

rechtlicher Schutz von Warenformen, ÖBl 2013/2, 4; *Natterer/Kostenzer*, Irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten im Lebensmittelrecht, ecolex 2013, 353; *Heidinger*, Aktuelles vom EuGH zur Dogmatik des Irreführungstatbestandes, MR 2013, 329.

1. Grundlagen

a) Arzneimittelrecht und Wettbewerbsrecht

- 73 Der Kodex Humanarzneimittel normiert im Zusammenhang mit Fach- und Laienwerbung in Art 87 Abs 2 und 3 als Grundsätze, dass Arzneimittelwerbung
- „mit den Angaben in der Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels vereinbar sein“ muss,
 - „einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern (muss), indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt“ und
 - „nicht irreführend sein“ darf.
- 74 Art 87 Abs 3 Kodex Humanarzneimittel normiert bezüglich Arzneimittelwerbung sowohl ein **Objektivitätsgebot** als auch ein **Irreführungsverbot**. Beides wird durch Verbote in § 6 AMG sowie die Ge- und Verbote in § 50a Abs 3 AMG umgesetzt und – verwaltungsstrafrechtlich – durch § 84 Abs 1 Z 4 und Z 19 AMG mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu EUR 25.000,00, im Wiederholungsfall bis zu EUR 50.000,00, sanktioniert (s Rz 957).
- 75 Das arzneimittelrechtliche Irreführungsverbot (§ 6 AMG) wird hinsichtlich der Produktbezeichnung und der Produktaufmachung bereits im Rahmen des arzneimittelrechtlichen **Zulassungsverfahrens** durch das BASG geprüft, soweit es sich um ein nationales Zulassungsverfahren handelt. Da § 6 AMG allerdings keinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch (RIS-Justiz RS0051513) normiert, mit welchem ein gerichtliches Verbot gegenüber tatsächlicher bzw irreführender Arzneimittelwerbung einschließlich Produktbezeichnungen und Produktaufmachungen erwirkt werden könnte, ist diesbezüglich auf den Tatbestand der „*irreführenden Geschäftspraktiken*“ iS von § 2 Abs 1 UWG zurückzugreifen.

In Erw 42 des Kodex Humanarzneimittel wird ausdrücklich festgehalten, dass die aufgrund der RiLi über irreführende und vergleichende Werbung getroffenen (gesetzlichen) Maßnahmen durch den Kodex Humanarzneimittel nicht berührt werden. Die **Irreführungstatbestände** des Arzneimittelwerberechts und die Tatbestände der irreführenden Geschäftspraktiken gemäß UWG sind demnach auf Arzneimittelwerbung kumulativ anwendbar (vgl RV 1060/1983 zu § 6 AMG, abgedruckt bei *Haas/Plank*, Arzneimittelgesetz 93). Auch die öst Judikatur geht demgemäß von einer kumulativen Anwendbarkeit aus (4Ob233/06b – *EXELON* – ÖBl-LS 2007/94 = EvBl 2007/92, 506 = RZ 2007, 148 = wbl 2007/157 = ecolex 2007/298, 697 [*Braunböck*]) und begründet dies damit, dass sowohl § 6 Abs 3 AMG als auch § 102 Abs 2 MPG nur beispielsweise („insbesondere“) Fälle aufzählen, in denen eine Irreführung vorliegt und die demnach das allgemeine Irreführungsverbot des § 2 UWG keineswegs einschränken (RIS-Justiz RS0118492 zu 4Ob261/03s ÖBl-LS 2004/55 und 4Ob20/04a ÖBl-LS 2004/56).

76

Das Irreführungsverbot des Arzneimittelrechts hat – als Ausprägung des allgemeinen Irreführungsverbots – spezifisch lauterkeitsrechtlichen Charakter, da diese Norm ähnlichen Regelungszwecken wie das UWG dient. Die Irreführungstatbestände des § 6 AMG stehen dabei im Verhältnis einer **lex specialis** gegenüber den irreführenden Geschäftspraktiken des § 2 UWG (vgl 4Ob174/07b – *Kontrazeptiva* – ÖBl-LS 2008/42 = EvBl 2008/51 = wbl 2008, 148/68, wonach sich schon aus § 2 UWG und – konkretisiert – aus § 6 AMG ergibt, dass sachlich unrichtige Werbung unzulässig ist). Die behördliche Genehmigung von Produktbezeichnungen und Produktaufmachungen im Rahmen der Arzneimittelzulassung hindert die Zivilgerichte im Rahmen der rechtlichen Beurteilung irreführender Geschäftspraktiken nicht, Produktbezeichnungen und Produktaufmachungen als irreführend zu verbieten, die zuvor von der Behörde als rechtskonform beurteilt wurden.

