

Eine Pressemitteilung mit Werbecharakter

Eigener Leitsatz:

Auch dann, wenn die Beschreibung eines Arzneimittels lediglich als "Pressemitteilung" deklariert wird, kann diese Aussage werbenden Charakter haben. Insbesondere dann, wenn das Präparat durch positive Wertungen in den Vordergrund gestellt wird, ist von Werbung auszugehen. Bei Werbung für Arzneimittel ist es nach dem Gesetz über Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (HWG) erforderlich, bestimmte Pflichtangaben bezüglich des Produkts zu machen. Diese fehlten jedoch im vorliegenden Fall, weswegen die Hamburger Richter die gegen die Veröffentlichung der Pressemitteilung begehrte einstweilige Verfügung als begründet ansahen.

Landgericht Hamburg

Urteil vom 13.01.2009

Az.: 312 O 699/08

Urteil

in der Sache

./.

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12, für Recht:

Die einstweilige Verfügung vom 31.10.2008 wird bestätigt.

Die Antragsgegnerinnen haben auch die weiteren Kosten des Verfahrens wie Gesamtschuldner zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien stellen her und vertreiben Medikamente zur Behandlung von Husten und Erkältungskrankheiten. Die Antragsgegnerin zu 1) gehört zur Unternehmensgruppe K...frau. Sie ist Inhaberin der Zulassung für die Präparate Präperat S... und Präperat S... forte. Die Antragsgegnerin zu 2) ist für den Vertrieb der Erzeugnisse der Unternehmensgruppe K...frau zuständig. Auf der Internetseite der Antragsgegnerin zu 2) unter www.k...frau.de befand sich in dem über DocCheck verschlüsselten Bereich für Fachkreise die aus der Anlage Ast 2 ersichtliche Seite. In der Rubrik „Presse/Pressemeldungen“ befand sich die aus dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ersichtliche Verlautbarung. Die Antragstellerin hielt diese Seite für wettbewerbswidrig, weil keine der Angabendie erforderlichen Quellen gemäß § 6 HWG angegeben habe, die Pflichtangaben nach § 4 HWG gefehlt hätten und weil das Präparat Präperat S... forte gar nicht zur Zusatzbehandlung von COPD und Asthma zugelassen worden sei. Ausweislich der Fachinformation (Anlage Ast 6) sei Präperat S... forte zugelassen zur „Zusatzbehandlung bei chronischen und entzündlichen Erkrankungen der Atemwege.“

Die Kammer hat den Antragsgegnerinnen mit einstweiliger Verfügung vom 31.10.2008 unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, insbesondere im Internet, innerhalb der medizinischen Fachkreise wie folgt zu werben:

"www.k...frau.de

Die neuen Präperat S... Kapseln forte 08.09.2008 Köln, 8. September 2008. Präperat S..., die Intensiv-Kapsel gegen entzündete Atemwege, gibt es nun ganz neu auch mit doppelter Wirkstoffmenge: mit 200 mg reinem Cineol. Dieses neue Produkt ist ab sofort unter der passenden Bezeichnung Präperat S... Kapseln forte erhältlich. Genau so wie die bekannte 100 mg-Variante (Präperat S... Kapseln) zeichnen sich die Präperat S... Kapseln forte durch ihre stark entzündungshemmenden und

