

# **Produktbezogene Werbung auch ohne direkten Produktbezug**

## **Eigener Leitsatz:**

Eine Internetseite, welche Informationen zur Empfängnisverhütung enthält, kann auch dann einen unzulässigen gewerblichen Zusammenhang mit einem verschreibungspflichtigen Verhütungsmittel bewirken, wenn das Arzneimittel auf der Homepage nicht eindeutig benannt wird. Wird beim Leser aufgrund der Gesamtumstände eine gedankliche Verbindung zwischen der Internetseite und dem indirekt beworbenen Arzneimittel hervorgerufen, liegt eine produktbezogene Werbung vor. Alle Aussagen, die darauf abzielen, den Absatz eines Arzneimittels zu fördern – wenn auch indirekt – gelten als Werbung für das entsprechende Medikament.

## **Oberlandesgericht Frankfurt am Main**

**Urteil vom 06.09.2012**

**Az.: 6 U 143/11**

## **Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 7. Juli 2011 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers hinsichtlich des Unterlassungstitels durch Sicherheitsleistung in Höhe von 90.000,- €, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von

110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Unterlassungstitels Sicherheit in Höhe von 90.000 € und im Übrigen Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die Beklagte ist ein bekanntes pharmazeutisches Unternehmen, deren Tochtergesellschaft A GmbH das verschreibungspflichtige Kontrazeptivum „Pink Luna“ vertreibt (Anlage K 2). Die Beklagte hat unter der Domain liebe-ist-pink.de eine Internetseite veröffentlicht, die Informationen zur Empfängnisverhütung und namentlich zur Verhütung mittels der sog. „Antibabypille“ enthält. Auf dieser Internetseite wurde unter anderem eine Verlosung beworben, als deren Gewinn „10 € Musik – Download – Gutscheine“, einzulösen im Internetportal „Musicstar“, ausgelobt wurden. Ferner bestand die Möglichkeit, diese Gutscheine als Bestandteile eines so genannten „Pink Pack“, bestehend aus einem Schminktäschchen, einem Pillen-Bliester-Etui und anderen Utensilien, über den Frauenarzt zu beziehen. Wegen der weiteren Gestaltung dieser Internetseite wird auf die mit der Klageschrift vorgelegte Anlage K 1 (Bl. 33 – 56 d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger, ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehört, sieht einen unzulässigen werblichen Zusammenhang der Internetseite mit der von der Tochtergesellschaft der Beklagten vertriebenen Antibabypille „Pink Luna“. Er hält die Auslobung der Musikgutscheine für eine bei der Publikumswerbung von Arzneimitteln verbotene Werteklamme.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen

Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (Bl. 201 – 214 d. A.) verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, es bei Meidung gesetzlicher Ordnungsmittel zu unterlassen, für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Pink Luna“ außerhalb der Fachkreise zu werben und gegenüber Endverbrauchern „10,- € Download – Gutscheine“ auszuloben, sofern dies wie in der oben genannten Internetseite geschieht. Es hat die angegriffene Internet-Präsentation als produktbezogene Werbung für das Kontrazeptivum „Pink Luna“ bewertet. Auch wenn der Name dieses Produktes auf der streitgegenständlichen Internetseite nicht genannt werde, so könnten ihr die angesprochenen Verkehrskreise (Mädchen und junge Frauen) aufgrund der Gesamtumstände sowie ihrer eigenen Marktkenntnisse hinreichend deutlich entnehmen, dass für dieses Produkt geworben werde. Damit verstoße die Internetseite gegen das Verbot der produktbezogenen Publikumswerbung gemäß § 10 Abs. 1 HWG. Das dortige Angebot von 10 € Download-Gutscheinen sei als unzulässige Werbegabe i.S.v. § 7 Abs. 1 HWG zu klassifizieren.

Die Beklagte wirft dem Landgericht mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung Rechtsfehler sowie eine fehlerhafte Tatsachenwürdigung vor. Wenn – wie hier – ein Arzneimittelhersteller Informationen veröffentliche und dabei keines seiner Arzneimittel namentlich bezeichne, so könne eine produktbezogene Werbung i. S. des § 10 Abs. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) nur dann angenommen werden, wenn die Veröffentlichung eindeutig auf ein bestimmtes Produkt Bezug nehme. Die auf der hier angegriffenen Internet-Seite eingestellten Informationen richteten sich insbesondere an Mädchen und befassten sich in allgemeiner Form mit den Themen Sexualität und Verhütung, so dass man aus dem Inhalt der Seite nicht auf ein bestimmtes „Indikationsgebiet“ schließen könne. Ebenso wenig genüge die Nennung eines Teils des Produktnamens (Pink) bzw. die entsprechende Farbgestaltung der Internet-Seite für einen Produktbezug zu „Pink Luna“, denn die Farbe

