzige Nystatin Spray ... Die Produktinnovation zum Generika-Preis ... Beste Compliance“ geworben, so ist das keine Erinnerungswerbung (§ 4 Abs. 6 HWG); eine solche Anzeige darf nicht ohne Pflichtangaben erscheinen (§ 4 Abs. 1 HWG).

2. Bei einem Verlag für Apothekenkundenzeitschriften besteht vor Veröffentlichung von Dritt-Anzeigen wegen der Pressefreiheit (Art. 5 GG) lediglich eine eingeschränkte Prüfungspflicht. Ist nur zu vermuten, dass das in der Anzeige beworbene Präparat ein apothekenpflichtiges Arzneimittel ist (hier wegen der Erwähnung eines Wirkstoffes und wegen der Hinweise: „Heilung per Knopfdruck“, „bei ärztlicher Verschreibung“, „zum Generika-Preis“), so ist der Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG (wegen der fehlenden Pflichtangaben zum Anwendungsgebiet) im Rahmen des Anzeigengeschäfts nicht offenkundig bzw. unschwer feststellbar.

Aus den Gründen:

Nachdem die Parteien im Hinblick auf die in der Berufungsverhandlung abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung der Beklagten den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist nur noch gem. § 91a ZPO über die Kosten zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es, die Kosten des Verfahrens der Klägerin aufzuerlegen. Die nachstehende Begründung ist nicht entbehrlich, die Klägerin hat auf diese nicht verzichtet.

I. Die Beklagte gibt die Apothekenkundenzeitschriften „P-Spiegel“, „TV P-Spiegel“ und „Roo“ heraus. Sie hat in den von ihr verlegten Apothekenkundenzeitschriften Pharma-Anzeigen Dritter veröffentlicht, die die Klägerin – ein konkurrierender Verlag ebenfalls für solche Zeitschriften – als Verstoß gegen § 4 HWG und demgemäß deren Verbreitung in den Zeitschriften der Beklagten als unlauter beanstandet. Die Klägerin hat deswegen mit der vorliegenden Klage die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat, nachdem das LG die Unterlassungsklage durch Urteil vom 22.8.2006 abgewiesen hatte, im Berufungsrechtszug angekündigt, sie werde dieselben Anträge wie in 1. Instanz stellen und beantragen, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung von bestimmten Ordnungsmitteln zu unterlassen, in den Apotheken-Kundenzeitschriften „P-Spiegel“, „TV P-Spiegel“ oder „Roo“ Anzeigen für apothekenpflichtige Arzneimittel zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen

1. ohne die Angabe des Anwendungsgebiets, wie z.B. in der als Anlage 1 beigefügten Anzeige „Ste- Pharma“,

und/oder

2. ohne den Pflichthinweis „Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker“, wie z.B. in der Anlage 1 „Ste- Pharma“

und/oder

3. ohne eine deutliche Absetzung und Abgrenzung und gute Lesbarkeit der vorgenannten Angaben, insbesondere wenn dies wie in der als Anlage 2 beigefügten Anzeige „Wie Nagelpilz entsteht ...“ geschieht.

Die Beklagte hat angekündigt, sie werden die Zurückweisung der Berufung beantragen.

Im Hinblick auf die in der Berufungsverhandlung abgegebene strafbewehrte Verpflichtungserklärung der Beklagten, es zu unterlassen, in den Apotheken-Kundenzeitschriften „P-Spiegel“, „TV P-Spiegel“ oder „Roo“ die in der Anlage zu diesem Protokoll beigefügten Anzeigen Anlagen 1 und 2 künftig erneut zu veröffentlichen, und zwar ohne Angabe des Anwendungsgebietes oder ohne Angabe des Pflichthinweises; haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Parteien stellen insoweit wechselseitig Kostenanträge.

II. Hinsichtlich des Klageantrages zu 1.) betreffend die beispielhaft genannte, konkret von der Beklagten veröffentlichte Dritt-Anzeige gemäß Verbotsanlage 1 hätte die Berufung der Klägerin voraussichtlich keinen Erfolg gehabt. Der insoweit geltend gemachte Unterlassungsanspruch war aus den §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG mangels Begehungsgefahr ursprünglich nicht begründet.

