

Geschäftsnummer:
6 U 66/13
13 O 104/12
KfH I
Landgericht
Karlsruhe



Verkündet am
08. April 2015

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

6. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

- Klägerin / Berufungsbeklagte -

gegen

- Beklagte / Berufungsklägerin -

wegen unlauteren Wettbewerbs; hier: einstweilige Verfügung

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 26.04.2013 (13 O 104/12 KfH) wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann gegen Sicherheitsleistung von 110 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrags abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrags leistet. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit einer Werbung der Beklagten für die von ihr hergestellten und vertriebenen Arzneimittel mit Abbildungen der Schauspielerin A.

Die Beklagte produziert und vertreibt homöopathische Arzneimittel, darunter sogenannte Schüßler-Salze. Im Frühjahr 2012 verfolgte die Beklagte auf ihrer Internetpräsenz sowie in verschiedenen Zeitschriften eine Werbekampagne, bei der neben den mit Werbetext abgebildeten Schüßler-Salzen mit einer Abbildung von Frau A. und direkt neben dieser mit der handschriftlich unterzeichneten Aussage „Für die Balance zwischen Beruf und Familie bin ich selbst verantwortlich - genauso wie für meine Gesundheit“ sowie dem Unterschriftenzusatz „A., Mutter, Schauspielerin und Unternehmerin“ geworben wurde (im Einzelnen vgl. Anlagen K 2 - 4).

Auf die Abmahnung durch die Klägerin vom 17. April 2012 (Anlage K 5) reagierte die Beklagte nicht. Die Klägerin hat deshalb Klage erhoben und beantragt

1. Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000 € - ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern ihrer Komplementärin, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr für das Arzneimittel „XXX“ mit der Aussage „Für die Balance zwischen Beruf und Familie bin ich selbst verantwortlich – auch für meine Gesundheit“ und der Abbildung der Schauspielerin A. zu werben und/oder werben zu lassen, wenn dies geschieht wie nachstehend wiedergegeben

[es folgen Abbildungen entsprechend den Abbildungen in den Anlagen K 2 - 4].

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 219,35 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit 16.08.2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, dass kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG vorliege.

Das Landgericht Karlsruhe hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben (abgedr. in WRP 2013, 1088 – Prominentenwerbung für Arzneimittel). Es hat die Verurteilung in der Hauptsache auf einen Verstoß gegen die §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 8 Abs. 1 S. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. gestützt. Die Werbung der Beklagten mit Abbildungen und Empfehlungen der Schauspielerin A. habe sowohl im Zeitpunkt der Begehung wie auch bei Schluss der mündlichen Verhandlung gegen das Heilmittelwerberecht verstoßen.

Gegen dieses Urteil wendet die Beklagte sich vollumfänglich im Wege der Berufung. Sie macht geltend, dass die beanstandete Werbung weder zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung noch aktuell gegen § 11 HWG verstoßen habe. Vor der Novellierung des HWG habe kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. vorgelegen, da nicht mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben geworben worden sei. Nach dem im Oktober 2012 novellierten HWG sei die streitgegenständliche Werbung allein an § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG zu messen. Auch insoweit fehle es der angegriffenen Werbung jedoch an einer vermeintlich erforderlichen Empfehlung, mit welcher produktbezogen zu einer konkreten Handlung geraten werde. Die allgemein werbliche Wirkung eines Gewährsträgers sei von der konkreten Empfehlung abzugrenzen. Weil es der streitgegenständlichen Werbeaussage an einem Rat, Schüßler-Salze zur Behandlung bestimmter Leiden zu verwenden oder konkrete Handlungen in Bezug auf bestimmte Krankheitsbilder vorzunehmen, fehle, werde die Werbung nicht von § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG erfasst. Ein „per se-Verbot“ der Bewerbung von Arzneimitteln mit Prominenten lasse sich der für die Auslegung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG maßgeblichen Regelung des Art. 90 lit. f der Richtlinie 2001/83/EG bereits im Hinblick auf das Erfordernis grundrechtskonformer Auslegung nicht entnehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Karlsruhe vom 26.04.2013, 13 O 104/12 KfH I abzuweisen.

