



## **OLG Köln 6. Zivilsenat**

Urteil vom 3. April 1998

6 U 133/97

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 10. Juni 1997 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 133/97 - teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefaßt:

**Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 2. April 1997 - 31 O 133/97 wird teilweise bestätigt und erhält im Hauptausspruch die nachstehende Neufassung:**

**"Die Antragsgegnerin hat es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000.- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für das Arzneimittel Eusovit 600 wie nachstehend wiedergegeben mit den Hinweisen „Wichtige Information für Arthrose-Patienten!“**

**Und "Viele Menschen haben einen erhöhten Vitamin E-Bedarf. Dazu zählen gerade Patienten mit Arthrose (Gelenkverschleiß). Fehlt ihnen Vitamin E, kann das die Gelenkschmerzen verstärken. Auch den Kreislaufpatienten macht häufig ein Vitamin E-Mangel zu schaffen." zu werben. Im übrigen wird die einstweilige Verfügung unter Zurückweisung des auf ihren Erlaß gerichteten Antrags vom 2. April 1997 insoweit aufgehoben. "Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen haben die Antragstellerin zu 1/3, die Antragsgegnerin zu 2/3 zu tragen.**

### **Gründe:**

Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Antragsgegnerin ist zwar insgesamt zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch nur in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang teilweise Erfolg.

## 1.

Zu Recht hat das Landgericht die Verwendung der in den Fließtext der Anzeige eingestellten, von der Antragstellerin beanstandeten Werbeaussagen betreffend das beworbene Vitamin E - Produkt Eusovit 600 der Antragsgegnerin untersagt.

Die Antragstellerin hat in einer für den Erlaß und die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung ausreichenden Weise die Voraussetzungen des insoweit geltend gemachten Unterlassungsbegehrens, dessen Dringlichkeit gemäß § 25 UWG zu vermuten ist, glaubhaft gemacht.

### a)

Was den von der Antragsgegnerin gegenüber dem Verfügungsgrund der Dringlichkeit vorgebrachten Einwand angeht, so ist dieser von vorneherein nicht geeignet, die nach Maßgabe der erwähnten Vorschrift des § 25 UWG zu Gunsten der Antragstellerin sprechende Dringlichkeitsvermutung zu widerlegen. Zwar ist es richtig, daß - wie die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang geltend macht - bereits in der dem Arzneimittel Eusovit 600 beigefügten Gebrauchsinformation - Stand Dezember 1996 - (Anlage AS 5 = Bl. 16 /17 d. A.) Angaben über die Anwendung und Wirkungen von Vitamin E u. a. in Bezug auf den Schutz von Gelenken vor Stoffwechselgiften und Verschleiß gemacht sind.

Unabhängig davon, daß nach dem durch Vorlage der Fotokopie einer Antragsschrift vom 22. Januar 1997 (Anlage BE 1 = Bl. 149 ff d.A.) glaubhaft gemachten Vorbringen der Antragstellerin auch diese, in dem vorbezeichneten Beipackzettel enthaltenen Angaben der Antragsgegnerin im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens (31 O 52/97 LG Köln) beanstandet wurden, kann die bereits im Dezember 1996 erfolgte Verwendung dieser Aussagen die Dringlichkeit des auf die Unterlassung der hier in Rede stehenden Werbeaussagen gerichteten Verfügungsbegehrens jedoch keinesfalls entkräften.

Denn die im Streitfall zu beurteilenden, in einer in der Ausgabe der Zeitschrift "DER SPIEGEL" vom 31. März 1997 (Heft 14/97) veröffentlichten Anzeige enthaltenen Angaben der Antragsgegnerin über den Einsatz und die Wirkung von Vitamin E beziehen sich speziell auf "Patienten mit Arthrose (Gelenkverschleiß)" und "Gelenkschmerzen" sowie "Kreislauf-Patienten" (Anlage AS 4 = Bl. Bl. 14/15 d.A.) und stellen in dieser konkreten Form gegenüber den Aussagen in der Gebrauchsinformation eine in Aufmachung und Inhalt abweichende selbständige Wettbewerbshandlung dar, welche die Antragstellerin mit ihrem am 2. April 1997 eingegangenen Verfügungsantrag daher innerhalb eines dringlichkeitsunschädlichen Zeitraums angegriffen hat.