sekretlösenden Eigenschaften aus. Sie befreien zuverlässig Nebenhöhlen und Bronchien. Der Wirkstoff Cineol ist hochdosiert und in reiner Form, also ohne belastende Terpene, enthalten. Cineol ist ein Naturstoff mit einer langen Anwendungstradition und einer umfangreichen Datenlage in der pharmakologischen und klinischen Forschung. Insbesondere in den letzten Jahren war Cineol verstärkt Gegenstand von Untersuchungen, mit denen das klassische Anwendungsgebiet bei entzündlichen Erkrankungen der Atemwege immer wieder eindrucksvoll belegt wurde. Die Anwendung bei Bronchitis wurde aktuell erst wieder in einer nicht-interventionellen Studie an über 800 Patienten bestätigt. Darüber hinaus bestätigte, kürzlich das BfArM eine Erweiterung der Indikation: Präperat S... Kapseln sowie Präperat S... Kapseln forte sind nun auch zur Zusatzbehandlung von chronischen und entzündlichen Atemwegserkrankungen wie COPD und Asthma zugelassen. Eine klinische Studie beweist, dass 3 x 200 Milligramm Cineol die tägliche Glukokortikoid-Dosis um 36 % senken können.

Die neuen Präperat S... Kapseln forte gibt es als 20er, 50er- und 100er-Packung. Bei Interesse hilft der zuständige K...frau-Außendienstmitarbeiter gerne weiter.

Über die Zusendung von Belegen freuen wir uns. Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an: K...frau, E-Mail: .oeffentlichkeitsarbeit@k...frau.de.

Alle Meldungen

© 2008 K...frau Healthcare Group"

Die Antragsgegnerinnen haben Widerspruch eingelegt. Sie machen geltend, dass Asthma eine Erkrankung der Atemwege und COPD eine chronisch obstruktive Lungenerkrankung sei. Beide seien daher „chronische und entzündliche Erkrankungen der Atemwege“, für deren Behandlung das Präparat zugelassen sei. Die Antragsgegnerin zu 2) mache auf der Internetseite k...frau.de, soweit dort Arzneimittel der K...frau-Gruppe beworben würden, alle Pflichtangaben nach § 4 HWG. Die streitgegenständliche Mitteilung sei aber eine Pressemitteilung nur für Fachbesucher

gewesen und keine Werbung. Nur Personen mit einem entsprechenden Zugangsschlüssel hätten die betreffende Seite überhaupt aufrufen können. Insbesondere das Ende der Mitteilung „Über die Zusendung von Belegen freuen wir uns. Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an: K...frau, Öffentlichkeitsarbeit“ mache deutlich, dass es sich ausschließlich um eine Pressemitteilung gehandelt habe. Die Antragsgegnerinnen tragen weiter vor, dass es sich bei dem vorliegenden

Verfahren um eine Retourkutsche handele wegen eines Verfahrens, das die

Antragsgegnerin zu 1) gegen die Antragstellerin geführt habe und in dem nur noch der Kostenpunkt streitig sei. Vorliegend habe die Antragstellerin beide

Antragsgegnerinnen getrennt abgemahnt und jeweils die volle Kostenerstattung nach einem Gegenstandswert von 200.000 € verlangt. Die Antragsgegnerinnen meinen, dass das HWG vorliegend nicht anwendbar sei. Zudem habe die Antragstellerin durch ihr vorgerichtliches Verhalten deutlich gemacht, dass es ihr darum gegangen sei, Kosten zu Lasten der Antragsgegnerinnen zu produzieren, was rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 IV UWG sei. Die Regelungen des HWG fänden auf Pressemitteilungen keine Anwendung. Pressemitteilungen seien keine Werbung, sondern vielmehr könne die Information der Presse im Vordergrund stehen. So habe das OLG Karlsruhe 1988 entschieden, dass ein Arzneimittelhersteller nicht verpflichtet sei, darauf hinzuwirken, dass einem Pressebeitrag die Pflichtangaben nach § 4 HWG beigelegt wurden, auch wenn von dem Artikel eine Werbewirkung für das Medikament ausgehe.

