



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 265/01

Verkündet am:
6. Mai 2004
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Lebertrankapseln

UWG § 1;
HWG § 11 Abs. 1 Nr. 10

- a) Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG liegt nur dann vor, wenn die Werbung zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führen kann.
- b) Eine mittelbare Gesundheitsgefährdung ist gegeben, wenn die Werbung die nicht nur als geringfügig einzustufende Gefahr begründet, daß ihre Adressanten von einem Arztbesuch absehen, den sie ohne die Werbung gemacht hätten. Die Werbung muß geeignet sein, das generell bestehende Risiko zu erhöhen, von einem erforderlichen ärztlichen Rat abzusehen.

BGH, Urt. v. 6. Mai 2004 - I ZR 265/01 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Pokrant, Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 25. September 2001 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, ein Pharmaunternehmen, gibt die Broschüre "F. " heraus, die über Apotheken an Verbraucher verteilt wird. In der Broschüre ist - neben Kreuzworträtseln und einem Kochrezept - der nachstehend wiedergegebene Artikel abgedruckt, in dem die Symptome und der Verlauf der allgemeinen Arterienverkalkung geschildert werden und zu deren Bekämpfung die Einnahme des Produkts der Beklagten "Lebertrankapseln P. ®" empfohlen wird:

Mit natürlicher Heilkraft gegen allgemeine Arterienverkalkung

Die ersten Anzeichen einer allgemeinen Verkalkung der Adern kommen tückisch und leise: der verlegte Schlüssel, ein vergessener Geburtstag oder ständige Erschöpfung. Aber Vorsicht: Werden diese frühen Warnsignale nicht ernst genommen, können sich die Arterien immer weiter verengen. Der Körper wird nicht mehr optimal durchblutet.

Höchste Zeit für Lebertran. Denn Lebertran enthält adernaktive Omega-3-Fettsäuren plus die Vitamine A und D - eine echte Kraft-Kombi der Natur: Die wertvollen Omega-3-Fettsäuren bringen das Blut in Schwung und helfen, schädliche Ablagerungen an den Gefäßwänden zu verhindern.

Sie erhalten Lebertran als hochdosierte 1g-Kapseln in Ihrer Apotheke. Lebertrankapseln P[□]® - die geballte Heilkraft für alle, die auch morgen noch aktiv das Leben genießen wollen.

Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, sieht in dieser Werbung eine gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG unzulässige und damit gemäß § 1 UWG wettbewerbswidrige Anleitung zur Selbstmedikation. Sie hat die Beklagte deshalb auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat der Klage unter Bezugnahme auf die Gründe der vom Berufungsgericht im Verfahren der einstweiligen Verfügung erlassenen Entscheidung (OLG Schleswig WRP 2001, 1108) stattgegeben.

Die Berufung der Beklagten hat zur Klageabweisung geführt (OLG Schleswig PharmR 2003, 13).

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG verneint. Hierzu hat es ausgeführt:

Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG sei im Streitfall zwar, wie der Berufungssenat bereits in seinem im Verfügungsverfahren ergangenen Urteil im einzelnen ausgeführt habe, anwendbar und grundsätzlich auch einschlägig, im Hinblick auf die Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung mit Arzneimitteln aber restriktiv auszulegen. Allerdings bestünden zwischen ihr und dem mit ihr korrespondierenden Art. 5 lit. i der Richtlinie keine substantiellen Abweichungen. Die Richtlinie verlange aber eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung der Anamnese, zu der auch die Darstellung von Symptomen der beschriebenen Krankheit gehöre. Sie sehe daher strengere Voraussetzungen vor als die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG, der Schriften verlange, die den Leser zur Selbsterkenntnis bestimmter Krankheiten anzuleiten geeignet seien, wobei es sich regelmäßig um die Schilderung von Symptomen handele, die einer in der Schrift genannten Krankheit zuzuordnen seien. Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG sei insoweit an die Richt-

linie 92/28/EWG anzupassen, die nach ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer Systematik und ihrem Sinn und Zweck nicht nur Mindeststandards, sondern auch Höchststandards vorgebe. Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG führe daher dazu, daß nur eine ausführliche Beschreibung der mit der Krankheit einhergehenden Symptome den gesetzlichen Tatbestand erfülle. Das Verbot der streitgegenständlichen Werbung lasse sich auch nicht darauf stützen, daß § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG immerhin mit der in Art. 5 lit. a der Richtlinie 92/28/EWG getroffenen Regelung übereinstimme.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, daß der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UWG i.V. mit § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG nicht besteht.