Vorsorglich für den Fall des Unterliegens regt sie an, die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts. Bereits unter der Geltung von § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. habe ein Verstoß vorgelegen. Die Vorschrift habe seinerzeit bereits richtlinienkonform im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 90 lit. f der Richtlinie 2001/83/EG ausgelegt werden müssen. Nach dem Inkrafttreten der geltenden Regelung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG seien die Anforderungen an das Vorliegen einer Empfehlung niedrig anzusetzen. Maßgeblich sei, dass auch die Aufforderung zu einem selbstverantwortlichen Umgang mit der eigenen Gesundheit in Anbetracht der Umstände als Aufforderung, Schüßler-Salze einzunehmen, zu verstehen sei. Weil diese Entscheidung zugunsten eines Arzneimittels auf der Grundlage einer Empfehlung durch einen Prominenten ohne fachliche Vorbildung getroffen werden solle, folge sie keinen vernünftigen Gesichtspunkten, weshalb sie zugleich eine potentielle Gesundheitsgefährdung darstelle.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Der vom Landgericht unter 1. ausgeurteilte Unterlassungsanspruch besteht auf der Grundlage von §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 2. Alt., 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. bzw. § 11 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG.

a) Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auf der Grundlage von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zu.

b) Die Beklagte hat mit ihrer Anzeigenkampagne bzw. Gestaltung ihrer website im Frühjahr 2012 gegen die §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG in der bis zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 geltenden Fassung vom 13.12.2001 (nachfolgend HWG a.F.) verstoßen.

aa) Die Vorschrift verbot die Bewerbung von Arzneimitteln außerhalb der Fachkreise „mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen“. Sie war, obgleich älter als die geltende Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. 2001 Nr. L 311/67; im Folgenden: Arzneimittelrichtlinie; ArzneimittelRL) im Rahmen der Möglichkeiten, welche das deutsche Staatsrecht seinen Gerichten gewährt, richtlinienkonform auszulegen (EuGH, Slg. 1990, I-4135 - Marleasing). Dass der deutsche Gesetzgeber, als er die § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. im Wortlaut weitgehend (die Vorschrift war auf „nicht fachliche Äußerungen“ beschränkt) entsprechende Vorgängernorm in § 9 Nr. 11 HWG 1965 schuf, noch nicht an die Umsetzung einer Richtlinie gedacht haben kann, schließt allein die Zulässigkeit der wortlautübersteigenden Auslegung aus (vgl. BGHZ 179, 27 – Quelle, Ls. 2).

Vorliegend gestattet der offene Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. indes die Auslegung in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Humanarzneimittelrichtlinie. Diese sieht in Art. 90 lit. f vor, dass Öffentlichkeitswerbung für ein Humanarzneimittel keine Elemente enthalten darf, die sich auf eine Empfehlung von Personen beziehen, die weder Wissenschaftler noch im Gesundheitswesen tätige Personen sind, aber aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können. Solche Empfehlungen

bekannter Persönlichkeiten lassen sich zwanglos unter die Formulierung der „Äußerungen Dritter“ in § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. fassen. Die weitergehende Spezifizierung „mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben“ (sog. Testimonials) ist kein unerlässliches Tatbestandserfordernis, wie die Einleitung „insbesondere“ hinreichend deutlich macht. Tatsächlich wurde bis zur HWG-Novelle 2012 davon ausgegangen, dass das Erfordernis der Art. 5 lit. f der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992 Nr. L 113/13; nachfolgend: ArzneimittelwerbeRL) bzw. nach deren Aufhebung und Ablösung durch die Arzneimittelrichtlinie des Art. 90 lit. f ArzneimittelRL in § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. umgesetzt werde (*Doepner, Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl., 2000, § 11 Rn. 3, 11, § 11 Nr. 11 Rn. 25*). Dass es im Hinblick auf das unionsrechtliche Transparenzgebot einer enger an Wortlaut und Regulationsstruktur der Arzneimittelrichtlinie angelehnten Umsetzung bedurfte, auf welche die Reform des § 11 HWG gestützt wurde (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/9341, S. 70 f.), schließt die aus der unionsrechtlichen Treuepflicht resultierende Verpflichtung mitgliedstaatlicher Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung, der insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung nachkam (z.B. BGH, GRUR 2012, 1058 – Euminz, Rn. 10, zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG a.F.), nicht aus.

