Irreführende Bewerbung von Nahrungsergänzungsmitteln

Oberlandesgericht Celle

Beschluss vom 08.05.2017

Az.: 13 U 35/17

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 16. Februar 2017 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stade durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Der Beklagten wird Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses gegeben.

2. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 30.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

Die Beklagte bringt das Produkt „HCG C30 G. Globuli“ mit der alleinigen Zutat Saccharose (Zucker) in den Verkehr und bewirbt es über ihren Internetauftritt unter www.h.-pharma.de wie aus der Anlage K 1 (Anlagenhefter Kläger) ersichtlich. Die Werbung für die 10g-Packung zum Preis von 16,90 € enthält insbesondere einen Text unter der Überschrift „Ein kleiner Exkurs zur Homöopathie“, als dessen Quelle angegeben ist „Quelle: Anne Hild (2015): Die HcG-Diät“. Auf seinem – in der Internetwerbung nur teilweise lesbaren – Etikett ist das Produkt als „Nahrungsergänzungsmittel“ bezeichnet. Wegen der weiteren Einzelheiten der streitgegenständlichen Werbung wird

auf die Anlage K 1 Bezug genommen.

Der Kläger, ein eingetragener Verein, dessen satzungsmäßige Aufgabe die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder und dabei insbesondere die Überwachung der Regeln des lauteren Wettbewerbs ist, hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung der Werbung für „HCG C30 G. Globuli“ wie in der Anlage K 1 wiedergegeben zu verurteilen, sofern für das Mittel keine Zulassung als Arzneimittel vorliegt oder dieses als homöopathisches Arzneimittel registriert ist. Der Kläger hat behauptet, bei dem Produkt handele es sich um ein Präsentationsarzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG, weil es nach dem Verständnis der von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise dazu diene, auf homöopathische Weise das Körpergewicht zu reduzieren. Als Nahrungsergänzungsmittel habe das Produkt nicht beworben und außerhalb von Apotheken nicht vertrieben werden dürfen.

Die Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt und hierbei die Auffassung vertreten, dem Kläger fehle bereits die Klagebefugnis. Jedenfalls sei das streitgegenständliche Produkt kein Arzneimittel, insbesondere kein Präsentationsarzneimittel, weil es unmittelbar auf seinem Etikett als Nahrungsergänzungsmittel bezeichnet werde und es sich bei dem Namen des Produkts um eine reine Phantasiebezeichnung handele.

Das Landgericht hat der Unterlassungsklage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, das Produkt sei als Präsentationsarzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG zu qualifizieren, obwohl es auf seinem Etikett ausdrücklich als Nahrungsergänzungsmittel bezeichnet sei. Die Bewerbung mit einem „kleinen Exkurs zur Homöopathie“ unter Hinweis auf das Buch zur „HcG-Diät“ stelle für den informierten und interessierten Verbraucher unmissverständlich den Bezug zum Schwangerschaftshormon HCG und dessen möglicher Wirkung auf das Körpergewicht her. Bei Globuli handele es sich um die typische Darreichungsform für homöopathische

Arzneimittel. Mit der Angabe C30 werde zudem auf die Potenzierung des Mittels verwiesen. Auch die Aufmachung des Produkts sei – mit Ausnahme der Farbgebung – den homöopathischen Arzneimitteln der Deutschen Homöopathie-Union in der Packungsgröße 10g und der Darreichungsform Globuli angenähert. In der Gesamtschau vermittele die Werbung der Beklagten dem Verbraucher damit den Eindruck, dass es sich um ein homöopathisches Arzneimittel handele.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Klagabweisungsantrag weiterverfolgt und ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Die Beklagte meint, der Tenor des landgerichtlichen Urteils sei zu weit gefasst, weil damit pauschal die Bewerbung des streitgegenständlichen Produkts wie aus der Anlage K 1 ersichtlich untersagt werde, obwohl auch in dem – von der Beklagten weiterhin bestrittenen – Fall, dass es sich um ein homöopathisches Arzneimittel handele, die Beklagte dieses Produkt ohne Zulassung und ohne Registrierung in den Verkehr bringen könne, wenn die Voraussetzungen des § 38 Abs. 1 Satz 3 AMG vorlägen. Ferner rügt die Beklagte, das Landgericht habe seiner Entscheidung Sachverhaltsannahmen hinsichtlich der Aufmachung des Produkts zugrunde gelegt, die weder auf dem Vortrag der Parteien beruhten noch sonst in das Verfahren eingeführt worden seien. Tatsächlich bestehe keine Ähnlichkeit zwischen der Gestaltung des Etiketts des streitgegenständlichen Produkts der Beklagten und den Arzneimitteln der Deutschen Homöopathie-Union. Die Beklagte meint, das Vorliegen eines homöopathischen Arzneimittels bestimme sich allein nach der Art seiner Herstellung, nicht nach seiner Funktion oder Präsentation. Auch im Übrigen seien die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Präsentationsarzneimittels nicht gegeben, weil entgegen der Auffassung des Landgerichts dem Verbraucher in der Gesamtschau nicht der Eindruck vermittelt werde, dass das Produkt Eigenschaften zur Linderung oder Verhütung menschlicher Krankheiten habe. Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beklagten wird auf die Berufungsbegründung

(Bl. 128 ff. d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stade aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger hat im Berufungsverfahren noch keinen Antrag gestellt.