77

b) Beurteilungsmaßstab

aa) Allgemeines

Hervorzuheben ist, dass sich die in § 6 AMG verwendeten Begriffe der „*Tatsachenwidrigkeit*“ und der „*Irreführung*“ in vielen Fällen decken werden, da tatsachenwidrige Produktangaben bzw Werbeankündigungen in aller Regel gleichzeitig auch irreführend sein werden.

78

Grundsätzlich sind – wie allgemein bei gesundheitsbezogener Werbung – besonders **strenge Anforderungen** an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit von Werbeaussagen betreffend Arzneimittel zu stellen, da mit irreführenden gesundheitsbezogenen Angaben erhebliche Gefahren für das hohe Schutzgut des Einzelnen sowie der Bevölkerung verbunden sein können (BGH I ZR 318/90 – *Das Beste jeden Morgen* – GRUR 2002, 182, 185 = WRP 2002, 74 mwN; BGH I ZR 62/11 – *Basisinsulin mit Gewichtsvorteil* – GRUR 2013, 649).

- 79** Beim **Irreführungstatbestand** ist nach stRsp zu prüfen, (a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht, (b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob (c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (4Ob42/08t – *W.-Klaviere* – MR 2008, 257 [Korn] = ÖBl 2008/56, 276 [Gamerith] = ecolex 2008/314, 838 [Tonninger]; RIS-Justiz RS0123292; zuletzt etwa 4Ob233/10h – *Größte Gratis-Tageszeitung* – ÖBl 2011/51, 219; 4Ob112/11s – *Eurotax-Liste* – ÖBl 2012/41, 164; 4Ob127/12y – *Exklusiv für Club-Mitglieder* – ÖBl 2013/6, 9 = MR 2012, 352 = ecolex 2013/103, 258 [Woller]; 4Ob29/13p – *Vfg Versandapotheke für Österreich* – ÖBl 2013/64, 266 [Melcher] = MR 2013, 293 [Heidinger]; 4Ob68/13y – *Sparen Sie jetzt 100* – ecolex 2013/408 [Cizek]). Maßgebend ist das Verständnis der von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise. Grundsätzlich gilt damit im Zusammenhang, dass bei Werbung mit gesundheitsbezogenen Angaben die besondere Schutzwürdigkeit des weitestgehend unkundigen Konsumenten **strenge Maßstäbe** erfordert (4Ob198/03a – *Die positive Wirkung von A* mwN).
- 80** Der Bedeutungsinhalt von (werblichen) Äußerungen richtet sich nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten **Gesamteindruck**, den ein redlicher Mitteilungsempfänger gewinnt. Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamthalt der Ankündigung, weil der Gesamteindruck durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, bereits entscheidend geprägt werden kann (4Ob224/08g – *Schwarzfahrer* mwN – ÖBl-LS 2009/159 = MR 2009, 18 [Krüger]; 4Ob68/13y – *Sparen Sie jetzt 100* – ecolex 2013/408 [Cizek]). Von einem **Blickfang** wird gespro-

chen, wenn in einer Gesamtkündigung einzelne Angaben im Vergleich zu den sonstigen Angaben besonders herausgestellt sind; sie dürfen für sich allein genommen nicht zur Irreführung geeignet sein (4Ob112/11s – *Eurotax-Liste* – ÖBl 2012/41, 164 mwN; 4Ob68/13y – *Sparen Sie jetzt 100* – ecolex 2013/408 [Cizek]; RIS-Justiz RS0078535, RS0078542).

Ein **aufklärender Hinweis** kann eine Täuschung durch eine mehrdeutige Werbeaussage nur verhindern, wenn er von den angesprochenen Verkehrskreisen auch wahrgenommen wird. Das setzt im Regelfall gleiche Auffälligkeit voraus. Gleiche Auffälligkeit ist nicht erst dann gegeben, wenn die Schriftgröße übereinstimmt. Maßgebend ist vielmehr, ob ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher den aufklärenden Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird (RIS-Justiz RS0118488; illustrativ 4Ob29/13p – *Vfg Versandapotheke für Österreich* – ÖBl 2013/64, 266 [Melcher] = MR 2013, 293 [Heidinger] sowie 4Ob68/13y – *Sparen Sie jetzt 100* – ecolex 2013/408 [Cizek] betreffend eines für vier Sekunden in einem Werbespot eingeblendeten Hinweises bezüglich eines Rabatts bei einer Gesamtlänge des Spots von 21 Sekunden).