Die Auffassung der Beklagten, aus den Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 267 - Gintec sowie BGH GRUR 2009, 179 - Konsumentenbefragung II ergebe sich, dass Äußerungen Dritter nur dann als Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG a.F. gewertet werden könnten, wenn hierin eine in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise getätigte Genesungsbescheinigung gem. Art. 90 lit. j) der Richtlinie gesehen werden könne, hält der Senat für unzutreffend. Der vom Bundesgerichtshof zu entscheidende Fall und demgemäß auch die auf seiner Vorlage beruhende Entscheidung des EuGH betrafen tatsächlich eine Genesungsbescheinigung. Auf diese Gestaltung beziehen sich demgemäß auch die genannten Entscheidungen. Aus ihnen lässt sich demgemäß eine allgemeingültige und mit der Systematik der Richtlinie und des HWG nicht vereinbare Beschränkung auf Genesungsbescheinigungen nicht herleiten.

bb) Auch und gerade bei Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. im Lichte von Art. 90 lit. f ArzneimittelRL ist die Werbung in an das allgemeine Publikum gerichteten Zeitschriften sowie auf ihrer website, mithin gegenüber Nicht-Fachleuten, für die Schüßler-Salze der Beklagten, welche ein Arzneimittel i.S.d. Art. 1 Nr. 2 ArzneimittelRL darstellen, mit den beanstandeten Mitteln unzulässig, weil sie Elemente der Empfehlung einer Per-

son enthält, die aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen kann. Dass eine Empfehlung in der streitgegenständlichen Werbung nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, ist für die rechtliche Beurteilung nicht von Bedeutung.

aaa) Die Schauspielerin A. leiht der Kampagne nicht etwa nur ein Gesicht, das einer bestimmten, aus Sicht der Werbeadressaten der werbenden Beklagten zugeschriebenen Aussage eine Verkörperung verleiht oder die Werbung durch den Bildeinsatz graphisch ansprechender gestaltet.

Frau A. tritt vielmehr durch die graphische Absetzung der oben wiedergegebenen Aussage von der eigentlichen Werbeaussage der Beklagten, die Wiedergabe ihrer Unterschrift sowie ihrer Funktionen als „Mutter, Schauspielerin und Unternehmerin“ in der Unterschriftszeile individuell als Gewährsperson auf. Den angesprochenen Adressaten ist zwar bekannt, dass solche Einsätze von Prominenten in der Werbung in der Regel gegen eine Vergütung erfolgen und die resultierenden Werbeeinnahmen einen erheblichen Teil des Einkommens prominenter Sportler oder Schauspieler ausmachen können. Das schließt die Annahme einer Empfehlung Dritter aber nicht aus. Wenn insbesondere prominente Schauspieler in der konkreten Werbung nicht erneut erkennbar „in eine Rolle schlüpfen“, sondern wie vorliegend als Personen zu einer geschäftlichen Entscheidung Stellung beziehen, werden die angesprochenen Adressaten davon ausgehen, dass die Prominenten sich zumindest persönlich hinter die von ihnen vorgetragene Werbeaussagen stellen, selbst wenn ihnen diese von Werbetextern möglicherweise in den Mund gelegt werden. Prominente werden in solchen Fällen nicht dafür vergütet, dass sie die Werbeaussage des Werbenden aussprechen, sondern dafür, dass sie ihre persönliche Meinung zum Produkt des Werbenden öffentlich kundtun. Dem entspricht die persönliche lauterkeitsrechtliche Haftung solcher Prominenter für die Förderung fremden Wettbewerbs (vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26, 29). Dann liegt aber zugleich eine Äußerung eines Dritten i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. und eine Handlung vor, die als Empfehlung i.S.d. Art. 90 lit. f ArzneimittelRL ein Werbeverbot begründen kann.

bbb) Der Einsatz von Frau A. kann aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen. Frau A. ist zunächst in ihrer Eigenschaft als Schauspielerin hinreichend bekannt, um die Anwendung von Art. 90 lit. f ArzneimittelRL bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 1 HWG a.F. zu tragen. Bei der Anwendung von Art. 90 lit. f ArzneimittelRL bzw. der um-

setzenden mitgliedstaatlichen Vorschriften dürfen an die Bekanntheit der in der Werbung eingesetzten Personen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Erfasst wird nicht nur die Werbung mit „Superstars“, die allen Teilen der Bevölkerung nach Bild und Namen bekannt sind. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass gerade TV-Schauspieler den maßgeblichen Adressaten unter Umständen zwar nicht namentlich bekannt, aber häufig vom Anblick vertraut sind. Zum anderen ist im Hinblick auf den Zweck der einschränkenden Regelung der Prominentenwerbung (dazu näher sogl.) zu berücksichtigen, dass auch die „ad hoc-Bekanntheit“ zu erfassen ist. Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass Frau A. eine vor allem aus Fernsehproduktionen bekannte Schauspielerin ist, die im Blickpunkt verschiedener Medien steht.