„Pink“ werde häufig in Zusammenhang mit den Themen Mädchen, Liebe und Sexualität gebracht und beschreibe sozusagen das Lebensgefühl eines Mädchens im Teenageralter. Das von Landgericht hervorgehobene Risiko sog. „Wunschverordnungen“ der Patientinnen könne nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs nicht als taugliche Grundlage für ein Verbot herangezogen werden. Das Landgericht habe zuletzt auch verkannt, dass der ausgelobte Gutschein im Wert von 10,- € nur einen Anreiz zur Teilnahme an einer Umfrage darstelle, an der die Beklagte ein berechtigtes Interesse habe.

***Die Beklagte beantragt,***

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

***Der Kläger beantragt,***

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

**II.**

Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Dem Kläger stehen Ansprüche auf Unterlassung der Bewerbung ihres verschreibungspflichtigen Arzneimittels „Pink Luna“ sowie der Auslobung, Gewährung bzw. Verlosung von Gutscheinen zum Download von Musikstücken im Wert von 10,- €, wie in der Internet-Präsentation (Anlage K 1 zur Klageschrift) geschehen, zu. Die Ansprüche der Klägerin ergeben sich aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. §§ 10 Abs. 1, 7, 11 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 13 HWG. Der Senat folgt den Erwägungen des Landgerichts und sieht auch in der Berufungsbegründung keine Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung:

1. Der Internet-Auftritt der Beklagten ist produktbezogene Werbung für das von ihrem Tochterunternehmen vertriebene

verschreibungspflichtige Verhütungsmittel „Pink Luna“ (§ 10 Abs. 1 HWG).

a. Der Begriff der „Werbung für ein Arzneimittel“ i.S. von § 1 Abs. 1 HWG umfasst alle produkt- oder leistungsbezogenen Aussagen, die darauf angelegt sind, den Absatz des beworbenen Arzneimittels zu fördern (BGH GRUR 2009, 985, Tz 13 – Festbetragsfestsetzung). Hier sollen die von dem Internet-Auftritt angesprochenen Verkehrskreise auf das Arzneimittel „Pink Luna“ und dessen Preiswürdigkeit aufmerksam gemacht werden, was eindeutig als Werbeziel angesehen werden kann. Dem Produktbezug der Internet-Seite steht nicht entgegen, dass in dieser Präsentation lediglich der Firmenname „A“ der Beklagten mit dem Zusatz „Arzneimittel“, nicht aber der Produktname „Pink Luna“ genannt wird:

Wenn in einer Werbeaussage keine bestimmten Arzneimittel(namen) genannt werden, kann zwar erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Leser der Werbeaussage gleichwohl die Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel entnehmen (BGH GRUR 1995, 223, 224 – Pharma-Hörfunkwerbung). Ein ebenso unzulässiger mittelbarer Produktbezug liegt aber dann vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise der Anzeige aufgrund sonstiger Umstände, wie beispielsweise der Angabe des Indikationsgebiets oder ihrer Kenntnisse der Marktverhältnisse, entnehmen können, es solle für bestimmte einzelne Arzneimittel geworben werden, selbst wenn deren Bezeichnung nicht ausdrücklich genannt ist. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles. Rückschlüsse können sich aus der Gestaltung der Werbung, aus dem Zusammenhang, in dem sie steht, aus dem Namen des werbenden Unternehmens, aber auch aus inhaltlichen Hinweisen – wie etwa der Beschreibung eines Indikationsgebiets – ergeben. Dabei ist zu berücksichtigen, ob der Zweck der Förderung des Absatzes bestimmter Arzneimittel im Vordergrund der Anzeige steht und ihren Schwerpunkt bildet oder ob es nach dem Erscheinungsbild der Werbung im Wesentlichen um eine Vertrauens- (Image-,

Firmen-)werbung geht oder allgemein um Hinweise auf die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme von Beratung und Aufklärung (BGH GRUR 1992, 871, 872 – Femovan).

Mit Recht hat das Landgericht angenommen, dass sich die Präsentation vor allem an junge Frauen und Mädchen im Teenageralter richtet und in erster Linie Fragen der Schwangerschaftsverhütung durch Einnahme der sog. „Pille“ behandelt. Das „Anwendungsgebiet“ ist daher hinreichend klar umrissen, auch wenn daneben auch noch andere Methoden der Schwangerschaftsverhütung angesprochen werden.

Es ist unstreitig, dass die Beklagte ein bekanntes Pharmaunternehmen ist und von den angesprochenen Verkehrskreisen mit preisgünstigen Generika – Produkten in Verbindung gebracht wird. Durch die Aussage „Liebe muss sicher sein. Verhütung bezahlbar“ und dem daneben stehenden Firmennamen „A Arzneimittel“ wird daher bereits die gedankliche Verbindung hergestellt, dass die Beklagte ein solches preisgünstiges Verhütungsmittel in ihrem Angebot hat.