1. Die Verbotsanlage 1 ist die Kopie der von der Beklagten in ihrer Apothekenkundenzeitschrift „TV P-Spiegel“ veröffentlichten Anzeige der Firma „Ste-Pharma“ für das Präparat „Nystatin Ste- Puderspray“ (Heft 01/06, S. 25: Anlage K 7). In der Anzeige fehlen die Angaben zum Anwendungsgebiet (Pflichtangabe gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG), zu dem beworbenen Mittel heißt es dort u.a.:

„Das erste und einzige Nystatin Spray ... Die Produktinnovation zum Generika-Preis ... Beste Compliance ...“

2. Dass die Werbung mit der streitgegenständlichen Anzeige (Verbotsanlage 1) gegen § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG verstößt, wenn es sich bei dem beworbenen Präparat um ein Arzneimittel handelt, verkennt die Beklagte nicht. Denn in diesem (hier unterstellten) Fall müsste die Werbung als Pflichtangabe u.a. das Anwendungsgebiet enthalten (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG), das ist in der Anzeige (Verbotsanlage 1) unterblieben. Um eine bloße Erinnerungswerbung (§ 4 Abs. 6 HWG) handelt es sich dabei nicht. Schon die oben zitierten Auslobungen überschreiten die für eine Erinnerungswerbung zulässigen Hinweise.

3. Der Senat geht mit dem LG davon aus, dass die Beklagte als Verlegerin einer Apothekenkundenzeitschrift sich darauf berufen kann, dass für die Presse nur eine sehr eingeschränkte Prüfungspflicht vor Veröffentlichung von Dritt-Anzeigen besteht (BGH v. 26.1.2006 – I ZR 121/03, BGHReport 2006, 797 = MDR 2006, 943 = GRUR 2006, 429 – Schlank-Kapseln).

Nach diesen Grundsätzen kann keine Rede davon sein, dass die beanstandete Anzeige (Verbotsanlage 1) offenkundig ein Arzneimittel betraf und demgemäß zwingend den Anforderungen von § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG unterfiel. Es ist wegen der in der Anzeige verwendeten Hinweise („Heilung per Knopfdruck“, „Bei ärztlicher Verschreibung ...“, „... zum Generika-Preis“) sowie wegen der Erwähnung eines Wirkstoffes (Nystatin) zu vermuten, dass es sich um eine Arzneimittelwerbung handelt, offenkundig und unschwer feststellbar im Rahmen des Anzeigengeschäftes war das aber nicht.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte als Verlag für Apothekenkundenzeitschriften auch pharmazeutische Fachleute beschäftigt und ihr deswegen die beanstandete Dritt-Anzeige fachlich nicht fern liegen dürfte. Es würde die Belange der Pressefreiheit unverhältnismäßig einschränken (Art. 5 GG), wenn man von der Beklagten verlangte, ihre fachkundigen Mitarbeiter nicht im redaktionellen Bereich, sondern maßgeblich auch in der Anzeigenverwaltung einzusetzen. Es kann offen bleiben, ob etwas anderes gelten würde, wenn es sich um einen Grenzfall einer „grob und eindeutig, unschwer erkennbar“ wettbewerbswidrigen Anzeige handelte. Vorliegend ist ein solcher Grenzfall nicht gegeben, die bloße Vermutung, dass ein Arzneimittel beworben wird, reicht insoweit nicht aus.

4. Demgemäß bestand aufgrund der Veröffentlichung der Dritt-Anzeige (Verbotsanlage 1) in der Apothekenkundenzeitschrift der Beklagte keine Wiederholungsgefahr. Auch eine Erstbegehungsgefahr bestand vor Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung noch nicht. Denn das Vorbringen der Beklagten im Prozess war nicht als Berühmung zu werten, künftig diese Anzeige weiterhin veröffentlichen zu wollen, auch wenn die Arzneimittelleigenschaft des beworbenen Produkts feststeht.

III. Auch hinsichtlich des Klageantrages zu 2.) betreffend die beispielhaft genannte, konkret von der Beklagten veröffentlichte Dritt-Anzeige gemäß Verbotsanlage 1 hätte die Berufung der Klägerin voraussichtlich keinen Erfolg gehabt. Der insoweit geltend gemachte Unterlassungsanspruch war aus den §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG mangels Begehungsgefahr ursprünglich nicht begründet.

1. In der von der Beklagten, wie ausgeführt, in ihrer Apothekenkundenzeitschrift „TV P-Spiegel“ veröffentlichten Anzeige gemäß Verbotsanlage 1 (der Firma „Ste- Pharma“ für das Präparat „Nystatin Ste- Puderspray“) fehlt der gem. § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG vorgeschriebene Text („Zu Risiken und Nebenwirkungen ...“).

2. Dass die Werbung mit der streitgegenständlichen Anzeige (Verbotsanlage 1) gegen § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG verstößt, wenn es sich bei dem beworbenen Präparat um ein apothekenpflichtiges Arzneimittel handelt, verkennt die Beklagte nicht.