ccc) Dem Begriff der „Empfehlung“ (engl. *recommendation*; fr. *recommandation*) dürfen unter Zugrundelegung des systematischen Zusammenhangs und der Zweckrichtung der Arzneimittelrichtlinie im Fall des Einsatzes von Prominenten keine hohen Anforderungen entnommen werden. Bis zum Geänderten Vorschlag der Kommission für eine Arzneimittelwerberichtlinie (KOM [91] 245 endg.) war in Art. 5 lit. e allein der nicht weiter qualifizierte Tatbestand der Empfehlung von im Gesundheitswesen tätigen Personen enthalten gewesen. Bei ihnen liegt die Zielrichtung des Werbeverbots zutage: Aus der fachlichen Autorität, welche die Gewährspersonen in Anspruch nehmen können, resultiert auf der einen Seite eine besondere Beeinflussbarkeit der Werbeadressaten und auf der anderen Seite die als Folge des mangelnden unmittelbaren Kontakts begründete und wegen der fachlichen Autorität gesteigerte und u.U. gesundheitsgefährdende Irreführungsfahr im Hinblick auf die Richtigkeit der Empfehlung. Konsequenterweise verlangt der Empfehlungsbegriff insoweit eine gewisse Konkretetheit, damit von ihm eine Gesundheitsgefahr ausgehen kann.

Äußerungen von nicht im Gesundheitswesen tätigen Personen wurden erst im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommen und in Art. 5 lit. f ArzneimittelwerbeRL geregelt. Bei ihnen stehen Empfehlungsbegriff und Gesundheitsschutz von vornherein in einem anderen Wirkungszusammenhang. Aus diesem Grund hat der Europäische Gesetzgeber die weitergehende Einschränkung vorgenommen, dass solche Personen aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können müssen. Notwendigerweise muss diese Verschiebung bei der Auslegung des Empfehlungsbegriffs berücksichtigt werden.

Bereits aus systematischen Gründen erschließt sich, dass die allgemein vertriebssteigernde Wirkung, die aus der vom Einsatz von Prominenten ausgehenden Erregung von Aufmerksamkeit resultiert, noch nicht für die Annahme einer Empfehlung genügen kann, da in diesem Fall jegliche Werbung mit Prominenten verboten wäre, was der Gesetzgeber ersichtlich nicht beabsichtigte. Auch der in anderen Wirtschaftsbereichen gebräuchliche Einsatz von Prominenten zum Zweck des Image-Transfers wird im Bereich der Arzneimittelwirkung bedeutungslos sein, da Arzneimittel in der Wahrnehmung des Verkehrs bis heute keinen sozialen Zusatznutzen vermitteln, sondern ausschließlich wunschgemäß wirken sollen.

Die im Sinne des Art. 90 lit. f. ArzneimittelRL maßgebliche zum Arzneimittelverbrauch anregende Wirkung kann aber zum einen der Vorbildfunktion von „Prominenten“ im Hinblick auf Attraktivität oder Vitalität entspringen (*Fritzsche*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 11 HWG Rn. 9). Sie kann zum anderen aber auch aus einer besonderen Bedürfnislage von Prominenten entstehen, welche deren Arzneimittelkonsumverhalten aus der Sicht der Werbeadressaten als besonders aussagekräftig erscheinen lässt. Vor diesem Hintergrund liegen die Annahmen nahe, dass der maßgebliche Durchschnittsadressat (dazu sogl.) davon ausgeht, dass „Prominente“ sehr beschäftigt sind und zahlreiche Verpflichtungen haben, bei denen sie, weil sie eben prominent sind, stets leistungsfähig und attraktiv erscheinen müssen („Am Set kann ich mir Kopfschmerzen nicht leisten!“). Die Entscheidung eines Prominenten zugunsten eines bestimmten Schmerzmittels wirkt deshalb wegen ihrer besonderen Bedeutung für den Prominenten zugleich qualifiziert und deshalb motivierend auf den Werbeadressaten.