Das Landgericht hat ferner mit Recht darauf abgestellt, dass der Hinweis auf „Pink“ und das die entsprechende Farbgestaltung der Präsentation eine erhebliche Bedeutung haben, weil sie von den angesprochenen Verkehrskreisen ebenfalls in Zusammenhang mit der Firma der Beklagten und der Indikation „Verhütung“ gesetzt werden. Die Aussage „Liebe ist pink“, die auch Bestandteil der Internet-Adresse ist, wird in der Präsentation nicht anderweitig erklärt und sie ist für die angesprochenen Verkehrskreise auch nicht aus sich heraus verständlich. Es mag sein, dass die Farbe „Pink“ als Modefarbe für Mädchen besondere Bedeutung gewonnen hat. Hiermit kann man aber trotzdem die Aussage „Liebe ist pink“ und ihren Bezug zum Inhalt des Internetauftritts nicht erklären, denn auf der Internet-Seite der Beklagten geht es nicht um eine Werbung für Mädchenprodukte oder um Informationen für Mädchen sondern um Empfängnisverhütung, was durch die Aussage „Verhütung bezahlbar“ verdeutlicht wird. Genauso wenig kann sich die

Beklagte auf die landläufige Aussage stützen, dass Verliebte die Welt durch eine „rosarote Brille“ sehen, denn es wird nun einmal die Farbe „Pink“ (und nicht rosarot) in den Vordergrund gestellt und es wird nicht in erster Linie das Thema „Verliebtsein“ behandelt sondern vielmehr die Verbindung von Liebe, Sexualität und Empfängnisverhütung gezogen. Vor diesem Hintergrund wird eine verständige Leserin dieser Präsentation die Aussage „Liebe ist pink“ mit einem von der Beklagten angebotenen Verhütungsmittel mit dem Namen und/oder der Farbe „Pink“ assoziieren.

Diese gedankliche Verbindung wird durch den graphisch sehr ansprechend gestalteten Frauenkopf verstärkt. Diese Gestaltung hat einen erheblichen Wiedererkennungswert und findet sich auf der Verpackung des Arzneimittels identisch wieder (Anlage K 12). In gleicher Weise verstärkt die Aufforderung auf der Internet-Seite, sich beim Frauenarzt ein kostenloses „Pink-Pack“ mit einem darin befindlichen Blister-Etui zur Aufnahme eines Pillenblisters abzuholen, die Erwartung, dass die Beklagte eine entsprechend gestaltete „Verhütungspille“ im Angebot hat.

Es ist für die mittelbare Absatzwerbung grundsätzlich unerheblich, ob das beworbene Medikament in der Präsentation für den Patienten identifizierbar ist oder ob er dazu der Mithilfe des Arztes oder Apothekers bedarf (LG Frankfurt MD 2004, 437, 439 – Basalinsulin; Bülow-Ring, HWG, 4. Aufl., Rn. 2 zu § 10 HWG). Die Auskunft kann hier leicht eingeholt werden, der Anreiz wird durch das kostenlose Angebot des „Pink Packs“ mit verschiedenen Utensilien, die für weibliche Teenager oder junge Frauen interessant sind, verstärkt.

Unabhängig davon richtet sich die Werbung auch an diejenigen Frauen und Mädchen, die das Produkt schon kennen und aufgrund der Gestaltung der Internet-Präsentation daher unmittelbar einen Bezug zu dem Produkt „Pink Luna“ herstellen. Aus diesem Grund spielt es auch keine Rolle, dass die Farbe „Pink“ im Internetauftritt an keiner Stelle unmittelbar mit einem

Arzneimittel in Verbindung gebracht wird. Ebenso unerheblich ist, welchen Marktanteil bei Verhütungsmitteln das Produkt „Pink Luna“ innehat.

b. Der Internetauftritt der Beklagten verletzt den Schutzzweck des § 10 Abs. 1 HWG. Die Vorschrift will den Gefahren der Selbstmedikation und des Arzneimittelfehlgebrauchs entgegenwirken. Dazu erweitert sie den mit der Verschreibungspflicht gem. § 48 AMG gewährleisteten Schutz. Die Vorschrift soll verhindern, dass die Ärzte einer werbungsinduzierten Einflussnahme der Patienten ausgesetzt sind (Bülow-Ring, HWG, 4. Aufl., Rn 1 zu § 10 HWG; Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand 6/2011, Rn 5 zu § 10 HWG m. w. N.).