Die Unbegründetheit der Klage ergibt sich bereits aus der verfassungskonformen und damit namentlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragenden Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG. Nicht zu entscheiden ist daher die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob diese Vorschrift im Blick auf die früher in Art. 5 lit. i der Richtlinie 92/28/EWG (ABl. Nr. L 113 v. 30.4.1992, S. 13) und inzwischen in Art. 90 lit. i der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. Nr. L 311 v. 28.11.2001, S. 67) enthaltene Bestimmung, wonach Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel keine Elemente enthalten darf, die durch eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung der Anamnese zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten könnten, ebenfalls nur für Veröffentlichungen gilt, die eine solche ausführliche Beschreibung oder Darstellung der Symptome enthalten. Dasselbe gilt

für die zwischen den Parteien des weiteren streitige Frage, ob eine mittelbare Gesundheitsgefährdung im Rahmen des § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG außer Betracht bleiben muß, weil Art. 90 lit. i der Richtlinie 2001/83/EG im Unterschied zu deren Art. 90 lit. a, der an die Stelle des damit inhaltsgleichen Art. 5 lit. a der Richtlinie 92/28/EWG getreten ist, diesen Gesichtspunkt nicht anspricht. Damit scheidet auch eine Aussetzung des Rechtsstreits und Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Auslegung des Art. 90 lit. i und lit. a der Richtlinie 2001/83/EG aus.

1. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, im Streitfall wäre, wenn es die Richtlinie 92/28/EWG nicht gäbe, ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG zu bejahen.

a) Die genannte Bestimmung verbietet es, außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel mit Veröffentlichungen oder entsprechenden Anleitungen in audiovisuellen Medien zu werben, die dazu anleiten, bestimmte Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden beim Menschen selbst zu erkennen und mit den in der Werbung bezeichneten Arzneimitteln, Gegenständen, Verfahren, Behandlungen oder anderen Mitteln zu behandeln. Da sie damit die Möglichkeiten der Publikumswerbung und dementsprechend die Freiheit der Berufsausübung einschränkt, greift sie nur dann ein, wenn eine Werbemaßnahme zu einer unmittelbaren oder zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führen kann (vgl. - zu § 1 Abs. 2 HeilpraktikerG - BVerfG, Beschl. v. 17.7.2000 - 1 BvR 254/99, NJW 2000, 2736).

b) Eine unmittelbare Gesundheitsgefährdung in dem Sinne, daß derjenige, der aufgrund der beanstandeten Werbung zur Einnahme des Präparats der Beklagten veranlaßt wird, hierdurch einen Schaden an seiner Gesundheit erleiden könnte, ist nicht ersichtlich und auch von der Klägerin nicht geltend gemacht worden.

c) Eine des weiteren noch in Betracht zu ziehende mittelbare Gesundheitsgefährdung ist im Streitfall ebenfalls zu verneinen. Eine solche Gefährdung wäre gegeben, wenn die Werbung der Beklagten die nicht nur als geringfügig einzustufende Gefahr begründete, daß ihre Adressaten glauben, sie könnten ein auch bei ihnen vorliegendes, sich in Form von Vergeßlichkeit und/oder ständiger Erschöpfung zeigendes Leiden durch die Einnahme des beworbenen Lebertran-Präparats der Beklagten heilen, und daher von einem Arztbesuch absehen, den sie ohne die Werbung gemacht hätten und der zum noch rechtzeitigen Erkennen anderer, ernster Leiden geführt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 21.6.2001 - I ZR 197/00, GRUR 2001, 1170, 1171 = WRP 2001, 1166 - Optometrische Leistungen II, m.w.N.). Davon kann nach den im Streitfall getroffenen Feststellungen nicht ausgegangen werden.

aa) Bei der insoweit gebotenen Beurteilung ist zu berücksichtigen, daß dem Publikum nach der Lebenserfahrung bekannt ist, daß die in der Werbung als Symptome für Arterienverkalkung angeführten Erscheinungen der Vergeßlichkeit und der dauernden Erschöpfung ganz unterschiedliche Ursachen haben können und daß diese in unterschiedlichem Umfang behandlungsbedürftig und behandelbar sind. Dem in dieser Hinsicht beim durchschnittlichen Werbeadressaten vorhandenen medizinischen Grundwissen arbeitet die streitgegenständliche Werbung nicht in einer Weise entgegen, daß ihr Verbot unter dem Gesichtspunkt einer gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG nicht

