



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr.Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter Dr.Terlitzka und den Kommerzialrat Mag.Rosi in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Rechte Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagten Parteien **1) Österreichischer Verband der Impfstoffhersteller-ÖVIH**, Franz-Josefs-Kai 3, 1010 Wien, und **2) "Pfizer Corporation Austria" Gesellschaft m.b.H.**, Floridsdorfer Hauptstraße 1, 1210 Wien, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,--), über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 36.000,--) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 30.9.2013, 19 Cg 53/13k-7, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es zu lauten hat:

„1. Die beklagten Parteien sind schuldig, es zu unterlassen, gegenüber medizinischen Laien Werbung für Impfstoffe der zweitbeklagten Partei, insbesondere den Impfstoff ‚Prevenar 13‘ zu betreiben, dies insbesondere

in Zeitungsinseraten, in Fernsehwerbespots und auf der Homepage der erstbeklagten Partei www.pneumokokkenab50.at, wenn darin ein Risiko, an Pneumokokken zu erkranken, dargestellt und der Patient zur näheren Information auf Arzt und Apotheker verwiesen wird, wobei gegenüber Ärzten und Apothekern zeitgleich Werbung für Prevenar 13 betrieben wird.

2. Die zweitbeklagte Partei ist überdies schuldig, es zu unterlassen, gegenüber medizinischen Laien Werbung für Impfstoffe, insbesondere den Impfstoff Prevenar 13, in Foldern zu betreiben, die sie an Ärzte zur Auflage in ihren Praxen verteilt.

3. Die beklagten Parteien sind schuldig, es zu unterlassen, medizinische Laien im Alter ab 50 Jahren zur Impfung gegen invasive Pneumokokkenerkrankungen mit dem Impfstoff der zweitbeklagten Partei, Prevenar 13, mit Hinweisen wie „Für Erwachsene ab 50 sind Pneumokokken Thema! Pneumokokkenerkrankungen: oft unterschätzte Infektionen durch Bakterien. Pneumokokken zirkulieren ständig in der Bevölkerung. Sie werden durch Tröpfcheninfektion übertragen und können ua schwere Erkrankungen hervorrufen wie Lungenentzündung, Gehirnhautentzündung oder Blutvergiftung. Eine Pneumokokkenerkrankung kann Ihr Leben verändern!“ zu bewegen, ohne gleichzeitig die ziffernmäßige Höhe des Risikos der angesprochenen Altersgruppe anzugeben, an einer invasiven Pneumokokkeninfektion zu erkranken.

4. Die beklagten Parteien sind ferner schuldig, es zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der Impfstoff Prevenar 13 der zweitbeklagten Partei sei für die Indikation von Pneumokokkenerkrankungen allgemein zugelassen, sofern sich seine Zulassung tatsächlich nur

auf invasive Pneumokokkenerkrankungen erstreckt.

5. Die erstbeklagte Partei ist schuldig, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen drei Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils auf ihrer Homepage www.pneumokokkenab50.at oder, sollte sie diese Internetadresse ändern, auf der Homepage dieses Inhalts unter der dann gültigen Internetadresse, zu veröffentlichen, wobei die Veröffentlichung in Fettumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in jener Schriftart und -farbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen, wie im Textteil der Homepage www.pneumokokkenab50.at üblich, vorzunehmen ist, und über einen auf der Startseite unübersehbar angebrachten Link 'Urteilsveröffentlichung' direkt aufrufbar sein muss.

6. Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen drei Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils auf ihrer Homepage www.impfwelt.at oder, sollte sie diese Internetadresse ändern, auf der Homepage dieses Inhalts unter der dann gültigen Internetadresse, zu veröffentlichen, wobei die Veröffentlichung in Fettumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in jener Schriftart und -farbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen, wie im Textteil der Homepage www.impfwelt.at üblich, vorzunehmen ist, und über einen auf der Startseite unübersehbar angebrachten Link 'Urteilsveröffentlichung' direkt aufrufbar sein muss.

7. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung zu erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen sechs Monaten

ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils jeweils einmal in den Tageszeitungen ‚Der Standard‘, ‚Heute‘ sowie ‚Kronen-Zeitung‘ jeweils im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe, in Fettumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Artikel, sowie durch einmalige Verlesung im Fernsehprogramm ORF 2, unmittelbar vor Beginn des Hauptabendprogramms um 20:15 Uhr, auf Kosten der beklagten Parteien, die dafür zur ungeteilten Hand haften, zu veröffentlichen.

8. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 7.240,71 (darin EUR 920,02 USt und EUR 1.720,60 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.“

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.767,06 (darin EUR 2.043,-- Barauslagen und EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten der Berufung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **nicht zulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die erstbeklagte Partei ist ein nach dem Vereinsregistergesetz 2002 eingetragener Verein, dessen Mitglieder Impfstoffhersteller sind; die zweitbeklagte Partei betreibt Import und Großhandel mit pharmazeutischen Produkten. Seit 1999 führen die Apothekerkammer und die Impfstoffhersteller jährlich im Herbst/Winter eine österreichweite Impfkampagne für sämtliche zugelassene Pneumokokken-Impfstoffe durch.

Die erstbeklagte Partei veranstaltete mit finanzieller Unterstützung der zweitbeklagten Partei und der Sanofi-Pasteur MSD GmbH von Mitte November 2012 bis Ende Dezember 2012 sowie von Mitte Jänner bis Ende Februar 2013 eine „Awarenesskampagne“ (offenbar: eine Medien- bzw. Sensibilisierungskampagne) zum Thema Pneumokokken. Dabei inserierte die erstbeklagte Partei mit dem Hinweis auf die freundliche Unterstützung der zweitbeklagten Partei und der Sanofi-Pasteur MSD GmbH in Printmedien unter der Schlagzeile „Für Erwachsene ab 50 sind Pneumokokken Thema!“ und schaltete Werbespots ähnlichen Inhaltes im Österreichischen Rundfunk und Fernsehen. Ähnliche Inhalte bietet auch die Website der erstbeklagten Partei www.pneumokokkenab50.at, die auch einen entsprechenden Folder zum Download bereitstellt.

Das in den Printmedien geschaltete Inserat war folgendermaßen gestaltet:

The advertisement features a black and white portrait of a woman, Susanne, born in 1961. Above her is a large graphic with the text 'Auch vor 1962 geboren?' (Also born before 1962?). To the right of the portrait is the main headline: 'Für Erwachsene ab 50 sind Pneumokokken Thema!' (For adults aged 50 and over, pneumococci are the topic!). Below this, it states: 'Pneumokokken-Erkrankungen: Oft unterschätzte Infektionen durch Bakterien.' (Pneumococcal diseases: Often underestimated infections by bacteria.) The text explains that pneumococci circulate constantly in the population and are transmitted through droplet infection. It notes that older adults are particularly at risk due to a weakened immune system. A QR code is present in the bottom right corner, and logos for ÖVH, ÖPK, and the Austrian Apothecary Chamber are at the bottom. A small note at the bottom right mentions 'Broschüre Anträge'.

Gleichzeitig versandte die erstbeklagte Partei Informationsfolder an Ärzte und Apotheker mit der Überschrift „Pneumokokken sind Thema für ihre Patienten ab 50!“.

Im selben Zeitraum bewarb die zweitbeklagte Partei den von ihr gegen Pneumokokken entwickelten rezeptpflichtigen Impfstoff Prevenar 13 im Zuge einer Impfkation vom 1.9.2012 bis 28.2.2013 in der Apotheker- und der Ärztekronen. Zusätzlich übermittelte sie auch eine entsprechende Patienteninformation an ordinierende Ärzte, wobei darin ein Hinweis, dass diese nicht zur Kenntnisnahme durch die Patienten sondern ausschließlich durch Fachleute bestimmt sei, nicht enthalten war.