### b)

Die Antragstellerin hat weiter auch die Voraussetzungen des geltend gemachten Verfügungsanspruchs glaubhaft gemacht. Die vorbezeichneten, im Fließtext der Anzeige enthaltenen Werbeaussagen betreffend das Arzneimittel Eusovit 600 verstoßen danach gegen das in § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG formulierte Irreführungsverbot, was - da es sich bei der erwähnten Bestimmung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) um eine dem Schutze der Volksgesundheit dienende wertbezogene Norm handelt - auch ohne Hinzutreten weiterer Unlauterkeitsmerkmale per se den wettbewerblichen Unlauterkeitsvorwurf i.S.

von § 1 UWG rechtfertigt (vgl. Doepner, Heilmittelwerbegesetz, Rdn. 16 zu § 3 HWG; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage, Rdn. 612, 614, 618 zu § 1 UWG), mithin der Antragstellerin einen auf die letztgenannte Vorschrift gegründeten Unterlassungsanspruch verschafft.

Irreführend im Sinne von § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG ist die Werbung für ein Arzneimittel u. a. dann, wenn diesem eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkung beigelegt wird, die es nach der Wissenschaft nicht hat oder die nicht hinreichend gesichert ist (vgl. Doepner, a. a. O., Rdn. 59 zu § 3 HWG).

Von diesem Irreführungstatbestand erfaßt werden die Fälle, in denen eine Aussage betreffend die therapeutische Wirksamkeit oder Wirkung eines Arzneimittels einschränkungslos als objektiv richtig oder wissenschaftlich gesichert dargestellt wird, obwohl diese in Wirklichkeit durch nicht lediglich als Außenseitermeinungen zu qualifizierende Gegenstimmen fachlich umstritten ist (vgl. BGH GRUR 1991, 848/849 - "Rheumalind II"; BGH GRUR 1971, 153/155 - "Tampax"; BGH GRUR 1965, 148 - "Kaffee C" - = WRP 1965, 148; BGH GRUR 1958, 458 - "Odol" - = WRP 1958, 237; Doepner, a.a.O., Rdn. 60 zu § 3 HWG; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Rdn. 178 zu § 1 UWG).

So liegt der Sachverhalt aber hier: Die im Fließtext der Werbeanzeige enthaltene Formulierung "Fehlt ihnen Vitamin E, kann das die Gelenkschmerzen verstärken" im Kontext mit den weiteren, auf Arthrose bezogenen Aussagen ("Viele Menschen haben einen erhöhten Vitamin-E-Bedarf.

Dazu zählen gerade Patienten mit Arthrose...") suggeriert nach dem Verständnis zumindest eines nicht unerheblichen Teils des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats als potentielle Arzneimittelverbraucher zugehörig sind, nicht nur die Wirksamkeit von Vitamin E - konkret in der Darreichung des beworbenen Arzneimittels Eusovit 600 - zur Linderung arthrosebedingter Gelenkschmerzen als solche. In der Form der vorliegenden Formulierungen wird darüber hinaus der Eindruck erweckt, daß es sich bei dieser Wirkung von Vitamin E um eine in der Wissenschaft abschließend behandelte und eindeutig beantwortete Frage handelt, der - wenn überhaupt - nur (noch) unbeachtliche Gegenmeinungen gegenüberstehen.

Denn im Zusammenhang mit den feststellenden Formulierungen, daß zu den "vielen Menschen mit einem erhöhten Vitamin-E-Bedarf..." gerade Menschen mit Arthrose (Gelenkverschleiß)..." zählen, provoziert die sich unmittelbar hieran anschließende, weitere Aussage "Fehlt ihnen Vitamin E, kann das die Gelenkschmerzen verstärken" nicht nur den Schluß darauf, daß die Zufuhr von Vitamin E überhaupt arthrosebedingte Gelenkschmerzen lindern kann.

Da dieser zu erwartende positive Erfolg ohne jegliche Einschränkung als möglich dargestellt wird, erweckt dies vielmehr auch den Anschein, daß es sich hierbei um eine in der einschlägigen Wissenschaft eindeutig in diesem Sinne geklärte Erkenntnis handelt. Denn gerade im hier betroffenen Bereich der sich an das Laienpublikum wendenden Werbung für Human-Arzneimittel rechnet jedenfalls ein nicht unbeachtlicher Teil der Adressaten damit, daß fachwissenschaftliche Erhebungen und klinische Untersuchungen betreffend die therapeutische Wirksamkeit und Wirkung des beworbenen Arzneimittels bzw. der in ihm enthaltenen Wirksubstanz durchgeführt worden sind.