Das Landgericht hat diesen Gesichtspunkt zutreffend herausgearbeitet und darauf hingewiesen, dass der Arzt angesichts der Vielzahl von Präparaten mit gleichem Wirkstoff durchaus Auswahlmöglichkeiten hat und dass den Patienten in solchen Fällen Einflussnahmemöglichkeiten entstehen, die nicht durch die Publikumswerbung in unsachlicher Weise beeinflusst werden sollen.

Diesen Erwägungen stehen die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung vom 5.5.2011 (Rechtssache MSD/Merkle AG Az.: C-316/09 = GRUR 2011, 1160 ff.) nicht entgegen. Der Europäische Gerichtshof hat dort klargestellt, dass es für die Unterscheidung der „Werbung“ i. S. von Art. 88 Abs. 1 lit. a) der Humanarzneimittelrichtlinie (dem entspricht § 10 Abs. 1 HWG) von einer „einfachen Information“ entscheidend darauf ankommt, welches Ziel die Botschaft enthält und dass die Frage, ob die Verbreitung von Informationen ein Werbeziel beinhaltet, durch eine konkrete Prüfung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist (EuGH a.a.O. Tz. 33). Die dortige Beklagte hatte verschiedene verschreibungspflichtige Arzneimittel unter Wiedergabe der Produktpackung, der Beschreibung der Indikation und der Gebrauchsinformation für jedermann frei zugänglich auf

einer Internet-Seite eingestellt. Dies wurde vom Europäischen Gerichtshof nicht als Verstoß gegen die o. g. Vorschrift angesehen, weil allein die Möglichkeit, dass ein Patient aufgrund der vom Hersteller veröffentlichten sachlichen Informationen eine „Wunschverordnung“ beim Arzt begehrt, nicht ausreicht, um auf Seiten des Arzneimittelherstellers eine Werbeabsicht anzunehmen (a.a.O., Tz 37).

Hier geht es aber nicht um die Veröffentlichung von Sachinformationen über das Arzneimittel „Pink Luna“ sondern darum, bei jungen Frauen und Mädchen Interesse für dieses Produkt zu wecken, wozu beispielsweise die in dem Internetauftritt versprochenen kostenlosen „Pink Packs“ einen erheblichen (unsachlichen) Anreiz darstellen.

2. Auf der angegriffenen Internet-Seite wird einerseits ein Music-Download Gutschein im Wert von 10 € ausgelobt, der als Bestandteil des „Pink Packs“ über die an der Werbeaktion beteiligten Frauenärzte gewährt wird. Hierbei handelt es sich um eine unzulässige Wertreklame (§ 7 Abs. 1 HWG). Dass der angegriffene Internetauftritt produktbezogene Werbung für das Arzneimittel „Pink Luna“ ist, wurde oben schon erörtert. Das Landgericht hat überzeugend dargestellt, dass der „Pink Pack“, für den sich die Interessentin auf der Internet-Seite einen beim Frauenarzt einzulösenden Gutschein ausdrucken kann, eine Werbegabe darstellt. Das wird in der Berufung nicht substantiiert angegriffen, so dass auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden kann.

Zugleich wird den Teilnehmern an der Umfrage die Verlosung entsprechender Gutscheine versprochen, was gegen das Verbot der Publikumswerbung mit aleatorischen Reizen verstößt (§ 11 Nr. 13 HWG). In der Teilnahmemöglichkeit an der Verlosung liegt eine Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 HWG (Bülow-Ring a.a.O., Rn 15 zu § 11 Abs. 1 Nr. 13 HWG). Auf die Frage, wie hoch die Gewinnchancen sind und ob die von den Teilnehmer(innen) der Verlosung erbetenen persönlichen Informationen einen wirtschaftlichen Wert für die Beklagte

darstellen, kommt es nicht an. Diese Frage hätte nur dann Bedeutung, wenn sich die mit der Verlosung verbundene Umfrage an Fachkreise richten würde, weil dort aleatorische Werbung in den von § 7 HWG gesetzten Grenzen erlaubt ist (vgl. Bülow-Ring, HWG, 4. Aufl., Rn 23 ff. zu § 7 HWG).

3. Der Anspruch des Klägers auf Erstattung der ihm durch die eigene Abmahnung entstandenen Kosten ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Der Kläger hat nachvollziehbar dargelegt, wie sich die geltend gemachte Abmahnkostenpauschale von 166,60 € errechnet. Das wird von der Beklagten nicht angegriffen.

Da das Rechtsmittel der Beklagten erfolglos bleibt, hat sie die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und die Schuldnerschutzanordnungen folgen §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung beruht vielmehr auf einzelfallbezogenen Auswertung der hier maßgeblichen Umstände auf Grundlage der höchstrichterlichen Vorgaben in den o. g. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.