In Österreich sind für Erwachsene lediglich zwei Pneumokokken-Impfstoffe zugelassen, nämlich der 13-Valente Impfstoff Prevenar 13 der zweitbeklagten Partei, zugelassen ab 18 Jahren, und der ab zwei Jahren zugelassene Impfstoff Pneumovax 23 der Sanofi-Pasteur MSD GmbH, der mehr Bakterienstämme abdeckt; diese beiden Impfstoffe sind Gegenstand der „Impfkation“. Im Impfplan 2012 des Bundesministeriums für Gesundheit wurde die Empfehlung zur einmaligen Pneumokokken-Impfung für Erwachsene ab dem Alter von 50 Jahren ausgesprochen. Dies mit dem Hinweis, dass die Durchimpfungsrate im geriatrischen Bereich noch viel zu niedrig sei, sodass Senioren häufig einer Pneumokokken-Infektion erliegen. Der Impfplan 2013 empfiehlt eine derartige Impfung für Erwachsene ab dem 51. Lebensjahr, und zwar im Jahresabstand sowohl mit dem 13- als auch mit dem 23-valenten Impfstoff.

Die AGES berichtete für 2012 für Österreich von 255 Fällen invasiver Pneumokokken-Erkrankungen bei Kindern und Erwachsenen, davon 21 Todesfälle. Von den Serotypen der 143 Erkrankten über 50 Jahren wurden die Typen bei 94 Erkrankten durch PNC13 (Prevenar), bei 111 Erkrankten durch PPV23 abgedeckt.

Für die Immunisierung der Bevölkerung gegen Pneumo-

kokken ist vor allem die Impfung bei Kindern wesentlich, da diese zu einem vielfach höheren Prozentsatz Pneumokokken tragen und daher auch häufig eine Ansteckungsquelle für Alte sind.

Mit der am 23.5.2013 beim Handelsgericht Wien eingebrachten Klage begehrte die **klagende Partei** die beklagten Parteien schuldig zu erkennen, es gegenüber medizinischen Laien zu unterlassen, Werbung für Impfstoffe der zweitbeklagten Partei zu machen, insbesondere ohne gleichzeitig das Risiko einer Erkrankung der angesprochenen Altersgruppe anzugeben sowie den unrichtigen Eindruck zu erwecken, der Impfstoff Prevenar 13 der zweitbeklagten Partei sei für die Indikation von Pneumokokken-Erkrankungen allgemein zugelassen; gleichzeitig begehrte sie die Urteilsveröffentlichung.

Die erstbeklagte Partei habe sowohl in Printmedien als auch auf ihrer Website und im Rahmen von TV-Werbespots im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass Pneumokokken ständig in der Bevölkerung zirkulierten und das Risiko für eine Pneumokokken-Erkrankung sich ab dem Alter von 50 Jahren erhöhe und bestehende Erkrankungen das Risiko weiter erhöhten. Finanziert sei diese Werbung durch die zweitbeklagte Partei worden, die wiederum ihren Impfstoff Prevenar 13 in der Apotheker- oder der Ärztekronen beworben habe. Ärzte seien mit Flyern der zweitbeklagten Partei ausgestattet worden, auf deren Rückseite der Patient erfahre, dass es sich bei Pneumokokken um Bakterien handle, die zu gefährlichen und auch tödlichen Erkrankungen führen könnten. Prevenar 13 sei ein rezeptpflichtiges Arzneimittel, weswegen das Laienwerbungsverbot des § 51 Abs 1 Z 1 AMG greife; die Impfkation der zweitbeklagten Partei, die auch die erstbeklagte Partei

bewerbe, sei nicht von einer Gebietskörperschaft durchgeführt oder unterstützt, sodass die Ausnahmebestimmung des § 51 Abs 2 AMG nicht zur Anwendung komme. Das Verhalten der beklagten Parteien verstoße gegen § 50 Abs 2 Z 3 AMG, zumal es sich zum einen nicht um seriöse Informationen über die Gesundheit oder Krankheiten von Mensch (und Tier) handle, zum anderen jedenfalls zumindest in indirekter Weise auf ein Arzneimittel Bezug genommen werde. Zusätzlich verwirkliche das Verhalten der beklagten Parteien auch eine aggressive und irreführende Geschäftspraktik im Sinne der §§ 1a und 2 Abs 1 Z 1 und 2 UWG.