Die Antragsgegnerinnen beantragen, die einstweilige Verfügung vom 31.10.2008 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt Bestätigung der einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin hat ihren Vortrag vertieft. Sie meint,

dass sie nur einen Eilantrag gegen beide Antragsgegner gestellt habe, belege, dass es der Antragstellerin nicht auf die Generierung von Kostenerstattungsansprüchen ankomme. Den für die Antragsgegnerin zu(1) titulierten Kostenanspruch habe die Antragstellerin inzwischen beglichen. Der Antragstellerin gehe es um fairen Wettbewerb, weshalb sie selbst auf Arzneimittelwerbung im Internet verzichte und auch gegen andere Wettbewerber als die Antragsgegner wegen wettbewerbswidriger Werbung vorgehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die eingereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2008 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die einstweilige Verfügung erweist sich auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens als zu Recht ergangen. Sie ist zu bestätigen, weil der Verfügungsantrag begründet ist.

I. Zulässigkeit des Verfügungsantrags

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Er ist nicht, wie die Antragsgegnerinnen meinen, deswegen unzulässig, weil die

Verfolgung des Unterlassungsanspruches durch die Antragstellerin rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 8 IV UWG wäre. Von einem Missbrauch i.S. § 8 IV UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruches sachfremde Ziele sind (vgl. BGH, GRUR 2006, 243, 244 m.w.N.). Diese müssen nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein, ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (vgl. BGH, GRUR 2006, 243, 244 m.w.N.). Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten können

sich u.a. daraus ergeben, dass ein Gläubiger bei einem einheitlichen Wettbewerbsverstoß gegen mehrere verantwortliche Unterlassungsschuldner getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine streitgenössische Inanspruchnahme auf der Passivseite mit keinerlei Nachteilen verbunden wäre (vgl. BGH, GRUR 2006, 243, 244 m.w.N.). Einen Missbrauch in diesem Sinne hat der BGH bejaht in einem Fall, in dem anstatt einem mehrere Eilverfahren gegen Antragsgegner eingeleitet worden waren, die auch als Streitgenossen hätten in Anspruch genommen werden können und die zuvor auch getrennt abgemahnt worden waren. Vergleichbares ist vorliegend nicht geschehen. Die Antragstellerin hat gegen die Antragsgegnerinnen nur ein Eilverfahren angestrengt, nachdem sie gegenüber beiden Antragsgegnerinnen Abmahnungen ausgesprochen hatte. Dass die Antragstellerin für die Abmahnungen jeweils die Kostenerstattung der Anwaltskosten verlangte, genügt allein nicht, um ein beherrschendes Motiv "Kostengenerierungsinteresse" für den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung anzunehmen. Beherrschende Motive der hier gegenständlichen Abmahnungen waren überwiegend wahrscheinlich sachliche, nämlich ein Unterlassen des beanstandeten Verhaltens zu erreichen und sich für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung gegen eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO abzusichern. Dies ergibt sich daraus, dass mit der streitgegenständlichen Internetseite ein Verstoß der Antragsgegnerinnen gegen Vorschriften des UWG vorlag und daraus, dass die Antragstellerin nicht nur im Einzelfall und gegen die Antragsgegnerinnen Wettbewerbsverstöße verfolgt, sondern auch Unterlassungsansprüche gegen andere Wettbewerber geltend macht. Dass die Antragsgegnerin zu 1) und die Antragstellerin sich in einem anderen Verfahren umgekehrten Rubrums zum Produkt „Essentiale“ gegenüberstanden, die Antragstellerin die dortige Kostenregelung zunächst nicht akzeptierte, dann aber ihrerseits Abmahnungen gegen die Antragsgegnerinnen aussprach, die sich unterwarfen, und dass die Antragstellerin schließlich die Abmahnungen des hiesigen

Verfahrens abschickte, belegt eine Rechtsmissbräuchlichkeit ebenfalls nicht. Dass die Parteien als Wettbewerber häufiger gegenseitig Abmahnungen aussprechen, belegt nur, dass sie sich – wie vom Gesetzgeber vorgesehen – gegenseitig beobachten und so für die Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften sorgen. Dass die Antragsgegnerinnen sich auf die erste Abmahnung der Antragstellerin wegen einer Veröffentlichung auf der Internetseite unterworfen haben, ist zudem Indiz dafür, dass die Abmahnung sachlich begründet war. Auch der hier gegenständliche Wettbewerbsverstoß wurde von der Kammer als in der Sache begründet erachtet.

