

OLG Schleswig,

Urteil vom 30. Januar 2014, 6 U 15/13

Gründe

I.

Der klagende Verbraucherschutzverein nimmt die Beklagte auf Unterlassung einer vermeintlich irreführenden Werbung für das Arzneimittel „L.“ in Anspruch.

Gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Mit diesem Urteil hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt und dies wie folgt begründet:

Der Slogan „L. stoppt Durchfall“ erwecke fälschlich den Eindruck, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden könne, und zwar binnen weniger Stunden, also nicht erst binnen fast zwei Tagen. Tatsächlich wirke das Medikament aber ausweislich der Untersuchungen von Simakachorn u. a. erst binnen 24 Stunden, und selbst dies nur bei sieben von 37 Probanden. Der Slogan „Gegen Viren“ mit dem Hinweis auf die erwähnten Untersuchungen entbehre einer wissenschaftlichen Grundlage, denn die Untersuchungen hätten nicht der Wirksamkeit gegen Viren gegolten, sondern nur der Wirksamkeit zur symptomatischen (also nicht: ursächlichen) Reduzierung der Dauer einer viral generierten Krankheit. Der Slogan „Gegen Bakterien“ mit dem Hinweis auf die Untersuchungen von Coconnier u. a. entbehre ebenfalls einer wissenschaftlichen Grundlage, denn diese Untersuchungen hätten nicht *in vivo*, also am lebenden Menschen stattgefunden, sondern nur *in vitro*, also im Reagenzglas, oder an Mäusen. Mangels Nachweises einer Wirksamkeit gegen Viren - bei denen es sich auch um Krankheitserreger handele - führe schließlich auch der Slogan „Hemmt Krankheitserreger“ in die Irre.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, die sie wie folgt begründet:

Der Slogan „L. stoppt Durchfall“ begründe in dem Adressaten nicht die Erwartung, dass der Durchfall binnen weniger Stunden vollständig beendet sei, d. h. dass schon nach einer so kurzen Zeit jegliche Symptome verschwunden seien, man wieder normal essen könne und es keinerlei Probleme mehr gebe. Vielmehr begründe dieser Slogan in dem Adressaten nur die Erwartung, dass der Durchfall binnen weniger Stunden *spürbar gelindert* sei. Dass die Linderung

nämlich erst nach einigen Stunden überhaupt erst *beginnen*, mithin der Durchfall dann noch nicht vollständig beendet sein könne, ergebe sich schon daraus, dass das Mittel - anders als solche Wirkstoffe, die nach der Einnahme ins Blut gelangten - zunächst einmal in den Organismus gelangen müsse, um nach Passieren des Magens im Darm seine Wirkung zu entfalten. Eine spürbare Linderung binnen weniger Stunden sei aber durch die Studie von Simakachorn u. a. durchaus belegt. Der Begriff „Stoppen“ beschreibe nicht einen Endzustand, sondern einen Vorgang, was sich z.B. aus dem allgemeinen Verständnis der Aufforderung „Stoppt“ in Verbindung mit einem der Begriffe „Tierversuche“, „die Hundesteuer“, „Waffenhandel“ oder „Ausbeutung“ ergebe. Wer eine solche Aufforderung ausspreche, erwarte keineswegs, dass es z.B. Tierversuche sofort nicht mehr gebe, sondern nur, dass der Adressat sich dafür einsetze.

Der Slogan „Gegen Viren“ begründe in dem Adressaten - dem medizinisch durchschnittlich aufgeklärten Verbraucher - nicht die Erwartung einer Wirkung gegen Viren, sondern nur die Erwartung einer Wirkung gegen die Symptome von Durchfallerkrankungen, die ihrerseits durch Viren verursacht seien. Und eine solche Wirkung sei durch die Studie von Simakachorn u. a. belegt.

Auch der Slogan „Gegen Bakterien“ sei nicht zu beanstanden. Nach der Europäischen Werberichtlinie dürfe man mit allen Produkteigenschaften werben, die Gegenstand der als Anlage K 2 überreichten Fachinformation seien; die Genehmigung dieser Fachinformation durch die zuständige Bundesoberbehörde binde also die Gerichte. Die beworbene Wirkung gegen Bakterien sei aber durchaus Gegenstand dieser Fachinformation, und zwar ihres Abschnitts 5.1. Durch die Genehmigung dieses Abschnitts habe die zuständige Bundesoberbehörde die in-vitro-Versuche als wissenschaftlich aussagekräftig eingestuft. Überdies beschreibe die in der Werbung in Bezug genommene Studie von Coconnier u. a. nicht nur in-vitro-Ergebnisse, sondern auch in-vivo-Ergebnisse; dies ergebe sich aus Seite 1051 der Studie (Anlage K 12).

