

Arzneimittelwerbung durch eine nicht individualisierte Gruppe von Ärzten

Werbung für Arzneimittel ist oft problematisch. Im Bereich der Werbung gelten nicht nur die strengen Maßstäbe des Heilmittelwerbegesetzes (HWG). Spätestens seit dem Gintec-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 08.11.2007 (Az.: C-374/05) ist jede Werbemaßnahme auch an europäischen Vorschriften zu messen. Mit den europarechtlichen Vorgaben musste sich dementsprechend auch das Oberlandesgericht (OLG) Köln in seinem Urteil vom 01.04.2011 (Az.: 6 U 214/10) auseinandersetzen und hat insoweit zwei Werbeaussagen eines Herstellers von Arzneimitteln untersagt.

Werberechtliche Alleingänge der einzelnen europäischen Länder sind seit der Gintec-Entscheidung des EuGH nicht mehr möglich. Der EuGH hat sich in seiner Entscheidung für eine Harmonisierung des Arzneimittelrechtes innerhalb Europas ausgesprochen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union dürfen ohne ausdrückliche Befugnis keine anderen Anforderungen an Arzneimittel stellen als diejenigen, die bereits von der europäischen Arzneimittelrichtlinie 2001/83/EG in ihrer durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung festgelegt sind. Die nationalen Gerichte müssen sich an den europarechtlichen Normen orientieren und das Heilmittelwerbegesetz entsprechend den europäischen Richtlinien auslegen. Mit der Entscheidung des OLG Köln hat damit zum ersten Mal ein deutsches Obergericht die Frage entschieden, ob Werbeaussagen mit ärztlichen Empfehlungen auch dann unzulässig sein können, wenn sie nicht von einem Arzt, sondern von einer nicht individualisierbaren Gruppe von Ärzten ausgehen.

Der Fall

Die Beklagte ist eine Fabrikantin von Arzneimitteln. Sie hat ein pflanzliches Präparat gegen Kopf-

schmerzen entwickelt und mit zwei Aussagen in der Zeitung beworben:

“Die moderne Medizin setzt daher immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel F...”

sowie

“F. wirkt so stark wie die chemischen Wirkstoffe ASS und Paracetamol...”

Ein klagebefugter Verband sah darin einen Verstoß gegen das Heilmittelwerberecht und beehrte die Unterlassung solcher Zeitungsveröffentlichungen.

Das OLG Köln hat beide Werbeaussagen für das Produkt als wettbewerbswidrig untersagt und die Beklagte zur Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten verurteilt.

Die Entscheidung

Nach Auffassung des Gerichts bestehen Unterlassungsansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). So verstoßen nach Ansicht des Gerichts beide Werbeaussagen gegen Verbote des Heilmittelwerberechts und sind gem. § 4 Nr. 11 UWG unlauter.

Die erste wettbewerbswidrige Aussage:

„Die moderne Medizin setzt daher immer öfter auf das pflanzliche Arzneimittel F...” verstoße gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG.

§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG lautet:

„Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel ... nicht geworben werden mit Angaben, dass das

Mittel ... ärztlich fachlich empfohlen oder geprüft ist oder angewendet wird.“

Maßstab ist entsprechend den Vorgaben des Gintec-Urteils des EuGH auch Art. 90 lit. f der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. L 311 S. 67) in der durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung:

„Die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel darf keine Elemente enthalten, die sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern, von im Gesundheitswesen tätigen Personen oder von Personen beziehen, die weder Wissenschaftler noch im Gesundheitswesen tätige Personen sind, die aber aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können.“