II.

Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Ferner ist auch eine mündliche Verhandlung nicht geboten. Die Berufung hat nach derzeitigem Beratungsstand schließlich offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Das Landgericht hat zu Recht einen Unterlassungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte bejaht und der Klage stattgegeben. Der Anspruch des Klägers auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung folgt aus den §§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 3a UWG i. V. m. §§ 38, 43 Arzneimittelgesetz (AMG).

1. Gegen die vom Landgericht mit zutreffender Begründung bejahrte Klagebefugnis des Klägers aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG wendet sich die Berufung nicht mehr.

2. Die streitgegenständliche Werbung für das Produkt „HCG C30 G. Globuli“ ist gemäß §§ 3 Abs. 1, 3a UWG unzulässig, weil sie gegen §§ 38, 43 AMG verstößt.

a) Die Bestimmung des § 38 Abs. 1 Satz 1 AMG regelt, dass homöopathische Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes nur in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie in ein bei der zuständigen Bundesoberbehörde zu führendes Register für homöopathische Arzneimittel eingetragen sind (Registrierung).

Diese Vorschrift dient in erster Linie dem Schutz der Patienten, denen ein eindeutiger Hinweis auf den homöopathischen Charakter der Arzneimittel und ausreichende Garantien in Bezug auf deren Qualität und Unbedenklichkeit gegeben werden sollen (vgl. Erwägungsgrund 23 der Richtlinie 2001/83/EG; Rehmann, AMG, 4. Aufl., § 38 Rn. 4). Sie stellt daher eine Marktverhaltensregelung i. S. von § 3a UWG dar. Gleiches gilt für die Regelung in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG, wonach Arzneimittel i. S. v. § 2 Abs. 1 AMG grundsätzlich nur in Apotheken in Verkehr gebracht werden dürfen (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 3a Rn. 1.265 f. und 1.275).

b) Bei dem Produkt „HCG C30 G. Globuli“ handelt es sich im Kontext der Werbung in der Anlage K 1 um ein Präsentationsarzneimittel, weshalb das Produkt als homöopathisches Arzneimittel gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 AMG hätte registriert werden müssen, was unstreitig nicht geschehen ist.

aa) Gemäß § 2 Abs. 1 AMG sind Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die entweder – Nr. 1 – zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind (sog. Präsentationsarzneimittel) oder – Nr. 2 – in oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einen Menschen oder Tier verabreicht werden können, um entweder – lit. a – die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen oder – lit. b – eine medizinische Diagnose zu erstellen (sog. Funktionsarzneimittel).

(1) Die Beklagte kann in diesem Zusammenhang nicht mit der Argumentation durchdringen, ein homöopathisches Arzneimittel werde „weder über seine Funktion noch seine Präsentation

bestimmt, sondern ausschließlich über die Herstellungsmethode“, weshalb „ein homöopathisches Arzneimittel der Präsentation nach … schon nach der gesetzlichen Systematik nicht existieren“ könne (so aber S. 11 der Berufungsbegründung, Bl. 138 d. A.). Das Gegenteil ergibt sich bereits aus der Begriffsbestimmung in § 4 Abs. 26 AMG, wonach ein homöopathisches Arzneimittel lediglich einen – durch die besondere Art der Herstellung gekennzeichneten – Unterfall des allgemeinen Arzneimittelbegriffs darstellt. Folgerichtig verweist auch § 38 Abs. 1 Satz 1 AMG auf § 2 Abs. 1 AMG („Fertigarzneimittel, die Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 sind, dürfen als homöopathische Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes nur in den Verkehr gebracht werden, wenn…“). Es bleibt daher dabei, dass das Vorliegen eines Präsentations- und/oder Funktionsarzneimittels nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 2 Abs. 1 AMG zu prüfen ist.

(2) Unstreitig handelt es sich bei dem Produkt „HCG C30 G. Globuli“ der Beklagten nicht um ein Funktionsarzneimittel, da es aus reinem Zucker besteht und deshalb bei bestimmungsgemäßem Gebrauch physiologische Funktionen des Menschen nicht in signifikanter Weise wiederherstellen, korrigieren oder beeinflussen kann.