Auch **tatsachengemäße** Produktangaben bzw Werbeankündigungen können irreführend sein, indem etwa mit objektiv bzw sachlich richtigen („tatsachengemäßen“) Angaben geworben wird, dabei aber durch die Betonung von Selbstverständlichem bei den angesprochenen Verkehrskreisen der unrichtige Eindruck erweckt werden kann, dass es sich hierbei um besondere Vorzüge des beworbenen Produkts handelt (*Anderl/Appl* in *Wiebe/G. Kodek, UWG² (2012) [§ 2 Rz 202]*; *Natterer/Kostenzer*, *Irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten im Lebensmittelrecht*, ecolex 2013, 353). Bei Prüfung der Frage, ob einer Angabe trotz sachlicher Richtigkeit etwas Unwahres entnommen werden kann und sie daher als unrichtige Angabe im Sinne des § 2 UWG zu gelten hat, kommt es nach der Judikatur auf die Verkehrsauffassung an, das heißt den Eindruck, der sich beim flüchtigen Lesen für den Durchschnittsinteressenten ergibt, und auf den Gesamteindruck der Mitteilung (RIS-Justiz RS0078470); zur Werbung mittels Hinweises auf die Zulassung bzw Registrierung eines Arzneimittels gemäß § 53 Abs 2 AMG siehe Rz 574.

83 Ist der Tatbestand des § 2 UWG erfüllt, so wird zumindest im Regelfall eine Verletzung der **beruflichen Sorgfalt** und eine wesentliche Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers iS von § 1 Abs 1 Z 2 UWG vorliegen (RIS-Justiz RS0123291): Einem Unternehmen kann im Regelfall nämlich nicht unterstellt werden, eine von vornherein unwirksame Werbung zu betreiben, also letztlich unsinnige Ankündigungen zu machen (4Ob127/12y – *Exklusiv für Club-Mitglieder* – MR 2012, 352 = *ecolex* 2013/103, 258 [Woller]; 4Ob29/13p – *Vfg Versandapotheke für Österreich* – ÖBl 2013/64, 266 [Melcher] = MR 2013, 293 [Heidinger]). Nach der Judikatur des EuGH kann eine irreführende Geschäftspraktik allerdings auch dann vorliegen, wenn alle Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt eingehalten wurden (Näheres hierzu s *Heidinger*, Aktuelles vom EuGH zur Dogmatik des Irreführungstatbestandes, MR 2013, 329ff).

83a bb) Praxisbeispiel

(1) Werbung mit (nicht) Selbstverständlichem

In dem der E 4Ob198/03a zugrunde liegenden Sachverhalt musste die Werbeaussage „*Die positive Wirkung von Actimel ist vom Gesundheitsministerium offiziell bestätigt*“ hinsichtlich einer allfälligen Irreführungseignung beurteilt werden:

Nach Auffassung des OGH kann ein unrichtiger Eindruck objektiv richtiger Angaben grundsätzlich auch dann entstehen, wenn der Werbende etwas Selbstverständliches betont und damit auf Umstände hinweist, die bei allen Wettbewerbern und bei allen Konkurrenzzeugnissen vorliegen müssen, etwa weil es sich um gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaften oder zum Wesen der angebotenen Ware oder Leistung gehörende Umstände handelt. Entscheidend für die Annahme eines Wettbewerbsverstößes ist in solchen Fällen, dass durch die Betonung eines solchen selbstverständlichen Umstands eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise herbeigeführt wird, weil das Publikum eine besondere Leistung gerade nur des – mit dem vermeintlichen Vorteil werbenden – Herstellers annimmt (4Ob406/80 – *ohne Konservierungsmittel*; 4Ob384/83 – *MOLKO-mat* – ÖBl 1984, 70).

Die Werbung des Herstellers für das von ihm vertriebene Joghurtgetränk mit dem Slogan „*Die positive Wirkung von Actimel ist vom Gesundheitsministerium offiziell bestätigt*“ wurde von allen Instanzen als wettbewerbskonform beurteilt, da sie sich im Rahmen der zit Rsp hielt. Einerseits ist die Aussage nach Auffassung des OGH richtig, weil die im Produkt enthaltene probiotische Bakterienkultur positive Wir-

kungen auf den menschlichen Organismus ausüben und der Hersteller auf Grund eines auf § 9 Abs 3 LMG idF vor dem 15.8.2003 gestützten Bescheids der genannten Behörde zur Werbung für dieses Produkt mit gesundheitsbezogenen Angaben berechtigt war; andererseits gehört es nicht zu den gesetzlich vorgeschriebenen Eigenschaften oder zum Wesen eines Joghurtgetränks, positive Wirkungen auf den menschlichen Organismus zu entfalten, weshalb dieser Umstand keine bei allen Wettbewerbern und bei allen Konkurrenzzeugnissen vorliegende „Selbstverständlichkeit“ im Sinne der zuvor dargelegten Rsp enthielt.