Nicht zu beanstanden sei schließlich auch der Slogan „Hemmt Krankheitserreger“. Mit den Denkgesetzen sei es nicht zu vereinbaren, wenn das Landgericht diesen Slogan wegen des Fehlens des Nachweises einer Wirkung gegen Viren als irreführend ansehe, obwohl das Landgericht ja durchaus von einer nachgewiesenen (und auch durch die zuständige Bundesoberbehörde in ihrer Zulassungsentscheidung abgesegneten) Wirkung des Mittels gegen Durchfallerkrankungen ausgehe. Denn ein Arzneimittel könne gegen eine Krankheit nur durch Hemmung ihrer Erreger wirken; anderenfalls würden sich die Erreger nämlich - so die Beklagte - ungehemmt vermehren und die Krankheit verschlimmern.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LG Itzehoe vom 10.04.2013, Az. 3 O 308/12, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, dessen Gründe er für überzeugend hält.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur zum Teil begründet.

1.

Unbegründet ist die Berufung, soweit das Landgericht die Beklagte verurteilt hat, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für das Arzneimittel „L.“ mit der Angabe „L. stoppt Durchfall“ so zu werben oder werben zu lassen, wie dies in den als Anlage A und Anlage B beigefügten Werbungen geschehen ist. Denn in der Tat ist die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet, diese Werbung zu unterlassen. Dies ergibt sich aus § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG, denn die Werbung war unlauter und geeignet, die Interessen der anderen Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen.

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend und damit nach § 5 Abs. 1 S. 1 UWG unlauter, wenn sie zur Täuschung geeignete Angaben über die wesentlichen Merkmale der Ware enthält. Unlauter handelt nach § 4 Nr. 11 UWG auch, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Eine solche Vorschrift ist die Bestimmung des § 3a S. 2 HWG, wonach eine Werbung für ein Arzneimittel, das - wie das Arzneimittel L. - der Pflicht zur Zulassung unterliegt und nach den arzneimittelrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich zugelassen ist, dann unzulässig ist, wenn sich die Werbung auf Anwendungsgebiete bezieht, die nicht von der Zulassung erfasst sind (wegen des insoweit geltenden „heilmittelrechtlichen Strengprinzips“ wird auf die Ausführungen auf Seite 10 des angefochtenen Urteils nebst Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen).

Der erwähnte Slogan stellt eine zur Täuschung geeignete Angabe über die wesentlichen Merkmale der Ware dar. Auch bezieht sich dieser Slogan auf ein Anwendungsgebiet, das nicht von der Zulassung des Arzneimittels erfasst ist. Insoweit wird zunächst auf die Gründe des angefochtenen Urteils verwiesen,

denen im Folgenden nur insoweit etwas hinzugefügt wird, als dies im Hinblick auf die Argumente der Berufungsbegründung angezeigt erscheint.

Der Slogan begründet in dem Adressaten durchaus die - unstreitig enttäuschte - Erwartung, dass der Durchfall binnen weniger Stunden (jedenfalls nicht erst nach zwei Tagen) *vollständig beendet* sei, d.h. dass schon dann jegliche Symptome verschwunden seien. Diese Erwartung ist nicht schon dann erfüllt, wenn der Durchfall binnen weniger Stunden nicht vollständig beendet, sondern nur spürbar gelindert ist. Dies entspricht dem Verständnis der Mitglieder des Senats und es gibt keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass diese Mitglieder über die hierfür maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse unterdurchschnittlich informiert oder insoweit nicht situationsadäquat aufmerksam seien, also nicht von ihrem eigenen Verständnis auf dasjenige des maßgeblichen Verbrauchers schließen dürften (vgl. Doepner, HWG, 2.Aufl., Rn.90, wonach das Versprechen „Stoppt ...“ nur dann zulässig ist, wenn der angekündigte Erfolg tatsächlich schnell, sofort und schlagartig eintritt).

Zwar dürfte der Beklagten zuzugeben sein, dass der maßgebliche Verbraucher weiß, dass das Mittel zunächst einmal in den Organismus gelangen muss, um nach Passieren des Magens im Darm seine Wirkung zu entfalten. Einem solchen Verbraucher ist aber nicht auch bekannt, dass die Linderung deshalb erst nach einigen Stunden überhaupt erst beginnen, mithin der Durchfall dann noch nicht vollständig beendet sein könne.

Auch die von der Beklagten ins Feld geführten Beispiele („Stoppt Tierversuche“ etc.) geben nichts für ihren abweichenden Standpunkt her. So beschreibt der Begriff „Stoppen“ auch in diesen Beispielen durchaus die Herstellung eines „Endzustandes“, also keineswegs nur einen „Vorgang“; der entsprechende Imperativ fordert also zur Herstellung eines solchen Endzustandes auf. Adressat der von der Beklagten als Beispiele herangezogenen Imperative ist nämlich jeweils derjenige, der rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, das jeweils kritisierte Phänomen *vollständig und am besten sofort* zu beenden, z.B. die Pharmaindustrie durch Beendigung der Tierversuche oder der Gesetzgeber durch deren Verbot bzw. die Abschaffung der Hundesteuer. Dagegen lässt sich nicht sagen, dass auch der Teilnehmer einer gegen Tierversuche gerichteten Demonstration schon durch seine Teilnahme Tierversuche „stoppt“ - obwohl er ja durchaus eine „zielgerichtete Handlung“ ausführt, die letztlich zur Abschaffung der Tierversuche beitragen soll. Auch „stoppt“ ein Auto nicht auch dann an einer Ampel, wenn es, während es an der Ampel vorbeifährt, immer langsamer wird („zielgerichteter Vorgang“), sondern nur dann, wenn es schon an der Ampel wirklich stehen bleibt („Endzustand“).