Die **beklagten Parteien** bestritten und beantragten die Klagsabweisung. Die klagende Partei übersehe, dass die Awarenesskampagne, die Fachwerbung für Prevenar 13 und die seit dem Jahr 1999 jährlich im Herbst/Winter durchgeführte österreichweite Impfkampagne für sämtliche zugelassene Pneumokokken-Impfstoffe sowohl zeitlich als auch inhaltlich und somit auch rechtlich vollkommen getrennt zu sehen seien. In der Awarenesskampagne gehe es um die Sensibilisierung des erhöhten Risikos einer derartigen Infektion für Personen ab 50 Jahren, aus der nicht ersichtlich sei, dass es sich um eine Impfung handle. Um aber das Fachpublikum entsprechend vorzubereiten, dass möglicherweise aufgrund dieser Kampagne vermehrt Anfragen zu diesem Thema kommen könnten, sei das Fachpublikum ohne Verweis auf die Impfstoffe über deren Stattfinden informiert worden. Die Fachwerbung wiederum habe sich ausschließlich an das Fachpublikum und nicht an Konsumenten gerichtet. Es sei daher auch nicht korrekt, dass die zweitbeklagte Partei Laienwerbung für Prevenar 13 mit den monierten Foldern betrieben habe. Die von den beklagten

Parteien gesetzten Maßnahmen seien daher nicht wettbewerbswidrig und es liege auch keine unzulässige Arzneimittelwerbung, somit auch kein Verstoß gegen das UWG vor. Die Awarenesskampagne sei nach § 50 Abs 2 Z 3 AMG zulässig durchgeführt worden; die beklagten Parteien hätten allgemeine Informationen über die Gesundheit von Menschen in Art und Weise und im Umfang, wie es in den Impfplänen gut geheißen werde, erteilt.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das **Erstgericht** sämtliche Klagebegehren ab. Es traf dabei die auf den Seiten 3 bis 15 und 16 bis 20, eingangs auf das Wesentliche zusammengefassten Feststellungen, auf die an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Diesen Sachverhalt legt das Berufungsgericht im Übrigen im Hinblick darauf, dass die klagende Partei lediglich den Berufungsgrund der unrichtigen Beurteilung ins Treffen führt, gemäß § 498 Abs 1 ZPO auch seiner Entscheidung zugrunde. Diesen Sachverhaltskomplex beurteilte das Erstgericht rechtlich dahingehend, dass die Sensibilisierungskampagne keinen Bezug zu konkreten Impfstoffen herstelle und daher durch den Ausnahmetatbestand des § 50 Abs 2 Z 3 AMG gedeckt sei. Die Inserate der zweitbeklagten Partei in der Apotheker- und in der Ärztekronen wiederum hätten sich lediglich an Fachpersonal gerichtet und seien durch § 54 Abs 1 AMG gedeckt. Auch die an die Ärzte übergebenen Folder beinhalteten keinen Hinweis auf den Impfstoff der zweitbeklagten Partei, sodass auch keine Irreführung vorliege, zumal der kleingedruckte Hinweis auf die zweitbeklagte Partei im Verhältnis zur Sachinformation keine relevante Bedeutung für Patienten entfalte.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung** der klagenden Partei. Sie beantragt primär das Urteil im

Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern, hilfsweise das Ersturteil aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen. Als Berufungsgrund macht sie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

Die beklagten Parteien beantragen in ihrer **Berufungsbeantwortung**, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist im Sinne des Abänderungsantrages berechtigt.

Die Berufungswerberin kritisiert die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, wonach die Maßnahmen der beklagten Parteien unter § 50 Abs 2 Z 3 AMG zu subsumieren seien. Dies sei unzutreffend, weil es den beklagten Parteien gar nicht um eine seriöse Risikoaufklärung, sondern im Wahrheit um Absatzförderung des zeitgleich gegenüber Apothekern und Ärzten beworbenen Impfstoffs der zweitbeklagten Partei gegangen sei. Tatsächlich liege daher nicht nur ein Verstoß gegen das Verbot der Laienwerbung nach § 51 Abs 1 Z 1 AMG, sondern auch aggressive Werbung iSd § 1a UWG vor, weil ein Bedrohungsszenario entworfen worden sei, das ungeachtet einer relativ selten auftretenden Erkrankung einer Massenepidemie gleich dargestellt werde. Auch der von der zweitbeklagten Partei zur Abgabe an den Patienten verteilte Folder sei als Arzneimittelwerbung zu qualifizieren, die schon deswegen verboten sei, weil Werbung für rezeptpflichtige Arzneimittel gegenüber Laien ausdrücklich verboten sei.