Adressat der Werbeaussage ist ein Laienpublikum. Obwohl die Aussage nach Auffassung des OLG Köln so allgemein formuliert sei, dass nur die „moderne Medizin“ nicht aber einzelne Ärzte als Absender erkennbar seien, liege darin doch eine unmissverständliche ärztliche Empfehlung. Denn der Verbraucher müsse die Aussage dahingehend verstehen, dass diejenigen im Gesundheitswesen tätigen Personen, die als Ärzte die moderne Medizin repräsentierten und Patienten behandelten, diesen das Mittel F empfehlen würden. Unbeachtlich sei dabei, dass kein konkreter Rat im Sinne von „nehmen Sie F...“ ausgesprochen werde. Eine Empfehlung müsse nicht immer eine ausdrückliche Handlungsanweisung beinhalten. Vielmehr stelle jede Handlung eine Empfehlung dar, aus der der Angesprochene schlussfolgern könne, was für ein konkreter Rat ihm erteilt werde. So lasse sich die Aussage auch hier von den Verbrauchern sinngemäß dahin ergänzen, dass es heißen solle „Die moderne Medizin setzt daher ... auf das ... Arzneimittel F, weswegen das Mittel zu empfehlen ist“. Dabei mussten sich die Richter keine Gedanken darüber machen, ob ein pflanzliches, nicht verschreibungspflichtiges Präparat generell beworben werden dürfe. Nach dem Wortlaut der Richtlinie sei eine Empfehlung von im Gesundheitswesen tätigen Personen ungeachtet des bestehenden Werberechtes schon dann unzulässig, wenn sie sich, wie hier, als bloße werbliche Anpreisung qualifiziere.

Der hinter der „modernen Medizin“ stehende Personenkreis der Wissenschaftler und der im Gesundheitswesen tätigen Personen müsse nach Auffassung des Gerichts nicht individualisierbar sein. Es reiche also schon, wenn hinter der Empfehlung

eine unbestimmte Gruppe von nicht namentlich bekannten Ärzten stehe. Denn nach dem allgemein gehaltenen Wortlaut der oben zitierten Richtlinie müssten die Personen, die die Empfehlung aussprechen, nicht bestimmbar sein. Dieser wortgetreuen Auslegung stehe auch nicht entgegen, dass die dritte in Art. 90 lit. f der Richtlinie genannte Gruppe einen gewissen Bekanntheitsgrad aufweisen müsse. Rückschlüsse auf die beiden anderen in der Richtlinie genannten Alternativen ließen sich daraus nicht gewinnen.

Schließlich sei auch aus Erwägungen des Verbraucherschutzes eine Therapieempfehlung, die von einem dem Verbraucher bekannten Arzt ausgesprochen werde, mit der Empfehlung einer Vielzahl von unbekanntem Ärzten vergleichbar. Aufgrund der besonderen Fachkompetenz, die der Verbraucher den Ärzten zuschreibe, rufe die Werbung, die Empfehlungen einer Gruppe von Ärzten enthalte, die den Verbrauchern persönlich nicht bekannt seien, bei diesen das gleiche Vertrauen hervor, wie eine Therapieempfehlung eines bekannten Hausarztes. Verbraucher würden Ärzte und ihre Empfehlungen in der Regel als vertrauenswürdig ansehen. Eine Individualisierung durch eine konkrete Namensnennung sei insoweit nicht nötig.

Die zweite wettbewerbswidrige Aussage:

“F. wirkt so stark wie die chemischen Wirkstoffe ASS und Paracetamol...” sei nach § 12 Abs. 2 HWG unzulässig.

§ 12 Abs. 2 HWG lautet:

„Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel zur Anwendung beim Menschen nicht mit Angaben geworben werden, die nahelegen, dass die Wirkung des Arzneimittels einem anderen Arzneimittel oder einer anderen Behandlung entspricht oder überlegen ist.“

Ihre Entsprechung findet die Norm in Art 90 lit. b in oben genannten europäischen Richtlinie:

„Die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel darf keine Elemente enthalten, die nahelegen, dass die Wirkung des Arzneimittels ... einem anderen Arzneimittel entspricht oder überlegen ist“.