2.

Unbegründet ist die Berufung der Beklagten auch wegen des Slogans „Gegen Viren“. Denn entgegen der Berufungsbegründung begründet dieser Slogan in dem Adressaten durchaus die - ebenfalls unstreitig enttäuschte - Erwartung einer Wirkung gegen Viren, also nicht etwa nur die Erwartung einer Wirkung gegen die Symptome von Durchfallerkrankungen, die ihrerseits durch Viren verursacht sind. Dass den meisten Adressaten letztlich primär nur an der Beendigung der Symptome gelegen sein dürfte, weil ja nur diese sie beeinträchtigen, ist in diesem Zusammenhang nicht bedeutsam, denn nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG darf auch über Wirkungszusammenhänge nichts Unzutreffendes gesagt werden.

3.

Begründet ist die Berufung der Beklagten dagegen insoweit, als ihr mit dem angefochtenen Urteil die Werbung mit dem Slogan „Gegen Bakterien“ unter Verweis auf die Studie von Coconnier und anderen verboten worden ist. Denn die Werbung mit diesem Slogan bezieht sich auf ein Anwendungsgebiet, dass von der arzneimittelrechtlichen Zulassung des Mittels erfasst ist, ist also nicht nach § 3a S. 2 HWG unzulässig und enthält deshalb auch keine zur Täuschung geeignete Angaben über die wesentlichen Merkmale der Ware i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG.

Das von der Zulassung erfasste Anwendungsgebiet, auf das sich die Werbung nach § 3a S. 2 HWG beziehen darf, bestimmt sich nach der als Anlage K 2 eingereichten Fachinformation, die ihrerseits - neben dem Arzneimittel selbst - Gegenstand der Zulassung durch die zuständige Bundesoberbehörde ist. In Abschnitt 5.1 der Fachinformation heißt es, die *Wirkung* von L.-Kapseln sei nachgewiesen, und zwar nicht nur in klinischen Studien und in-vitro-Untersuchungen, sondern auch in in-vivo-Untersuchungen. Hiermit ist die Wirkung im Rahmen des in Abschnitt 4.1 beschriebenen Anwendungsgebietes gemeint, also die Wirkung im Rahmen der symptomatischen Behandlung von Durchfallerkrankungen, die nicht organischen Ursprungs sind. Vor diesem Hintergrund lässt sich der erforderliche wissenschaftlich fundierte Wirksamkeitsnachweis nicht mit der Begründung verneinen, dass die Untersuchungen von Coconnier u.a. nicht *in vivo*, also am lebenden Menschen stattgefunden, sondern nur *in vitro*, also im Reagenzglas, oder an Mäusen und dass nach dem genannten Abschnitt der Fachinformation bestimmte *Wirkprinzipien* nicht *in vivo*, sondern nur *in vitro* nachgewiesen wurden, nämlich eine bakteriostatische Wirkung auf darmpathogene Erreger sowie eine stimulierende Wirkung auf Teilung und Wachstum der säurebildenden Darmbakterien. Für die Annahme, dass

die Wirkung der Kapseln gegen Bakterien auch *in vivo* ausreichend nachgewiesen ist, spricht auch die von der Beklagten ins Feld geführte Formulierung aus der Coconnier-Studie, wonach man eine aus bestimmten Beobachtungen auf die Entwicklung einer antibakteriellen Aktivität *in vivo* geschlossen hat (Anlage K 12, dort S.1051).

4.

Unbegründet jedoch ist die Berufung der Beklagten wiederum wegen des Slogans „Hemmt Krankheitserreger“. Auch dieser Slogan begründet in dem Adressaten die - ebenfalls unstrittig enttäuschte - Erwartung einer Wirkung gegen Krankheitserreger, also nicht etwa nur die Erwartung einer Wirkung gegen die Symptome von Durchfallerkrankungen, die ihrerseits durch Krankheitserreger verursacht sind. Insoweit gelten die Ausführungen unter 2 zu dem Slogan „Gegen Viren“ entsprechend. Entgegen der Berufungsbegründung ist es durchaus mit den Denkgesetzen zu vereinbaren, diesen Slogan wegen des Fehlens des Nachweises einer Wirkung gegen Viren als irreführend anzusehen und zugleich eine Wirkung des Mittels gegen viral verursachte Durchfallerkrankungen für nachgewiesen zu halten.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Hierbei hat der Senat den vier streitgegenständlichen Slogans je ein Viertel des Gesamt-Streitwerts zugeordnet. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.