Ein weiteres beherrschendes Motiv für die Abmahnungen war im Hinblick auf § 93 ZPO die Absicherung der Antragstellerin. Die Abmahnung, die gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, sichert den potentiellen Kläger oder Antragsteller in einem potentiell anzustrengenden gerichtlichen Verfahren gegen eine Kostenentscheidung gemäß § 93 ZPO ab. Die Abmahnung gegenüber einem Unternehmen aus einer Unternehmensgruppe hat gegenüber einem anderen Unternehmen derselben Gruppe keine Auswirkung im Sinne des § 93 ZPO. Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung kann die Abmahnung von zwei Gegnern in getrennten Abmahnschreiben nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 IV UWG angesehen werden. Hinzu kommt, dass die Abmahnung zweier rechtlich selbstständiger Unternehmen eines Konzerns wegen einer gleichartigen Wettbewerbsverletzung durch gleich lautende Schreiben ohnehin nur eine Angelegenheit darstellt (Gebauer/Schneider, Anwaltskommentar RVG, 4. Aufl. 2008, § 16 Rz. 75 m.w.N.). Demnach können gemäß § 15 II RVG die Gebühren ohnehin nur einmal gefordert werden.

II. Begründetheit des Verfügungsantrags

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist begründet.

Der Antragstellerin steht überwiegend wahrscheinlich ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 6,

4 HWG zu.

Die beanstandete Internet-Seite enthielt Werbung im Sinne des § 1 HWG.

Heilmittelwerberechtlich relevante Werbung sind alle informationsvermittelnden und meinungsbildenden Aussagen, die darauf abzielen, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Leistungen im Sinne des § 1 HWG zu beeinflussen (BGH WRP 1995, 701; Doepner, HWG, 2. Aufl., § 1 Rz. 11 m.w.N.). Produkt- oder leistungsbezogene Verlautbarungen unterfallen nur dann dem HWG, wenn sie auch subjektiv vom Ziel der Absatzförderung getragen sind (OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.11.2006, MD 2007, 152, 156).

Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob mit einer Verlautbarung

ausschließlich das Ziel der Absatzförderung verfolgt wird oder ob daneben noch

weitere Ziele erreicht werden sollen. Es genügt grundsätzlich, wenn die

Verlautbarung zumindest auch auf die Absatzförderung eines Arzneimittels abzielt (vgl. BGH GRUR 1983, 393, 394; OLG Karlsruhe, MD 2007, 152, 156). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles die werbliche Zielsetzung hinter den anderen Beweggründen völlig zurücktritt und ihr keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt (vgl. OLG Karlsruhe, MD 2007, 152, 156 m.w.N.).

Ob Werbung im Sinne der heilmittelrechtlichen Vorschriften vorliegt, ist aufgrund

einer umfassenden Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Nennung eines konkreten Arzneimittelnamens in der Werbung regelmäßig eine für die Absatzförderung dieses Mittels geeignete und – zumindest auch – dieser Förderung dienende Maßnahme darstellt und damit die werbliche Intention indiziert (vgl. BGH GRUR 1983, 393, 394 m.w.N.). Die vorliegend beanstandete so genannte Pressemitteilung, die auf der Internetseite der Antragsgegnerinnen aber allen Fachbesuchern,

d.h. allen Ärzten und Apothekern, die über einen Zugangsschlüssel für den Fachbereich verfügten, zugänglich war, stellt nach diesen Kriterien Werbung dar. Der Text besteht aus informationsvermittelnden und meinungsbildenden Aussagen zu dem Präparat Präperat S... forte, welches durch Abbildung der Produktpackung in den Mittelpunkt gestellt ist, die darauf abzielen, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Leistungen im Sinne des § 1 HWG zu beeinflussen. Die Produktbeschreibung zielt auf Warenabsatz. Dies wird an positiv beschreibenden Aussagen wie