Die streitgegenständliche Werbung im Internet sowie in verschiedenen Printmedien erreicht bestimmungsgemäß das allgemeine Publikum. Es mag naheliegen, dass jedenfalls junge und gesunde Menschen in geringerem Maße als Nachfrager der beworbenen Produkte der Beklagten angesprochen werden. Ab einem gewissen Alter werden sich jedoch die Internetnutzer bzw. Leser mit einer gesteigerten Aufmerksamkeit der beanstandeten Werbung zuwenden. Auch insoweit zählen die Mitglieder des Sēnats jedoch zu den angesprochenen Verkehrskreisen und sind daher in der Lage, deren Verständnis nachzuvollziehen und der Bewertung der geschäftlichen Handlungen zugrunde zu legen.

Im vorliegenden Fall hat das Landgericht überzeugend ausgeführt, weshalb die aus Sicht der Werbeadressaten der Person A. zugeschriebene Äußerung eine solche besonders motivierende Wirkung im Hinblick auf den Verbrauch von Schüßler-Salzen hat: Frau A. ist nicht allein wegen ihrer schauspielerischen Qualitäten bekannt, sondern nimmt wegen ihrer attraktiven Erscheinung im zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Werbeaktion für Schauspielerinnen bereits fortgeschrittenen Alter Vorbildfunktion für die angesprochenen Adressaten ein. Hinzu kommt, dass durch die Unterschriftenzeile („... und Unternehmerin“) darauf angespielt wird, dass Frau A. nicht allein Schauspielerin ist, sondern über besondere Kompetenz auf dem Gebiet der körperlichen Erhaltung (Yoga) verfügt, die sie eben mit einem Unternehmen wirtschaftlich auszunutzen versteht. Einer Aussage von Frau A. über den verantwortlichen Umgang mit der eigenen Gesundheit kommt daher aus der maßgeblichen Sicht der durchschnittlichen Adressaten erhebliche Bedeutung zu.

Dem Tatbestandsmerkmal der Empfehlung darf bei der Werbung mit Prominenten kein Erfordernis konkreter Handlungsanweisungen entnommen werden. Angesichts der Teleologie der Regelung, Gesundheitsgefahren zu vermeiden, welche durch den übermäßigen Gebrauch von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bzw. den unterlassenen Arztbesuch entstehen können, muss auch die vergleichsweise abstrakte Empfehlung, bestimmte Arzneimittel zu benützen, für die Anwendung der Norm genügen. Die gesundheitlichen Gefahren, die vom gut gemeinten Konsum nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel ausgehen, werden umso größer, je diffuser der von den beworbenen Arzneimitteln in Anspruch genommene Wirkungszusammenhang ist. Die Auslegung von Art. 90 lit. f ArzneimittelRL hat dem Rechnung zu tragen. Für die Bejahung einer Empfehlung im Sinne des Art. 90 lit. f ArzneimittelRL wie auch des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG a.F. reicht es deshalb aus, dass die in einer werblichen Anpreisung enthaltene Aussage geeignet ist, bei ihren Adressaten eine den Arzneimittelverbrauch anregende Wirkung zu erzeugen (BGH, GRUR 2012, 1058 – Euminz, Rn. 15).

Vor diesem Hintergrund kann sich die Beklagte zuletzt auch nicht darauf zurückziehen, dass Frau A. in der streitgegenständlichen Werbung keine ausdrückliche Empfehlung zugunsten der Verwendung von Schüßler-Salzen ausspreche, sondern lediglich zu einem verantwortlichen Umgang mit der eigenen Gesundheit aufrufe. Die Frau A. zugeschriebene und von ihr unterzeichnete Erklärung („Für die Balance zwischen Beruf und Familie bin ich selbst verantwortlich - genauso wie für meine Gesundheit“) begegnet

dem Verkehr im Rahmen einer Werbung für Arzneimittel. Bei dieser Sachlage entnimmt jedenfalls ein ins Gewicht fallender Teil des angesprochenen Verkehrs der beanstandeten Werbung die Aussage, nach der persönlichen Überzeugung der zitierten Gewährsperson sei der Einsatz von Schüssler Salzen ein naheliegender, wenn nicht sogar notwendiger Bestandteil eines gesunden Lebens, der die angesprochene Balance ermögliche. Maßgeblich ist im Grundsatz der Eindruck des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers. Dabei darf aber nicht vernachlässigt werden, dass sich die beanstandete Werbung ihrem Inhalt nach an Teile des Verkehrs wendet, die krank sind, sich krank fühlen oder in so hohem Maß um ihre Gesundheit besorgt sind, dass sie die Einnahme von Arzneimitteln mindestens erwägen. Damit wendet sich die in Rede stehende Werbung an Personen, die im Hinblick auf ihre von ihnen selbst als unbefriedigend empfundene gesundheitliche Situation nach Mitteln zur Verbesserung dieser Situation suchen. Damit einher geht erfahrungsgemäß die Neigung, Werbeversprechen, die sich auf die Erhaltung oder Besserung der Gesundheit beziehen, eher kritiklos Glauben zu schenken als sonstigen Werbeaussagen. Die beanstandete Äußerung wird von einem erheblichen Teil der Adressaten daher so verstanden werden, dass der Einsatz von Schüssler-Salzen zu dem von Frau A. angemahnten verantwortlichen Umgang mit der eigenen Gesundheit gehöre. Dadurch unterscheidet sich der Einsatz eines solchen Aufrufs maßgeblich etwa von der Beurteilung des Aufrufs zum Vergleich innerhalb des Rechts der vergleichenden Werbung.