Werden vor diesem Hintergrund bestimmte Wirkungen eines Human-Arzneimittels einschränkungslos als erzielbar dargestellt, erweckt das in dem erwähnten Verkehrskreis folglich den Eindruck, als spiegele dies den in der betroffenen Fachwissenschaft -

allenfalls mit Ausnahme widersprechender Außenseitermeinungen - ebenso einschränkungslos bestehenden Erkenntnisstand wider. Daß die behauptete schmerzlindernde Wirkung von Vitamin E bei arthrosebedingten Gelenkschmerzen tatsächlich in diesem Sinne fachlich unumstritten ist, konnte die Antragsgegnerin im Streitfall indessen nicht glaubhaft machen.

Die Antragstellerin hat unter Vorlage der am 18. November 1993 bekannt gemachten Aufbereitungsmonographie des Bundesgesundheitsamts (Bl. 70 ff d.A.) substantiiert dargelegt, daß Vitamin E für Indikationen u. a. des Gebiets der Rheumatologie, in welches die Arthrose unstreitig fällt, negativ beschieden wurde (Anlage AS 6 = Bl. 70 d.A.).

Entsprechendes geht aus dem in der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Akte 6 U 238/96 (= 31 O 392/96 LG Köln) von der Antragstellerin als Anlage K 7 vorgelegten Gutachten des Prof. Dr. L. hervor. Darauf, daß die behauptete schmerzlindernde Wirkung von Vitamin E bei Arthrose-Patienten - jedenfalls noch - im Sinne der vorstehenden Definition fachlich umstritten ist, deuten darüber hinaus sogar die von der Antragsgegnerin selbst im vorliegenden Verfahren als Anlagen E 1 (Bl. 47 ff d.A.) und E 2 (Bl. 52 ff d.A.) vorgelegten Fachpublikationen hin.

Denn in diesen, aus den Jahren 1990 und 1994 stammenden Veröffentlichungen wird darauf hingewiesen, daß u. a. noch kontrollierte Langzeitstudien erforderlich sind, um den "Stellenwert dieser Therapieform", nämlich der Vitamin-E-Therapie bei Patienten mit aktivierter Arthrose, festzustellen (Bl. 50, 52 d.A.). In dem als Anlage E 2 eingereichten Beitrag aus dem Jahre 1994 wird ferner ausdrücklich erwähnt, daß viele der zahlreichen Studien, die zur klinischen Wirksamkeit von Vitamin E bei rheumatoiden Erkrankungen vorgelegt wurden, "die Kritiker in Design und Aussagekraft nicht" hätten "überzeugen" können, "so daß ihre Ergebnisse bis heute kontrovers diskutiert" würden (Bl. 55 d.A.).

Hat die Antragstellerin danach aber die fachliche Umstrittenheit der behaupteten schmerzlindernden Wirkung von Vitamin E bei arthrosebedingten Gelenkschmerzen substantiiert dargelegt, ist es Aufgabe der Antragsgegnerin, die mit ihrer Werbung den Anschein erweckt, daß es sich bei dieser Wirkung um eine in der Wissenschaft abschließend behandelte und eindeutig beantwortete Frage handele, demgegenüber die fachliche Unumstrittenheit glaubhaft zu machen. Denn entgegen der sonstigen Beweislastverteilung, wonach grundsätzlich die klagende Partei die Voraussetzungen des geltend gemachten Unlauterkeits- bzw. Irreführungstatbestands beweisen muß, trifft den Wettbewerber, der mit einer fachlich umstrittenen Behauptung wirbt, ohne dabei auf das Vorhandensein einer in der Fachwelt nicht lediglich als Außenseiterstimme vertretenen Gegenmeinung hinzuweisen, die Beweislast für die fachliche Unumstrittenheit der Werbebehauptung (vgl. BGH a.a.O., -"Rheumalind II" -; BGH a. a. O., -"Tampax"-, BGH a. a. O., -"Odol" -; Doepner, a.a.O., Rdn. 32 zu § 3 HWG).

Da der sich auf eine fachlich umstrittene Meinung unter Nichterwähnung der Gegenmeinung stützende Werbende die Verantwortung für die objektive Richtigkeit seiner Angabe übernommen hat, muß er diese im Streitfall folglich dann auch beweisen (Doepner, a.a.O.; BGH a.a.O., -"Rheumalind"-). Die Antragsgegnerin wird durch diese prozessualen Anforderungen auch ebensowenig überstrapaziert, wie das von ihr eingewandte Postulat des Wissenschaftspluralismus tangiert ist. Im gegebenen

Zusammenhang geht es weder um die Glaubhaftmachung, daß keine Gegenstimme vorhanden ist, noch darum, nur einer einzigen wissenschaftlichen Auffassung vor anderen Meinungen Geltung zu verschaffen.