"Sie befreien zuverlässig Nebenhöhlen und Bronchien. Der Wirkstoff Cineol ist hochdosiert und in reiner Form, also ohne belastende Terpene, enthalten. Cineol ist ein Naturstoff mit einer langen Anwendungstradition und einer umfangreichen Datenlage in der pharmakologischen und klinischen Forschung. Insbesondere in den letzten Jahren war Cineol verstärkt Gegenstand von Untersuchungen, mit denen das klassische Anwendungsgebiet bei entzündlichen Erkrankungen der Atemwege immer wieder eindrucksvoll belegt wurde."

deutlich. Es liegt keine rein sachliche Darstellung etwa des Wirkstoffes, sondern eine solche vor, bei der das Präparat Präperat S... forte im Vordergrund steht und die (positive) Wertungen enthält. So wird auf eine „lange Anwendungstradition“ verwiesen und nicht darauf, dass der Wirkstoff seit einer bestimmten Anzahl von Jahren eingesetzt wird. Es wird erklärt, dass das klassische Anwendungsgebiet „eindrucksvoll belegt wurde“. Es wird nicht mitgeteilt, was genau eigentlich belegt worden ist und mit welchen prozentualen Ergebnissen. Es wird auf eine umfangreiche Datenlage und verstärkte Forschung in letzter Zeit verwiesen, aber nicht mitgeteilt, welche Untersuchungen zu welchen Problematiken es gibt und welches die neueren Untersuchungen sind. Der Text zielt demnach nicht zuerst auf eine Information, sondern auf eine Beeinflussung der Leser dahin,

das Präparat für besonders wirksam, gut erforscht und zuverlässig zu halten und es dementsprechend zu verordnen oder zu empfehlen.

Dass die Aussagen mit „Pressemitteilung“ überschrieben sind, ändert an ihrem werbenden Charakter nichts. Adressaten sind die Fachkreise, nämlich Ärzte und Apotheker bzw. die Fachkreise im Sinne des § 2 HWG, denen allein der Teil der Internetseite zugänglich ist, auf dem die streitgegenständliche Mitteilung enthalten war. Diesen gegenüber sind die Vorschriften des HWG einzuhalten. Dies bedeutet, dass die Pflichtangaben nach § 4 HWG zu machen sind und die Erfordernisse des § 6 HWG eingehalten werden müssen. Beides ist hier nicht erfolgt.

Ob auch gegen § 3 a HWG verstoßen wurde, weil die Zulassung COPD und Asthma nicht umfasst, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen.

Dass Mitglieder dieser Fachkreise auch in einer Eigenschaft als Redaktionsmitglied eines (Fach-)Presseorganes die streitgegenständlichen Aussagen zur Kenntnis nehmen könnten, ändert an der Anwendbarkeit der Vorschriften des HWG nichts. Es ist nicht vorgetragen worden, dass die „Pressemitteilungen“ überwiegend von Fachbesuchern in der Eigenschaft als Fachredakteure gelesen würden oder dass die Pressemitteilungen aufgrund einer weiteren Zugangsbeschränkung nur Mitgliedern von Presseorganen zugänglich wären.

Ob die Antragsgegnerinnen als Vertreiber von Heilmitteln als Presseinformanten für eine gegen HWG-Normen verstoßende redaktionelle Berichterstattung, weil sie auf diese vorsätzlich hingewirkt hätten, zu haften hätten (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 1 Rz. 30 m.w.N.) kann vorliegend ebenso ungeklärt bleiben wie die Frage, ob die streitgegenständliche Werbung, wenn sie allein Pressemitgliedern zugänglich wäre,

aufgrund des Schutzes des Art. 5 I GG an den Maßstäben der §§ 4 und 6 HWG zu messen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

... ..