(3) Allerdings stellt das Produkt trotz seiner ausdrücklichen Bezeichnung als Nahrungsergänzungsmittel im Kontext der streitgegenständlichen Werbung ein Präsentationsarzneimittel i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG dar.

Maßgeblich für die Einordnung eines Produktes als Arzneimittel ist seine an objektive Merkmale anknüpfende überwiegende Zweckbestimmung, wie sie sich für einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbetrachter darstellt. Die Verkehrsanschauung wird regelmäßig durch eine schon bestehende Auffassung über den Zweck vergleichbarer Mittel und deren Anwendung geprägt. Diese hängt ihrerseits davon ab, welche Verwendungsmöglichkeiten

solche Mittel ihrer Art nach haben. Dabei kann die Vorstellung der Verbraucher auch durch die Auffassungen der pharmazeutischen oder medizinischen Wissenschaft beeinflusst sein, ferner durch die dem Mittel beigefügten oder in Werbeprospekten enthaltenen Indikationshinweise und Gebrauchsanweisungen sowie die Aufmachung, in der das Mittel dem Verkehr allgemein entgegentritt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2000 – I ZR 158/98 – Franzbranntwein-Gel, juris Rn. 27). Eine ausdrückliche Bezeichnung als Arzneimittel ist für die Einstufung als Präsentationsarzneimittel nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher auch nur schlüssig, aber mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass das Erzeugnis in Anbetracht seiner Aufmachung die betreffenden Eigenschaften haben müsse (vgl. EuGH, Urteil vom 15. November 2007 – C-319/05 – Knoblauch-Extrakt-Pulver-Kapsel, juris Rn. 46 m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 27. April 2016 – 13 A 1519/15, juris Rn. 5 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. Januar 2016 – 4 U 134/15, juris Rn. 9)

Gemessen an vorstehenden Grundsätzen ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Werbung bei dem durchschnittlich informierten Verbraucher schlüssig den Eindruck erweckt, es handele sich bei dem Produkt „HCG C30 G. Globuli“ um ein homöopathisches Arzneimittel.

Eine konkrete Beschreibung der Bestandteile und eine nähere Einordnung des Produkts ist der Werbung auf der Internetseite der Beklagten in der Anlage K 1 nicht zu entnehmen. Zwar befindet sich auf dem Etikett des Produkts die ausdrückliche Bezeichnung als „Nahrungsergänzungsmittel“, allerdings ist das Etikett auf den Abbildungen nur teilweise lesbar. Insbesondere kann der Betrachter der Werbung auch die Zutaten des Produkts nicht bzw. nur teilweise („Zutaten: Sacc…“) erkennen. Der interessierte Verbraucher ist deshalb darauf angewiesen, sich anhand des Namens des Produkts und des als „Beschreibung“

beigefügten Textes über die Eigenschaften der „HCG C30 G. Globuli“ zu informieren.

Dabei spricht zunächst die Bezeichnung „Globuli“ für das Vorliegen eines homöopathischen Arzneimittels. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass dieser Begriff nur die kugelförmige Darreichungsform des Produkts beschreibt, die auch auf anderen Gebieten als der Homöopathie Verwendung findet. Nichtsdestotrotz verbinden die angesprochenen Verkehrskreise mit „Globuli“ die typische Darreichungsform für homöopathische Arzneimittel, was hier umso mehr der Fall ist, als in der beanstandeten Werbung (Anlage K 1) der Begriff „Globuli“ unter der Überschrift „Ein kleiner Exkurs zur Homöopathie“ erläutert wird.

Hinzu kommt, dass die Beklagte mit der Angabe „C30“ scheinbar auf die Potenzierung und Verdünnung des Mittels hinweist, wie es bei homöopathischen Arzneimitteln üblich ist. Dieses Verständnis des an dem Erwerb von „Globuli“ interessierten, durchschnittlich informierten Verbrauchers liegt angesichts der Werbung der Beklagten auf der Hand, weil mit der Beschreibung „Ein kleiner Exkurs zur Homöopathie“ nicht nur ausdrücklich ein Bezug zwischen dem Produkt und der homöopathischen Heilkunde hergestellt wird, sondern dabei auch das Prinzip der unterschiedlichen Potenzen erläutert wird. Die Potenz „C30“ findet in dem „Exkurs“ sogar ausdrückliche Erwähnung („Wegen der Gefahr von unerwünschten Nebenwirkungen (Arzneimittelprüfung) warne ich davor, höhere Potenzen wie z. B. C30 für die Diät zu verwenden.“). Wie die angesprochenen Verkehrskreise unter diesen Umständen die Buchstaben-Zahlenkombination ausgerechnet mit dem Automodell Volvo C30 in Verbindung bringen sollen, das die Beklagte in der Berufungsbegründung anführt (auf S. 13 unten, Bl. 140 d. A.), ist dem Senat unverständlich.