Der Berufungssenat erachtet diese Argumentation der klagenden Partei im Kern für stichhaltig.

1.1. Als „Werbung für Arzneimittel“ gelten alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und Marktbearbeitung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel,

die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern (§ 50 Abs 1 AMG). Darunter fällt nach der Rsp jede Maßnahme, die nach ihrem Gesamterscheinungsbild bestimmte - oder zumindest individualisierbare (vgl. RIS-Justiz RS0108558) - Arzneimittel in der Absicht anpreist, damit deren Absatz zu fördern (Absatzwerbung; vgl. 4 Ob 195/97y; 4 Ob 81/07a = ÖBl 2007/64 [Kresbach/Schnider] = RZ 2007, 284 = HS 38.238 = HS 38.239 = HS 38.588 = HS 38.594 - *Letrozol*; RIS-Justiz RS0117614 [richtlinienkonforme Auslegung]; *Hellbert*, Handbuch Pharmarecht 158). Für die Frage, ob die veröffentlichte Information Angaben über ein bestimmtes Arzneimittel enthält und das Ziel verfolgt, den Absatz dieses Arzneimittels zu fördern, ist die Auffassung der Verkehrskreise entscheidend, an die sich die Angaben richten (4 Ob 81/07a [Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers] = ÖBl 2007/64 [Kresbach/Schnider] = RZ 2007, 284 = HS 38.238 = HS 38.239 = HS 38.588 = HS 38.594 - *Letrozol*; 4 Ob 75/03p = ÖBl 2003, 72 - *Pro Herz*; 4 Ob 33/09w = ÖBl-LS 2009/237 = wbl 2009, 470 = RdM-LS 2009/39 - *Circoflex*).

1.2. Nach § 51 Abs 1 Z 1 AMG dürfen rezeptpflichtige Arzneimittel nicht gegenüber Verbrauchern (Laien) beworben werden; diesbezüglich besteht ein absolutes Werbeverbot (*Ulrich*, Einführung in die pharmazeutische Gesetzeskunde 71). Arzneimittelwerbung im Sinn dieser Bestimmung ist nach ständiger Rsp jede Maßnahme, die sich auf ein bestimmtes Arzneimittel bezieht und der Förderung seines Absatzes dient (4 Ob 75/03p = Öbl 2003, 72 - *Pro Herz*; 4 Ob 255/03h; 4 Ob 81/07a = ÖBl 2007/64 [Kresbach/Schnider] = RZ 2007, 284 = HS 38.238 = HS 38.239 = HS 38.588 = HS 38.594 - *Letrozol*; 4 Ob 6/13f = JusGuide 2013/34/11457;

RIS-Justiz RS0117614). Anderes gilt lediglich für von Gebietskörperschaften durchgeführte oder unterstützte Impfkampagnen (§ 51 Abs 2 AMG); dies ist hier jedoch nicht der Fall.

1.3. Von den Vorschriften über Arzneimittelwerbung ausgenommen sind nach § 50 Abs 2 Z 3 AMG weiters „*Informationen über die Gesundheit oder Krankheiten von Mensch und Tier, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird*“. Auch nach dieser Bestimmung sind demnach redaktionelle Beiträge nur dann von den Werbebeschränkungen des Arzneimittelgesetzes ausgenommen, wenn sie nicht - auch nicht in indirekter Weise - auf ein Arzneimittel Bezug nehmen.