ddd) In diesem Zusammenhang führt die Zugrundelegung des im Europarecht entwickelten Verbraucherleitbildes jedenfalls zu keiner engeren Auslegung des Empfehlungsbegriffs. Tatsächlich hat der EuGH in einer sich über Dekaden erstreckenden Praxis im wesentlichen als Folge der erforderlichen Abwägung zwischen dem unionsrechtlichen Ziel der Marktintegration und beschränkender zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses am Schutz der Verbraucher und des lautereren Handelsverkehrs ein insbesondere im Vergleich zum traditionellen deutschen Lauterkeitsrecht erheblich optimistischeres Verbraucherleitbild entwickelt. Danach ist auf den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (zul. EuGH, Urte. v. 18.07.2013, C-299/12, noch nicht in Slg., GRUR 2013, 1061 - Green Swan, Rn. 24; EuGH Urte. v. 16.01.2014, C-481/12, noch nicht in Slg., GRUR Int 2014, 385 – Juvelta, Rn. 27) abzustellen. Der Bundesgerichtshof ist dem ausdrücklich gefolgt (seit BGH, GRUR 2000, 619 - Orient-Teppichmuster; zul. BGH, GRUR 2014, 500 Rn. 13 - Praebiotik; BGH, GRUR 2014, 1013 - Original Bach-Blüten).

Dieser Ausgangspunkt steht indes einer Gesetzesanwendung, die auf das erhöhte Schutzbedürfnis bestimmter Kreise des Verkehrs abstellt, nicht entgegen. Vielmehr trägt auch das europäische Recht dem Umstand, dass kranke bzw. um ihre Gesundheit besorgte Verbraucher dazu neigen, Werbeaussagen, die sich auf die Möglichkeit der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit beziehen, deutlich weniger kritisch zu begegnen als der Werbung für sonstige Produkte (vgl. etwa die Verordnung Nr. 1924/2006/EG über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, ABl. 2006 Nr. L 404/9).

Die Arzneimittelwerberichtlinie von 1992, auf welche Art. 90 lit. f ArzneimittelRL sich zurückführen lässt, gilt als eine der ältesten, die, differenzierend zwischen der Werbung gegenüber Fachleuten und der Öffentlichkeitswerbung, bereits einen deutlich pessimistischen Eindruck von der Fähigkeit von Verbrauchern vermittelt, mit Werbeangaben für Arzneimittel umzugehen. Deutlich machen dies insbesondere die bis heute in Art. 90 ArzneimittelRL gewählten Formulierungen wie „nahelegen“ oder in lit. f, wonach „Elemente“ von Empfehlungen genügen. Auch die konkreten Ausprägungen des Verbots lassen erkennen, dass der Europäische Gesetzgeber von einer hohen Anfälligkeit des Verbrauchers gegenüber spezifischen Formen von Arzneimittelwerbung ausgeht und deshalb das Schutzniveau deutlich anhebt (bereits *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 43 f., 486).

In der Literatur wurde das Festhalten an dem vom EuGH entwickelten Verbraucherleitbild im totalharmonisierten Lauterkeitsrecht (vgl. EGr. 18 S. 2 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (ABl. 2005 Nr. L 149/22; nachfolgend UGP-RL) verschiedentlich auf eine Ablösung der Grundfreiheiten des Vertrags über die Funktionsweise der EU durch die EU-Grundrechte zurückgeführt (*MüKo-UWG/Leible*, 2. Aufl., 2014, EG A Rn. 123 a.E.). Der Hinweis der Berufung auf die auch kommerzielle Kommunikationen schützenden Grundrechte ist daher im Ausgangspunkt zutreffend. Der Senat sieht gleichwohl im vorliegenden Fall keine Veranlassung, den Tatbestand des Art. 90 lit. f ArzneimittelRL als Folge der gebotenen EU-grundrechtskonformen Auslegung zu verengen oder aber ein Vorabentscheidungsverfahren zur EU-grundrechtskonformen Auslegung der Norm einzuleiten:

Als Folge der gebotenen grundrechtskonformen Auslegung hatte die deutsche Rechtsprechung zwar bereits die zahlreichen und teils überrestriktiven Werbeverbote des Heilmittelwerbegesetzes a.F. restriktiv im Sinne konkreter Gefährdungstatbestände interpretiert und verlangt, dass die beanstandete Werbung geeignet sein müsse, den Verbraucher vom indizierten Arztbesuch abzuhalten (BGH, GRUR 2004, 799, 800 – Lebertrankapseln; BGH, GRUR 2007, 809 – Krankenhauswerbung). Die im Rahmen der 16. AMG-Novelle 2012 vollzogene Änderung des Heilmittelwerbegesetzes, insbesondere die Änderung der Werbeverbote in § 11, wurde auch mit dem Liberalisierungsziel begründet (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/9341, S. 70). Doch waren bereits vor der 16. AMG-Novelle Bedenken geäußert worden, dass die neu gefundene restriktivere Anwendung der Werbebeschränkungen mit der vom EuGH als total harmonisierend interpretierten (EuGH Slg 2007, I-9517 – Gintec, Ls. 1) Arzneimittelrichtlinie nicht vereinbar sein könnte (insb. BGH, WRP 2012, 705, 709 – INJECTIO).

Die der Arzneimittelrichtlinie im zu beurteilenden Kontext zu entnehmenden Schranken der Werbung für Arzneimittel und damit zugleich der Meinungsäußerungsfreiheit sind indes aus der Sicht des Senates durch die Ziele des Gesundheitsschutzes sowie des Schutzes der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen gerechtfertigt. Konsumentenentscheidungen über die Verwendung nicht verschreibungspflichtiger oder psychotroper Arzneimittel werden zunächst nicht im „gesundheitsneutralen Raum“ getroffen. Dass die betroffenen Arzneimittel rezeptfrei vertrieben werden dürfen, bedeutet nicht, dass ihre Einnahme physiologisch folgenlos bliebe. Neben die Gefahren eines übermäßigen Konsums von rezeptfreien Arzneimitteln im Hinblick auf die Dosis der Wirkstoffe sowie deren Nebenwirkungen tritt die bereits angesprochene Gefahr einer als Folge der vermeintlich ermöglichten Selbstmedikation unterlassenen ärztlichen Behandlung. Bei der Auslegung von Normen des Heilmittelwerberechts ist das Ziel der Arzneimittelrichtlinie zu beachten, die öffentliche Gesundheit allgemein und auch im Rahmen der Werbung zu schützen (EuGH Slg. 2011, I-3175 – Novo Nordisk).

Auch die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen werden bei geschäftlichen Entscheidungen über den Konsum von Arzneimitteln in gesteigerter Weise berührt. In anderen Konstellationen beruht die marktwirtschaftliche Ordnung auf der plausiblen Annahme, dass Verbraucher ihre knappen wirtschaftlichen Ressourcen auf der Grundlage einer ihren Bedürfnissen entsprechenden Beurteilung der Wertigkeit konkurrierender Angebo-

te einsetzen. Für den Schutz von Entscheidungsgrundlage und Entscheidungsprozess sorgen im Unionsrecht die Vorgaben der UGP-Richtlinie. Sie genügen jedoch nicht, um die subjektive Rationalität bei gesundheitsbezogenen geschäftlichen Entscheidungen hinreichend zu gewährleisten. Es entspricht, wie bereits ausgeführt worden ist, einer allgemeinen Wahrnehmung, dass Menschen unter besonderem Leidensdruck, insbesondere bei wiederholten oder dauerhaften Schmerzen, aber auch, um der fortwährenden Konfrontation mit dem eigenen, ab dem zweiten Lebensdrittel spürbaren und offensichtlich werdenden Verfall auszuweichen, besonders leicht beeinflussbar sind und ihre geschäftlichen Entscheidungen nicht mehr hinreichend autonom treffen. Auf dieser Grundlage greift die deutsche Rechtsordnung bereits seit dem 19. Jahrhundert in besonderer Weise in die Arzneimittelwerbung ein. Dieselbe gesetzgeberische Einschätzung liegt den Werbeverböten in Art. 90 ArzneimittelRL im allgemeinen und Art. 90 lit. f ArzneimittelRL im besonderen zugrunde.