sichtspunkt einer gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG nicht hinzunehmenden mittelbaren Gesundheitsgefährdung gerechtfertigt wäre. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, daß eine zulässige Publikumswerbung nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 HWG die Mitteilung enthalten muß, für welche Anwendungsgebiete die Therapieempfehlung ausgesprochen wird. Wenn die Anwendungsgebiete Krankheiten erfassen, deren Symptome dem durchschnittlichen Werbeadressaten ohne weiteres geläufig sind, ist es mit § 11 Abs. 1 Nr. 10 HWG grundsätzlich vereinbar, daß die Symptome in der Werbung zur Verdeutlichung nochmals genannt werden. Denn die Angabe der Symptome leitet unter dieser Voraussetzung grundsätzlich nicht zur Selbsterkennung der Krankheiten an. Eine unzulässige Diagnoseanleitung liegt in solchen Fällen daher regelmäßig nur dann vor, wenn beim Publikum zumindest eine Unsicherheit darüber besteht, worin sich die mit dem beworbenen Arzneimittel zu therapierende Krankheit äußert, und die Werbung in dieser Hinsicht durch Schilderung der typischen Symptome zusätzliche Hinweise enthält (vgl. OLG Frankfurt PharmR 2003, 211, 212 = OLG-Rep 2003, 402).

bb) Eine abweichende Beurteilung ist allerdings dann geboten, wenn die bekannten Symptome einer bekannten Krankheit auch auf eine andere, nicht in diesem Maße bekannte Erkrankung hinweisen können. In einem solchen Fall ist eine relevante mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bejahen, wenn die Werbung geeignet ist, beim durchschnittlichen Adressaten den Eindruck zu erwecken, daß die dort geschilderten Symptome allein auf die Krankheit hinweisen, deren Bekämpfung das beworbene Arzneimittel dient.

Einen solchen Eindruck vermittelt die streitgegenständliche Werbung jedoch nicht. Sie enthält zwar keinen ausdrücklichen Hinweis, daß Vergeßlichkeit

und ständige Erschöpfung auch Anzeichen für andere krankhafte Zustände und darunter solche sein können, die gefährlich sind und eine umgehende ärztliche Behandlung erfordern. Die Werbung ist aber auch nicht so gestaltet, daß der durchschnittliche Werbeadressat glauben könnte, die Einnahme des beworbenen Mittels stelle quasi das "Patentrezept" dar, um jede sich in diesen Symptomen zeigende Krankheit zu überwinden oder immerhin einzudämmen. Schon aus diesem Grund ist die Wahrscheinlichkeit eher als gering einzustufen, daß Personen, die die entsprechenden Symptome bei sich wahrgenommen haben, durch die streitgegenständliche Werbung von einem Arztbesuch abgehalten werden, den sie ohne diese gemacht hätten. Es kommt im Streitfall hinzu, daß in der Werbung darauf hingewiesen wird, daß Vergeßlichkeit und ständige Erschöpfung Symptome eines Leidens sind, das behandelbar ist. Die Werbung ist damit nicht nur geeignet, ihre Adressaten womöglich vom Gang zum Arzt abzuhalten, sondern durchaus auch umgekehrt geeignet, sie zu einem ansonsten unterbliebenen notwendigen Arztbesuch zu veranlassen. Sie ist jedenfalls nicht darauf ausgerichtet, daß ihre Adressaten von einem Arztbesuch absehen, den sie ohne die Werbung gemacht hätten.

2. Soweit die Klägerin mit der Revision unter Hinweis auf § 3 Nr. 2 lit. c HWG erstmals geltend macht, durch die als redaktioneller Beitrag aufgemachte Werbung trete in den Hintergrund, daß der Artikel von einem pharmazeutischen Unternehmen verfaßt worden sei, das ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse an dem Verkauf des beworbenen Präparats habe, führt sie einen neuen Streitgegenstand in den Rechtsstreit ein (vgl. BGHZ 154, 342, 347 ff. - Reinigungsarbeiten, m.w.N.). Hierin liegt eine nachträgliche Klageerweiterung, die in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht möglich ist (§ 561 Abs. 1 ZPO a.F.; vgl. BGHZ 26, 31, 37; BGH, Urt. v. 25.6.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115,

3117 m.w.N.). Die Voraussetzungen, unter denen eine solche Klageerweiterung dort ausnahmsweise zulässig ist (vgl. dazu MünchKomm.ZPO/Wenzel, 2. Aufl., Aktualisierungsband, § 559 Rdn. 20), liegen im Streitfall nicht vor.

III. Danach war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Ullmann

Pokrant

Büscher

Schaffert

Bergmann