Für die Frage, ob die veröffentlichte Information Angaben über ein bestimmtes Arzneimittel enthält und das Ziel verfolgt, den Absatz dieses Arzneimittels zu fördern, ist die Auffassung der Verkehrskreise entscheidend, an die sich die Angaben richten (4 Ob 75/03p = ÖbI 2003, 72 - *Pro Herz*), wobei das Fehlen der Produktbezeichnung nicht ausschlaggebend ist. Arzneimittelwerbung liegt nämlich auch dann vor, wenn zwar die Bezeichnung des Arzneimittels nicht ausdrücklich genannt wird, den angesprochenen Verkehrskreisen aber aufgrund der Werbeaussage klar ist, auf welches Arzneimittel sich die (als Kaufanreiz verstandene) Aussage bezieht (4 Ob 195/97y = ÖbI 1998, 219 - *MS-Präparate*; 4 Ob 81/07a = ÖbI 2007/64 [*Kresbach/Schnider*] = RZ 2007, 284 = HS 38.238 = HS 38.239 = HS 38.588 = HS 38.594 - *Letrozol*; RIS-Justiz RS0108558; *Haas/Plank*, Kommentar zum AMG 381).

2.1. Die Auslegung einer Werbeaussage muss sich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen am Empfängerhorizont orientieren. Dabei ist - wie allgemein im Recht der Arz-

neimittelwerbung (RIS-Justiz RS0121785 zur Irreführungseignung; 4 Ob 58/07v und 4 Ob 78/07k zur Vertretbarkeit einer Rechtsansicht) - ein strenger Maßstab anzulegen (4 Ob 174/07b = wbl 2008, 148 = Jus-Extra OGH-Z 4478 = EvBl 2008/51 = ÖBl-LS 2008/41 = ÖBl-LS 2008/42 = ÖBl-LS 2008/46 - *Kontrazeptiva; Jergolla*, RdM 2010/3 [Verschärfung]; *Haas/Plank*, Kommentar zum AMG 380).

Ob mit den das Arzneimittel anpreisenden Angaben das Ziel verfolgt wird, den Absatz zu fördern, ist nicht nach der subjektiven Absicht des Werbenden, sondern nach der objektiven Zweckbestimmung der Angaben zu beurteilen (RIS-Justiz RS0117613), da sichergestellt werden soll, dass die Entscheidung für oder gegen ein Arzneimittel nur aus medizinischen Überlegungen getroffen wird (4 Ob 236/98d = ÖBl 1999, 77 - *Ma-Tabletten*; 4 Ob 75/03p = ÖBl-LS 2003/102 = ÖBl-LS 2003/103 = RdW 2003, 572 = ÖBl 2003, 267 [*Gamerith*]).

2.2. Die Beurteilung der Wirkung einer Werbeaussage auf die beteiligten Verkehrskreise ist eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen; sie stellt nur dann eine Tatfrage dar, wenn das nicht der Fall ist (4 Ob 62/95 = MR 1995, 189 - Österreichs größte Qualitätszeitung; RIS-Justiz RS0039926 [T26, T28, T32]). Ersteres gilt jedenfalls dann, wenn es nicht auf das inhaltliche Verständnis der betroffenen Fachkreise ankommt, sondern auf die auf diese Kreise ausgeübte psychologische Wirkung (4 Ob 45/97i = ÖBl 1998, 238 - *Zocord R*).

2.3. Fallbezogen bedeutet dies: Die beklagten Parteien stellen bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung aller durch das Erstgericht festgestellten, breit gestreuten Maßnahmen die Gefahr einer Pneumokokken-

Erkrankung ab dem 50. Lebensjahr blickfangartig ohne Hinweis auf die statistische Wahrscheinlichkeit einer Infektion und die Zulassung von Prevenar 13 (lediglich) für invasive Pneumokokkenerkrankungen heraus. Gleichzeitig erfolgte immer der Hinweis auf die „freundliche Unterstützung“ gerade auch der zweitbeklagten Partei, während diese in der Apotheker- und Ärztekronen unter Hinweis auf die Impfkampagne Werbung für Prevenar 13 machte. Auch diese zeitgleich, an sich nach § 54 AMG zulässige Fachwerbung darf nicht von den anderen Maßnahmen isoliert betrachtet werden, weil es auf das Gesamterscheinungsbild ankommt. Das Berufungsgericht ist daher der Auffassung, dass nicht unerhebliche Teile der angesprochenen Kreise die „Informationen“ dahin verstehen werden, dass sie einen Arzt oder Apotheker konsultieren sollen, der wiederum bereits Adressat der Werbemaßnahmen der zweitbeklagten Partei war, die ihrerseits auf das statistische Infektionsrisiko wiederum nicht aufmerksam macht.