Zwar bedurfte jede Werbung für bestimmte Lebensmittel oder Verzehrprodukte mit gesundheitsbezogenen Angaben nach der Rechtslage vor dem 15.8.2003 einer bescheidmäßigen Zulassung durch das Ministerium für Gesundheit und Umweltschutz; dennoch wurden solche Zulassungsbescheide nicht für alle Produkte mit gesundheitsbezogenen Angaben beantragt oder erteilt. Unter diesen Umständen war es nach Auffassung des OGH keine Fehlbeurteilung im Einzelfall, den beanstandeten Hinweis auf die Bestätigung der positiven Wirkung des Joghurt-Produkts durch die zuständige Behörde nicht als irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten einzustufen, wenn nicht sämtliche Mitbewerber, die ihre Produkte mit gesundheitsbezogenen Angaben bewarben, das dafür gesetzlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten hatten.

2. Irreführungstatbestände (§ 6 AMG)

a) Produktangaben, Produktbezeichnungen und Produktaufmachungen (Abs 1)

aa) Allgemeines

Nach § 6 Abs 1 AMG ist es *„verboten, Arzneimittel oder Wirkstoffe in Verkehr zu bringen, die den Tatsachen nicht entsprechende Angaben oder sonst zur Irreführung geeignete Bezeichnungen oder Aufmachungen aufweisen“*. Im Fokus von Abs 1 steht demnach die äußere Gestaltung des Arzneimittels – also seine gesamte **Verpackung** samt **Produkt-namen** – wohingegen Abs 2 auf die **Marktkommunikation** bzw Werbung für ein Arzneimittel abstellt: Nach § 6 Abs 2 ist es *„ferner verboten, im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Arzneimitteln oder Wirkstoffen über diese den Tatsachen nicht entsprechende oder zur Irreführung geeignete Angaben zu machen“*.

84

- 85 Auch ein werbender Aufdruck auf einer Handlungspackung (**Außenverpackung**) (in concreto: „*Das Original zum günstigeren Preis*“) kann als Werbung zu beurteilen sein (4Ob236/98d – *Ma-Tabletten* – ÖBl 1999, 77). Auf der äußeren Umhüllung eines Arzneimittels angebrachte Angaben, die Werbecharakter haben können, sind unabhängig davon unzulässig, ob sie dort unauslöschlich aufgeführt oder nur – etwa mit Klebepunkten – ablösbar angebracht sind (hier: als Werbeflyer) und ob sie den Eindruck erwecken, dass sie mit der übrigen Etikettierung eine Einheit bilden (BGH I ZR 161/11 – *Voltaren* – GRUR 2013, 857). Damit steht im Einklang, dass nach Art 62 Kodex Humanarzneimittel auf der äußeren Umhüllung von Arzneimitteln keine Angaben zulässig sind, die Werbecharakter haben können (4Ob236/98d – *Ma-Tabletten* – ÖBl 1999, 77). Das Verbot, auf der äußeren Umhüllung von Arzneimitteln Angaben zu machen, die Werbecharakter haben können, soll verhindern, dass die Verwender durch solche Angaben von den ihnen gemäß § 17 AMG gegebenen Informationen abgelenkt werden. Das Erreichen dieses Ziels wird nach der zitierten Judikatur des BGH durch eine auf der äußeren Umhüllung angebrachte Werbung unabhängig davon verhindert oder immerhin in Frage gestellt, ob sich die äußere Umhüllung und die auf ihr angebrachte Werbung als Einheit darstellen oder nicht. Für die Bejahung eines Rechtsverstößes reicht es laut BGH aus, dass das Erreichen dieses Ziels in Frage gestellt wird; denn auf der äußeren Umhüllung angebrachte Angaben sind nach Art 62 Halbsatz 2 Kodex Humanarzneimittel bereits dann unzulässig, wenn sie Werbecharakter haben können.
- 86 § 6 Abs 1 und Abs 2 gemeinsam ist, dass das jeweilige Verbot auf das „*Inverkehrbringen*“ von Arzneimitteln abstellt. Unter „*Inverkehrbringen*“ ist gemäß § 2 Abs 11 AMG „*das Vorrätighalten, das Feilhalten oder die Abgabe von Arzneimitteln oder Wirkstoffen*“ zu verstehen. Der Begriff der „*Abgabe*“ wird von der Judikatur im Sinn des Inverkehrbringens durch einen Verkaufsvorgang verstanden (RIS-Justiz RS0124010). Ein Inverkehrbringen liegt nicht vor, wenn durch geeignete Maßnahmen sichergestellt ist, dass ein Arzneimittel, das dem Gesetz nicht entspricht, nicht zum Verbraucher oder Anwender gelangt (§ 2 Abs 11, 2. Satz AMG).
- 87 Ergänzt werden der produktbezogene und der werbebezogene Irreführungstatbestand durch eine demonstrative Aufzählung in Abs 3, welche Sachverhalte „*insbesondere*“ als irreführend zu beurteilen sind. Hierbei