Denn der Nachweis einer absoluten wissenschaftlichen Gewißheit bzw. der Abwesenheit jeglicher Gegenstimmen, die in aller Regel ohnehin nicht existiert, wird der Antragsgegnerin nicht abverlangt. Beurteilungsgegenstand sind darüber hinaus allein die konkrete werbende Darstellung einer Meinung und die Frage, ob - soweit erste fachlich umstritten ist - damit die Gefahr einer Irreführung zumindest eines nicht unbeachtlichen Teils des angesprochenen Verkehrs verbunden ist, was aber wiederum - wie im gegebenen Fall - dann bejaht werden muß, wenn der Meinungsstreit nicht offengelegt wird.

Die sachliche Bevorzugung einer bestimmten Meinung ist damit ebensowenig verbunden wie der Antragsgegnerin mit dem Beweis bzw. der Glaubhaftmachung der fachlichen Unumstrittenheit der werblich verwendeten Meinung betreffend die Wirkung und Wirksamkeit ihres Arzneimittels Unzumutbares oder gar Unmögliches aufgebürdet wird. Daß es sich bei der behaupteten Wirksamkeit von Vitamin E zur Linderung arthrosebedingter Gelenkschmerzen um eine im vorstehenden Sinne fachlich unumstrittene Aussage handele, vermochte die nach den vorstehenden Ausführungen insoweit beweispflichtige Antragsgegnerin nicht glaubhaft zu machen.

Die von ihr vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen, sonstigen Veröffentlichungen und Schreiben leisten diese Glaubhaftmachung nicht. Unabhängig davon, daß sich die in diesen Unterlagen untersuchte und teilweise auch ausdrücklich attestierte Wirksamkeit von Vitamin E bei der Behandlung von Arthrose ganz überwiegend zum adjuvanten Einsatz von Vitamin E in zudem deutlich höherer Dosierung als das beworbenen Produkt der Antragsgegnerin verhält, geht hieraus jedenfalls nicht hervor, inwiefern es sich bei diesen Stimmen um die wissenschaftlich abgesicherte und erhärtete Fachmeinung handelt, an deren Richtigkeit keine vernünftigen Zweifel (mehr) bestehen können.

Denn selbst unterstellt, die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen bestätigten inhaltlich uneingeschränkt die in der Werbung behauptete Wirksamkeit (allein) von Vitamin E bzw. des beworbenen konkreten Produkts Eusovit 600 zur Linderung arthrosebedingter Gelenkschmerzen, folgt daraus nicht, daß die wiederum von der Antragstellerin belegten Gegenstimmen sich (nunmehr) überholt haben bzw. lediglich noch als unerhebliche Außenseitermeinungen qualifiziert werden müßten. Die Beantwortung dieser Frage bliebe vielmehr allein einem den gesamten einschlägigen Meinungsstand berücksichtigenden Sachverständigengutachten vorbehalten, das die Antragsgegnerin aber schon nach ihren eigenen Ausführungen mit den eingereichten Unterlagen nicht vorgelegt hat und dessen Einholung durch das Gericht sich im Verfahren der einstweiligen Verfügung verbietet.

Erweisen sich somit die im Fließtext der Anzeige enthaltenen, auf die Wirkung bei Arthrose-Patienten bzw. arthrosebedingten Gelenkschmerzen bezogenen Werbeaussagen als irreführend i. S. von § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG, gilt das ebenfalls für die weitere, in den Fließtext der Werbung eingestellte Angabe in bezug auf Kreislauf-Patienten ("Auch Kreislauf-Patienten macht häufig ein Vitamin-E-Mangel zu schaffen").

Auch insoweit liegt eine gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG als irreführend einzuordnende Angabe betreffend die therapeutische Wirksamkeit und Wirkung von Vitamin E bzw. konkret des Arzneimittels Eusovit 600 der Antragsgegnerin vor. Denn angesichts der

unstreitig bestehenden Vielfalt der u. a. den "Kreislauf" in Mitleidenschaft ziehenden unterschiedlichsten Krankheitsbilder und Grunderkrankungen stellt sich die Aussage "Auch Kreislauf-Patienten macht häufig ein Vitamin E Mangel zu schaffen" - vor allem aber in Verbindung mit der sich anschließenden Aussage "Gute Gründe für das neue Eusovit 600" - aus der Sicht eines nicht unerheblichen Teils des Verkehrs als Behauptung der eine große Bandbreite erfassenden therapeutischen Wirksamkeit des Arzneimittels der Antragsgegnerin dar.