Das OLG hatte hier zu entscheiden, ob die Normen so ausgelegt werden könnten, dass das gesetzliche Verbot auch für den Fall gelten solle, dass das Mittel F nicht mit einem anderen Arzneimittel, sondern mit einem arzneilichen Wirkstoff verglichen

werde. Da eine Vielzahl von Fertigarzneimitteln existieren, in deren Bezeichnung selbst die Begriffe ASS oder Paracetamol enthalten sind, sei es nur logisch anzunehmen, dass der Verbraucher die Werbung nicht nur auf die angeführten Wirkstoffe, sondern auf alle Mittel beziehe, die ebenfalls diese Bezeichnung tragen.

Fazit

Bisher hatte die deutsche Rechtsprechung die Frage noch nicht entschieden, ob Werbeaussagen mit ärztlichen Empfehlungen auch dann unter § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG fallen können, wenn sie von einer nicht individualisierbaren Ärztesgruppe ausgehen. Dreh- und Angelpunkt für die Argumentation des Gerichtes ist die Zielrichtung des Heilmittelwerbendes. Danach sollen Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch durch unsachgemäße Selbstmedikation eines kranken Menschen vermieden werden. Folgerichtig ist insoweit auch die Auslegung, dass die Werbung nicht von einem Arzt oder einer bekannten Persönlichkeit ausgehen muss. Auch eine Aussage, die der Gesamtheit der Ärzte oder einer nicht näher spezifizierten Gruppe von Ärzten zugeschrieben wird, kann den Verbraucher zu einer Kaufentscheidung eines Medikamentes bewegen, da die Ärzteschaft aufgrund der ihr zugesprochenen Fachkompetenz ein besonderes Vertrauen hervorruft. Eine zumindest mittelbare Gesundheitsgefährdung des Einzelnen könnte auch in diesen Fällen drohen.

Das Urteil des OLG Köln zeigt, dass inzwischen die Maßgaben des Gintec-Urteils des EuGH auch

in der obergerichtlichen Rechtsprechung Beachtung finden. Ein wenig Zeit ließ sich die deutsche Rechtsprechung mit der Adaption der Entscheidung des EuGH. Bis zur Entscheidung des OLG Köln haben die deutschen Gerichte die richtlinienkonforme Auslegung mit keiner Silbe erwähnt. So auch nicht das OLG Celle, das sich ebenfalls mit Werbeverboten auseinandersetzen musste (Urteil vom 31.07. 2008, Az.: 13 U 69/08).

Vor der Entscheidung in Sachen Gintec ging die Rechtsprechung in Deutschland davon aus, dass die Richtlinie nur einen Mindeststandard beschreibe. Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union durften nach diesem Verständnis strengere Regelungen schaffen und anwenden. Jetzt, wo der EuGH darauf hingewiesen hat, dass in der Richtlinie 2001/83/EG ein abschließender Höchststandard zu sehen sei, sind weiter gehende Verbote als bereits in den europäischen Richtlinien ausgesprochen unzulässig. Sämtliche einzelstaatlichen Normen des Werberechts sind entsprechend dieser Vorgabe im Lichte der europäischen Richtlinien auszulegen. In Abkehr der alten Rechtsprechung hat sich die Spruchpraxis der neueren Rechtsprechung nun auf dieser Linie eingefunden.

*Michaela Hermes, LL.M., Sindelfingen
Rechtsanwältin
hermes@rpmed.de*

www.rpmed.de

Impressum:

Ratajczak & Partner, Rechtsanwälte
Posener Str. 1, 70165 Sindelfingen
AG Stuttgart (PR 240005), Sitz Sindelfingen
USt-Ident-Nr.: DE145149760

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Detlef Gurgel

E-Mail der Redaktion: redaktion@rpmed.de
Die Mitteilungen dieses Newsletters enthalten allgemeine Informationen zu rechtlichen Themen. Eine rechtliche Beratung im Einzelfall können sie nicht ersetzen. Für die Richtigkeit der Information übernehmen wir keine Haftung.