Der weitere Bestandteil der Produktbezeichnung „HCG“ stellt aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise, jedenfalls unter Berücksichtigung des Zitats aus dem Buch „Die HcG-Diät“, den

Bezug zu dem Schwangerschaftshormon HCG her. Die Beklagte erreicht damit insbesondere, dass Verbraucher, die im Internet nach Informationen über eine HCG-Diät suchen, auf ihr Produkt stoßen. Selbst der nur zufällig bzw. aus anderen Gründen interessierte Verbraucher wird spätestens durch den Hinweis auf die Quelle des „kleinen Exkurses zur Homöopathie“ darauf gebracht, dass das Produkt mit der HCG-Diät zusammenhängt.

Nach alledem vermag die Behauptung der Beklagten, es handele sich bei dem Namen „HCG C30 G. Globuli“ um eine reine Phantasiebezeichnung, nicht zu überzeugen. Gegen diese Schutzbehauptung eines fehlenden Zusammenhangs zu dem Hormon HCG spricht auch, dass die Beklagte die Werbung für das Produkt auf ihrer allgemein zugänglichen Internetseite (https://www.h.-pharma.de/ hcg-c30-g.-globuli) zwischenzeitlich dahingehend geändert hat, dass das Produkt „hormonfreie, bioenergetisierte hCG Informationen auf Sucrose-Globuli“ enthalte, d.h. dass „Informationsmuster, die dem hCG Hormon entsprechen, auf die Sucrose-Globuli kopiert“ werden. Jedenfalls führt die vermeintliche „Phantasiebezeichnung“ den Verbraucher durch die Bezugnahme auf Globuli, die Potenz C30 sowie die Abkürzung HCG in Verbindung mit ihrer jeweiligen Erwähnung in dem „kleinen Exkurs zur Homöopathie“ dahin in die Irre, dass es sich bei dem Produkt der Beklagten um ein homöopathisches Arzneimittel handele.

Neben dem Titel des Produkts und seiner Beschreibung spricht auch der – von der Beklagten vergebene – Titel der Webseite für das Vorliegen eines homöopathischen Arzneimittels. Der auf dem Ausdruck in der Anlage K 1 oben links erkennbare Titel, der dem Quellcode der Webseite entstammt, lautet nämlich „HCG C30 G. GLOBULI – Homöopathische Einzelwirkstoffe“.

Soweit das Landgericht des Weiteren auf die Aufmachung des Produkts und ihre mögliche Annäherung an die Produkte der Deutschen Homöopathie-Union hingewiesen hat, verkennt die Beklagte, dass sich diese Ausführungen (auf S. 8 des angefochtenen Urteils, Bl. 87 d. A.) nur auf Arzneimittel „in

der Packungsgröße 10 g und der Darreichungsform Globuli“ beziehen. Deshalb haben die von der Beklagten in der Berufungsbegründung abgedruckten Fotos von Arzneimitteln in Tropfen- und Tablettenform keine Aussagekraft. Die „Aufmachung“ des Produkts der Beklagten ist – unabhängig von der Niederlegung einer etwaigen Erörterung dieses Punktes im Protokoll der mündlichen Verhandlung – auch bereits Gegenstand des zu den Akten gereichten Urteils des Landgerichts Berlin vom 15. Dezember 2016 gewesen (Anlage K 20, Anlagenhefter Klägerin). Soweit die Beklagte nunmehr in der Berufungsbegründung einen Detailvergleich zwischen dem Etikett des Produkts und der Kennzeichnung der Mittel der Deutschen Homöopathie-Union vornimmt, ist dies schon deshalb nicht entscheidungserheblich, weil der Verbraucher in der streitgegenständlichen Werbung in der Anlage K 1 – wie ausgeführt – das Etikett nur teilweise erkennen kann und insbesondere die von der Beklagten hervorgehobene kreisrunde rote Darstellung („Der P…“) nicht von dem – ebenfalls runden – Logo der DHU unterscheiden kann.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Tenor des angefochtenen Urteils nicht zu weit gefasst.

Untersagt wird die Bewerbung des Produkts unter Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform wie aus der Anlage K 1 ersichtlich. Dass das Produkt „HCG C30 G. Globuli“ die – engen – Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Registrierungspflicht gemäß § 38 Abs. 1 Satz 3 AMG erfüllt, insbesondere in Mengen von weniger als 1000 Packungen pro Jahr in Verkehr gebracht wird, ist – auch in der auf diese Vorschrift verweisenden Berufungsbegründung – weder mit Substanz dargetan noch sonst ersichtlich.

III.

Da die Berufung der Beklagten im Ergebnis offensichtlich ohne Erfolg bleiben dürfte, sollte sie aus Kostengründen die Rücknahme ihres Rechtsmittels erwägen, das anderenfalls im

Beschlusswege gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen wäre.