Dem Vortrag der Antragsgegnerin läßt sich indessen schon nicht entnehmen, daß die nicht näher spezifizierten und erläuterten Kreislaufkrankungen überhaupt "häufig" mit einem Vitamin-E-Mangel einhergehen bzw. den hier angesprochenen "Kreislauf-Patienten" tatsächlich "häufig" ein Vitamin-E-Mangel zu schaffen mache. Jedenfalls aber hat die Antragsgegnerin weder dargelegt, noch glaubhaft gemacht, daß die behauptete Wirksamkeit von Vitamin E bei "Kreislauf-Patienten" in dieser Pauschalität fachlich unumstritten im Sinne der obigen Erläuterungen sei.

Da sich nach alledem die im Fließtext der verfahrensbetroffenen Werbeanzeige enthaltenen, von der Antragstellerin beanstandeten Werbeaussagen insgesamt als irreführend im Sinne von § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG darstellen und aus diesem Grund gemäß § 1 UWG zu unterlassen sind, erübrigt sich das Eingehen auf die Frage, ob die Antragsgegnerin mit den erwähnten Angaben ebenfalls gegen § 3 a HWG verstoßen habe, weil sie damit etwa eine nicht von der Zulassung des Arzneimittels gedeckte Indikation beworben habe.

Nur am Rande sei daher darauf hingewiesen, daß hierfür - ohne daß darüber abschließend zu entscheiden wäre - jedenfalls im vorliegenden Verfahren der einstweiligen Verfügung manches spricht.

Denn nach der von der Antragstellerin vorgelegten Aufbereitungsmonographie des Bundesgesundheitsamts, in welcher Indikationen u. a. des Gebiets der Rheumatologie für Vitamin E ausdrücklich negativ beschieden worden sind, erscheint es in hohem Maße zweifelhaft, daß die im Jahre 1985 für das Anwendungsgebiet der "Therapie von Vitamin-E-Mangelzuständen" erteilte Zulassung des Arzneimittels Eusovit 600 auch die hier in Rede stehende Indikation der Arthrose (Gelenkschmerzen) erfaßt.

Jedenfalls aber hat die Antragsgegnerin aus den oben dargelegten Gründen nicht glaubhaft gemacht, daß Arthrose bzw. arthrosebedingte Gelenkschmerzen sowie Kreislauf-Probleme einem Vitamin-E-Mangelzustand zuzuordnen sind, und daher unter das von der arzneimittelrechtlichen Zulassung erfaßte Anwendungsgebiet fallen.

Der weiteren Erörterung, inwiefern eine von der Zulassung seinerzeit nicht erfaßte, sondern erst aufgrund nachträglicher fachlich unumstrittener Erkenntnisse sich herausstellende Indikation eines Arzneimittels ohne weiteres werblich verwendet werden darf, bedarf es daher ebenfalls nicht.

## 2.

Soweit die Antragstellerin schließlich auch die Unterlassung der in der Art einer Titelzeile gestalteten Werbeaussage "Wichtige Information für Arthrose-Patienten!" fordert, erweist sich das Unterlassungsbegehren jedoch nur zum Teil als berechtigt. Im Zusammenhang mit den vorbezeichneten, in den Fließtext der Anzeige eingestellten Formulierungen betreffend Arthrose-Patienten, die dem hier in Rede stehenden Hinweis erst einen bestimmten inhaltlichen Aussagewert im Sinne der behaupteten Wirksamkeit von Vitamin

E bei Arthrose bzw. arthrosebedingten Gelenkschmerzen verschaffen, ist die Textzeile "Wichtige Information für Arthrose-Patienten!" zwar aus den oben bereits dargestellten Gründen als gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG irreführende Werbeaussage einzuordnen.

Das gilt jedoch nicht für die ebenfalls von der Antragstellerin alternativ angegriffene isolierte Verwendung dieser Aussage. Denn die Textzeile verweist von vorneherein auf einen nachfolgenden Text, nämlich die eigentliche "Information".

Die inhaltliche Bedeutung und Aussagekraft des Hinweises "Wichtige Information für Arthrose-Patienten!" ergibt sich daher erst im Zusammenhang mit eben diesem Folgetext, so daß - ist letzterer in wettbewerblicher Hinsicht nicht zu beanstanden - auch die isolierte Verwendung des hier zu beurteilenden Werbehinweises nicht mit Erfolg angegriffen werden kann.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig. Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.