Vor diesem Hintergrund hat der Europäische Gesetzgeber mit Art. 90 lit. f ArzneimittelRL jedenfalls den ihm im Hinblick auf die Werbung schützenden Grundrechte zustehenden Regelungsspielraum (EuGH, Urt. v. 06.09.2012, C-544/10, noch nicht in Slg. - Deutsches Weintor, Rn. 52) nicht überschritten. Dafür sorgt insbesondere die Rückbindung des Verbotstatbestands an eine konkrete Gefährdungssituation, wie sie bei Art. 90 lit. f ArzneimittelRL in der Steigerung des Verbrauchs rezeptfreier Arzneimittel und der damit verbundenen naheliegenden Möglichkeit unterlassenen ärztlichen Behandlung und ihrer Folgen sowie der als Folge der Selbstmedikation u.U. übermäßigen und gesundheitsschädlichen Konsums rezeptfreier Medikamente eintretenden Gesundheitsschädigung zu erkennen ist (so bereits BGH, GRUR 2012, 1058 – Euminz, Rn. 18, sowie die deutsche Praxis zum Verhältnis der früheren Werbeverböte zu den Grundrechten des Grundgesetzes, vgl. die Nachw. o.).

c) Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass die Beklagte mit ihrer Anzeigenkampagne in der Zeit nach der Änderung des Heilmittelwerbegesetzes mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG verstoßen hat. Das in § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG enthaltene einschränkende Tatbestandsmerkmal des Einsatzes von Äußerungen Dritter in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise gelangt nicht zur Anwendung, weil § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG als *lex specialis* verdrängt wird (Harte/Henning/v. Jagow, UWG, 3. Aufl., 2013, Einl. I Rn. 63 m.w.N.; Reese, WRP 2013, 283, 288). § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG ist auf den vorliegenden Fall an-

wendbar, da Frau A. mit ihrer Äußerung nicht eine beliebige Dritte ist, sondern mit der oben gegebenen Begründung eine Person, die auf Grund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen kann. Das einschlägige Werbeverbot in § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG wurde sprachlich insoweit an Art. 90 lit. f ArzneimittelRL angelehnt und zugleich erweitert, als keine „fachliche“ Empfehlung mehr erforderlich ist. Das entspricht der oben bereits zu § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. zugrundegelegten Annahme. Die richtlinienkonforme Auslegung führt nun umso mehr zum selben Ergebnis.

d) Obwohl es sich bei der beanstandeten Handlung um eine Geschäftspraktik von Unternehmen gegenüber Verbrauchern i.S.d. Art. 3 Abs. 1 UGP-RL handelt, steht deren Anspruch auf Totalharmonisierung der Anwendung der Verbote in § 11 HWG über § 4 Nr. 11 UWG nicht entgegen, da zum einen gem. Art. 3 Abs. 3 UGP-RL die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten unberührt bleiben und zum anderen gem. Art. 3 Abs. 4 UGP-RL Rechtsvorschriften der Europäischen Union, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, vorrangig anzuwenden sind. So liegt der Fall vorliegend im Hinblick auf die Vorgaben durch die in Art. 90 ArzneimittelRL enthaltenen Beschränkungen.

e) Bei § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a.F. handelt es sich ebenso wie bei § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG um Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG (BGH, GRUR 2012, 1058 – Euminz, Rn. 20, zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG a.F., MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 230).

f) Im Hinblick auf die Breitenwirkung der weitgestreuten Werbung (im Internet sowie in Zeitschriften mit erheblicher Auflage) sowie der hohen motivierenden Wirkung des Einsatzes der Werbung mit Frau A. ist die Spürbarkeit der Beeinträchtigung der Interessen von Mitbewerbern und Adressaten zu bejahen.

g) Die oben dargestellte Rechtswidrigkeit der beanstandeten geschäftlichen Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung indiziert die Wiederholungsgefahr im Sinne des § 8 Abs. 1 S. 1 UWG.

2. Der Zahlungsanspruch besteht auf der Grundlage von § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Die Abmahnung war bereits zur Zeit der angegriffenen geschäftlichen Handlung berechtigt. Gegen die Höhe der geltend gemachten Abmahnkosten wendet sich die Berufung nicht.

3. Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.