Dass die hier verwendeten, besorgniserregenden Angaben (z.B. „Eine Pneumokokken-Erkrankung kann Ihr Leben verändern!“) angesichts der verdünnten Informationslage geeignet sind, einen Kaufanreiz für den Impfstoff der zweitbeklagten Partei auszuüben, ist daher naheliegend. Dieser Anreiz wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass der Handelsname des von der zweitbeklagten Partei vertriebenen Medikaments erst beim Arzt, in der Apotheke oder im Internet erfragt werden muss, weil dieser Impfstoff ausreichend individualisierbar ist.

Es ist daher nicht zweifelhaft, dass die beanstandeten Maßnahmen ihrem Inhalt nach eine (obgleich getarnte) Maßnahme der Absatzförderung darstellen. Darin liegt bei der gebotenen vernetzten Betrachtungsweise Kern und

Inhalt der weit über eine bloße Sensibilisierung hinausgehenden Kampagne, die - somit als Werbung - eine verpönte Bezugnahme iSd § 50 Abs 2 Z 3 AMG darstellt.

2.4. Von einer vom EuGH i.Z.m. der Humanarzneimittel-RL (2001/83/EG) gebilligten, „rein informatorischen Angabe „ohne Werbeabsicht“ kann daher ebenso wenig die Rede sein (EuGH C-316/09 - *MSD Sharp & Dome GmbH* [Rnr. 32]; näher *Hellbert*, Handbuch Pharmarecht 159 f; *Brugger*, ÖBl 2012/15) wie von der von den beklagten Parteien behaupteten „völligen“ Trennung.

3. Anders als die zweitbeklagte Partei meint, ist sie sehr wohl auch Adressatin des unter Pkt. 2. ersichtlichen Unterlassungsbegehrens, weil sie feststellungsgemäß die Folder an Ärzte ohne Hinweis darauf ausgab, dass sie eine Weitergabe an Laien nicht wünscht (Ersturteil, US 15).

4. Damit liegt im Ergebnis eine unzulässige, an Laien adressierte Werbung für ein rezeptpflichtiges Arzneimittel vor (§ 51 Abs 1 Z 1 AMG), sodass schon deswegen die Klage im Umfang der Unterlassungsbegehren berechtigt ist. Denn der Unterlassungsanspruch nach § 85a AMG erfordert - anders als jener nach § 1 UWG - kein subjektiv vorwerfbares Verhalten (RIS-Justiz RS0122177; *Haas/Plank*, Kommentar zu AMG 551).

5.1. Es kann daher an sich offenbleiben, ob das Vorgehen der beklagten Parteien nicht zusätzlich auch einen Lauterkeitsverstoß darstellt; nach Ansicht des Berufungssenates ist dies zu bejahen, jedoch nur in der gebotenen Kürze zu begründen.

5.2. Da sich die Unterlassungsbegehren außer dem Verstoß gegen die Vorschriften des AMG selbst daneben (ausschließlich) auf eine lauterkeitsrechtlich relevante

Verletzung (anderer) genereller Normen, d.h. auf ein sonstiges unlauteres Verhalten i.S.v. § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall UWG stützen, ist die sonst notwendige vorrangige Prüfung des Anhangs zum UWG und der speziellen Regelungen zu irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken nach Ansicht des Senats nicht erforderlich (RIS-Justiz RS0123062 [T2]; 4 Ob 113/08h = MR 2008, 261 [Burgstaller] - *Medium T* = EvBl-LS 2008/37 = ecolex 2008/417 [Schumacher] = wbl 2009/19 = ÖBl-LS 2009/4 = ÖBl-LS 2009/6 = ÖBl-LS 2009/7 = ÖBl-LS 2009/8 = ÖBl-LS 2009/27 = ÖBl 2009, 116 [Gamerith]; allg. *Heidinger* in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 13 ff, insb. Rz 17). Daran ändert auch die ausdrückliche Berufung der klagenden Partei auf einen Verstoß gegen § 1a und § 2 Abs 1 Z 1 und 2 UWG nichts, weil eine kumulative Prüfung nicht vorzunehmen ist (RIS-Justiz RS0123913).