3. Bei der Anzeige (Verbotsanlage 1) handelt es sich auch insoweit nicht um einen groben und eindeutigen, unschwer erkennbaren Wettbewerbsverstoß. Demgemäß ist der Unterlassungsanspruch mangels Wiederholungsgefahr und mangels Erstbegehungsgefahr unbegründet gewesen. Auf die obigen Ausführungen unter Ziff. II. wird entsprechend Bezug genommen.

IV. Hinsichtlich des Klageantrages zu 3.) im „insbesondere“-Teil betreffend die dort aufgeführte, konkret von der Beklagten veröffentlichte Dritt-Anzeige gemäß Verbotsanlage 2 hätte die Berufung der Klägerin voraussichtlich keinen Erfolg gehabt. Der insoweit geltend gemachte Unterlassungsanspruch war aus den §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG, § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG mangels Begehungsgefahr ursprünglich nicht begründet.

1. Die Verbotsanlage 2 ist die Kopie der von der Beklagten in ihrer Apothekenkundenzeitschrift „P-Spiegel“ veröffentlichten Anzeige für das Präparat „Nagel Beee“ (Januar-Heft 2006, S. 12: Anlage K 8). Die redaktionell aufgemachte Anzeige trägt die Überschrift „Wie Nagelpilz entsteht und was man dagegen tun sollte“. Unter der Unter-Überschrift „Wie wird eine Nagelpilzerkrankung behandelt“ steht im Fließtext unterhalb des Fotos (Abbildung eines Fußes, bei dem die große Zehe „lackiert“ wird) u.a. folgendes:

„Heute verwendet man zur topischen Therapie medizinische Lackzubereitung – (Wirkstoffe Ciclopirox oder Amorolfen). Letzterer ist zur Behandlung bei Diabetikern nicht zugelassen, wird 1–2 x pro Woche mit einem Stäbchen aufgetragen und sollte wie der Ciclopirox Lack (Nagel Beee) mindestens über eine Dauer von 6 Monaten aufgetragen werden. Der Ciclopirox Lack (Nagel Beee) ist farblos, geruchlos und trocknet rasch an. Die von Pilzen befallenen Nägel werden von Ciclopirox Lack (Nagel Beee) regelrecht versiegelt. Die dauerhafte und vorschriftsmäßige Mitarbeit ist sehr wichtig. Denn nur wenn die Therapie nach vorgegebenem Plan durchgeführt und diszipliniert durchgehalten wird, besteht auch Aussicht auf Erfolg ...“

In der Anzeige fehlen die Angaben zum Anwendungsgebiet (Pflichtangabe gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG) und es fehlt der gem. § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG vorgeschriebene Text („Zu Risiken und Nebenwirkungen ...“).

2. Auch bei dieser Anzeige (Verbotsanlage 2) kann man nur vermuten, dass es sich bei dem beworbenen Präparat um ein apothekenpflichtiges Arzneimittel handelt und demgemäß ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG und gegen § 4 Abs. 3 Satz 1 HWG vorliegt. Hiervon ist bereits das LG zutreffend ausgegangen. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffern II. und III. entsprechend Bezug genommen.

V. Nach alledem entspricht es der Billigkeit, die Klägerin hinsichtlich der Klageanträge zu 1.) bis 3.), soweit sie sich auf die konkret angegriffenen Dritt-Anzeigen (Verbotsanlagen 1 und 2) beziehen, wegen deren Unbegründetheit mit den Kosten zu belasten.

Im Übrigen hat die Klägerin die Kosten gem. § 269 Abs. 3 ZPO zu tragen. Die Klageanträge zu 1.) bis 3.) wurden im Umfang ihrer verallgemeinerten Antragsteile der Sache nach zurückgenommen:

Hinsichtlich der Klageanträge zu 1.) und 2.) ergibt sich das daraus, dass die Klägerin diese insgesamt für erledigt erklärt hat, obwohl die Unterlassungserklärung der Beklagten nur die Wiederveröffentlichung der Dritt-Anzeigen gemäß Verbotsanlagen 1 und 2 betraf. Hinsichtlich des Klageantrages zu 3.) hat die Klägerin noch vor der Erledigungserklärung erklären lassen, sie stelle den Antrag nur noch bezogen auf die konkrete Beanstandungsform (Verbotsanlage 2).

Entsprechendes gilt für Anzeigen, soweit der Pflichttext fehlt: „Zu Risiken und Nebenwirkungen ...“ (§ 4 Abs. 3 Satz 1 HWG).