5.3. Das Berufungsgericht sieht den Generaltatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall UWG verwirklicht:

Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht („Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“; 4 Ob 225/07b; 4 Ob 27/08m = ÖBl-LS 2008/101 = ÖBl-LS 2008/102 = ÖBl-LS 2008/116 = ÖBl-LS 2008/140 = ÖBl 2008/66 [Schultes] = RdM-LS 2009/8 = HS 39.444 - *Zigarettenattrappe*; RIS-Justiz RS0078089; 4 Ob 113/08h = MR 2008, 261 [Burgstaller] - *Medium T* = EvBl-LS 2008/37 = ecolex 2008/417 [Schumacher] = wbl 2009/19 = ÖBl-LS 2009/4 = ÖBl-LS 2009/6 = ÖBl-LS 2009/7 = ÖBl-LS 2009/8 =

ÖBl-LS 2009/27 = ÖBl 2009, 116 [*Gamerith*]; *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 694 ff, Rz 735). Missachtet also ein Wettbewerber eine Vorschrift, die seine gesetzestreuen Mitbewerber befolgen, dann verschafft er sich gegenüber diesen ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb, wenn der Verstoß geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu seinen Gunsten zu beeinflussen (RIS-Justiz RS0077985; *Heidinger* in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 133, 152 ff [B2C-Bereich]; *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 821 [zum AMG]).

5.4. Angesichts der Breite der von den beklagten Parteien veranstalteten Kampagne kann hier von einer bloß unerheblichen Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung keine Rede sein (RIS-Justiz RS0078089 [T22, T29]).

6. Die für die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruches erforderliche Wiederholungsgefahr ergibt sich schon aus der Bestreitung der beklagten Parteien und deren Behauptung, zu derartigen Maßnahmen berechtigt zu sein: Bei Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr ist stets maßgebend, ob dem Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit gewichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz RS0012087). Wiederholungsgefahr ist daher bereits anzunehmen, wenn der mit der Unterlassungsklage Belangte sein Unrecht nicht einsieht (RIS-Justiz RS0010497).

7. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963 [insb. T9]; RS0079820; RS0079694). Angesichts der festgestellten Maßnahmen der beklagten Par-

teilen ist die damit in Zusammenhang zu sehende begehrte Veröffentlichungsform dafür angemessen und erforderlich (RIS-Justiz RS0079737 [T4]; RS0079820).

8. Die Ansprüche der klagenden Partei auf Unterlassung und Urteilsveröffentlichung sind daher berechtigt.

9. Die Abänderung in der Hauptsache bedingt auch eine Änderung der Kostenentscheidung erster Instanz. Diese stützt sich auf §§ 41 Abs 1 iVm 46 ZPO. Im Hinblick darauf, dass die beklagten Parteien gegen das Kostenverzeichnis der Klagsvertreterin keine Einwendungen im Sinne des § 54 Abs 1a ZPO erhoben und der Senat dagegen auch keine amtswegigen Bedenken hegt, waren die im erstinstanzlichen Verfahren verzeichneten Kosten der Klagsvertreterin antragsgemäß als der Ersatzpflicht der beklagten Parteien unterliegend zu bestimmen.

Die Entscheidung über die **Kosten des Berufungsverfahrens** beruht auf den §§ 41 Abs und 50 ZPO.

Der Ausspruch über den **Wert des Entscheidungsgegenstandes** stützt sich auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO; es bestand kein Anlass von der Bewertung des Unterlassungsbegehrens durch die klagende Partei abzugehen.

Die **ordentliche Revision** war gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zuzulassen, weil eine Rechtsfrage der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, nicht zu lösen war. Ob unzulässige Arzneimittelwerbung vorliegt, richtet sich stets nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (z.B. 4 Ob 81/07a = ÖBl 2007/64 [Kresbach/Schnider] = RZ 2007,

284 - *Letrozol*).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 31. März 2014

Dr. Maria Schrott-Mader
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG