

Heilmittelwerbegesetz

Kommentar

Bearbeitet von
Von Ulf Doepner, Rechtsanwalt, und Dr. Ulrich Reese, Rechtsanwalt

3., überarbeitete Auflage 2018. Buch. XLII, 1310 S. In Leinen
ISBN 978 3 8006 5523 6
Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm
Gewicht: 1183 g

[Recht > Öffentliches Recht > Medizinrecht, Gesundheitsrecht > Arzneimittelrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Englisch: „designed to promote“; Französisch: „qui vise à promouvoir“; Italienisch: „intesa a promuovere“; Spanisch: „destinada a promover“). Es handelt sich um ein zentrales Definitions- und Abgrenzungskriterium (so Prütting/*Mand* Rn. 7; vgl. EuGH EuZW 2009, 428 Rn. 20 ff. – Frede Damgaard). Aus dem Sprachvergleich folgt, dass dem Kommunikationsmittel in objektiver Hinsicht die Eignung innewohnen muss, den Absatz von AM zu fördern (PharmaR-HdB/*Reese/Holtorf* § 11 Rn. 99). Das Ziel der Absatzförderung ist nicht als Absatzförderungsabsicht iS eines Verschuldensnachweises zu verstehen, vielmehr objektiv-funktional zu ermitteln. Abzustellen ist auf die **objektive Finalität** (Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 11; Prütting/*Mand* Rn. 7; PharmaR-HdB/*Reese/Holtorf* § 11 Rn. 99; aA *Bauer* A&R 2015, 265 (266); ebenso wohl Fezer/Büscher/Obergfell/*Reinhart* S 4 Rn. 422: „... die mit der subjektiven Absicht zur Förderung des Absatzes getätigt werden“; näher → Rn. 64). Maßgeblich ist eine wertende Gesamtbetrachtung der fraglichen Äußerungen im Lichte der Schutzziele des GK (EuGH GRUR 2011, 1160 Rn. 31 ff. – MSD ./ Merckle; Prütting/*Mand* Rn. 7; näher → Rn. 64 f.). Wie im nationalen Recht (vgl. BGH GRUR 1983, 393 (394) – Novodigal/temagin; GRUR 1997, 761 (765) – Politikerschelte; GRUR 2009, 984 Rn. 13 – Festbetragsfestsetzung) folgt aus dem Schutzzweck des GK, dass es vielfach genügen kann, die betreffenden Maßnahmen neben anderen Zwecken auch auf den Absatz eines oder mehrerer AM zu richten (insoweit generalisierend GA *Colomer* Slg. 2009, I-2629 Rn. 38 – Frede Damgaard; zust. BGH GRUR 2009, 984 Rn. 14 – Festbetragsfestsetzung; Einzelheiten str. → Rn. 64 f., 85 ff.). Ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Akteurs am AM-Absatz ist ein wichtiges Indiz dafür, dass mit der Kommunikation eine Absatzförderung bezweckt wird. Letztlich ist aber dieser Faktor für den Werbecharakter ebenso wenig bestimmend wie ein unternehmerisches bzw. gewerbliches Handeln (EuGH EuZW 2009, 428 Rn. 24 ff. – Frede Damgaard; Prütting/*Mand* Rn. 7).

Eine Eignung zur Absatzförderung und damit eine Werbeeigenschaft kann 40
umso eher entfallen, je weniger konkret und produktspezifisch die Kommunikation ausgefallen ist (Prütting/*Mand* Rn. 5; näher → Rn. 63). Soweit allerdings der EuGH der Versendung von AM-Preislisten an Apotheken ohne zusätzliche Angaben über eine therapeutische Wirksamkeit eine Werbeeigenschaft abspricht mit der Begründung, von diesen gehe keine relevante Werbewirkung aus (EuGH GRUR 2008, 264 Rn. 39 – Ludwigs-Apotheke), kann dieser Argumentation nicht zugestimmt werden, da zum einen selbst von einer Erinnerungswerbung absatzfördernde werbliche Effekte ausgehen können (s. § 4 VI) und zum anderen eine ausschließliche kommunikative Herausstellung der Preiswürdigkeit ohne Darstellung medizinisch-pharmakologischer Aspekte auf eine Betonung des Wettbewerbsparameters Preis und damit eine einseitige Preisabsatzwerbung hinausläuft. Richtig scheint insoweit nicht eine Korrektur des europäischen Werbebegriffs im GK, vielmehr ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Titels VIII Werbung unter Rückgriff auf Art. 86 II GK angezeigt (vgl. auch die das Rechtsregime eingrenzende Fassung der Vorgängernorm Art. 1 IV RL 92/28/EWG: „Diese Richtlinie betrifft nicht ...“; im Ausgangspunkt auch zutreffend EuGH GRUR 2008, 264 Rn. 38 – Ludwigs-Apotheke: „vom An-

wendungsbereich ... ausnimmt“; ebenso § 1 VII: „Das Gesetz findet ... keine Anwendung auf ... Preislisten...“; näher → Rn. 42, 126 ff.).

- 41 cc) Um marktbezogene Äußerungen als „Werbung für Arzneimittel“ (s. Art. 86 I GK; Nr. 43 ff. Erwägungsgründe) einstufen zu können, muss die kommunikative Ansprache der Adressaten eine hinreichend eindeutige und erkennbare Bezugnahme auf ein oder mehrere AM enthalten (Bülow/Ring/Artz/Brixius/*Brixius* Rn. 3; Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 6; s. auch Ö-OGH wbl 2015, 109 (110) – Pneumokokkenimpfung). Dieser **Produktbezug** unterscheidet die GK-relevante Absatzwerbung von sonstigen Richtlinienirrelevanten Formen der Wirtschaftswerbung, insbesondere der Unternehmenswerbung und anderen Formen der allgemeinen Vertrauenswerbung (näher → Rn. 70 ff.).
- 42 dd) **Art. 86 II GK** enthält eine **negative Abgrenzung** des Anwendungsbereichs von Titel VIII Werbung durch Anführung von Ausnahmen („Dieser Titel betrifft nicht ...“). Die dortige Eingangsformulierung sowie die systematische Stellung der Vorschrift einschließlich der Bestimmung über die Abgrenzung zu dem Kapitel Titel V (1. Spiegelstr.) lassen erkennen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der werberechtlichen Regelungen klarstellen möchte, nicht aber den Werbebegriff gem. Art. 86 I GK selbst einschränkt (zutreffend insoweit der deutsche Gesetzgeber mit der jeweiligen Formulierung in § 1 V – VIII: „Das Gesetz findet ferner keine Anwendung ...“). Zumindest missverständlich sind Äußerungen in der Lit., die kommunikative Aktivitäten lt. Art. 86 II GK aus dem Werbebegriff selbst herausnehmen (vgl. Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 8; Prütting/*Mand* Rn. 26 ff.; MüKoUWG/*Schaffert* UWG § 4 Nr. 11 Rn. 233; *Stallberg* PharmR 2010, 214 (216); näher → Rn. 126 ff.).
- 43 c) **Richtlinienkonforme Auslegung.** Trotz der grundsätzlichen Tendenz des GK zur Vollharmonisierung (→ Einl. Rn. 53, 103 f.) verstößt der deutsche Gesetzgeber, wenn er von einer Umsetzung des europäischen Werbebegriffs gem. Art. 86 I GK abgesehen hat, nicht gegen den sich aus Art. 288 III AEUV iVm Art. 4 III EUV ergebenden Umsetzungsbefehl. Die dem nationalen Gesetzgeber verbleibende Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung der materiell-rechtlichen Harmonisierung bedeutet umso mehr eine freie Wahl der „Rechtstechnik“, je offener und unbestimmter die Richtlinienbestimmung ausgestaltet ist. Angesichts der Weite, Unschärfe und Lückenhaftigkeit der europäischen Definition der Werbung (→ Rn. 34) hat der deutsche Gesetzgeber mit seiner Entscheidung, es bei dem unbestimmten Rechtsbegriff „Werbung“ zu belassen, nicht der Umsetzungspflicht zuwidergehandelt (vgl. zu diesbezüglichen Konkretisierungsanforderungen EuGH Slg. 1983, 3273 (3286 f. Rn. 9) – Kommission ./. Italien; Grabitz/*Hilf*/*Nettesheim/Nettesheim* AEUV Art. 288 Rn. 121; *Streinz* AEUV Art. 288 Rn. 93). Etwaigen verbleibenden Zweifeln hat der deutsche Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er den präziser gefassten Ausnahmekatalog in Art. 86 II GK sukzessive in § 1 V–VIII umgesetzt hat (→ Rn. 23 f.).
- 44 Angezeigt ist eine **richtlinienkonforme Auslegung** (→ Einl. Rn. 78 ff.; Prütting/*Mand* Rn. 2). Allerdings wäre es verfehlt, von einer Identität des in § 1 I und in Art. 86 I GK enthaltenen Werbebegriffs zu sprechen (so aber

Prütting/*Mand* Rn. 2). Überall dort, wo die europarechtlichen Vorgaben präzise ausformuliert sind (so in Art. 86 II GK), ist von einer Vollharmonisierung auszugehen, mit der Folge, dass die konkreten Vorgaben des GK maßgeblich sind (so verallgemeinernd BGH GRUR 2008, 1014 Rn. 21 – Amlodipin; Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 3; MüKoUWG/*Schaffert* UWG § 4 Nr. 11 Rn. 233). Bezüglich einiger Abgrenzungsthemen enthält der GK jedoch keine Spezifikationen (zB Unternehmens- und sonstige Formen der Vertrauenswerbung, Schleichwerbung und product placement im Verhältnis zu heilmittelwerberechtlichen Pflichtangaben nach § 4 u.a. mehr → Rn. 21). Insoweit ist von einer Kongruenz von Richtlinienbestimmtheit und nationaler Gestaltungsfreiheit auszugehen: je offener und unbestimmter die RL-Bestimmung ist, umso größere Gestaltungsspielräume bestehen für die nationalen Gesetzgeber und, wenn der nationale Gesetzgeber wie vorliegend auf eine weitergehende Konkretisierung verzichtet, für die nationale Rechtsprechungspraxis. Die richtlinienkonforme Auslegung des Werbebegriffs hat **einheitlich** zu erfolgen, gilt also auch für die Absatzwerbung für nicht vom GK erfasste Werbeobjekte des HWG (ebenso BGH GRUR 2008, 1014 Rn. 21 – Amlodipin; Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 3; *Gothe* WRP 2013, 1290f.; Prütting/*Mand* Rn. 2). Der deutsche Gesetzgeber hat sich durch Schaffung des im Anwendungsbereich des HWG uneingeschränkt geltenden Ausnahmekatalogs in § 1 V–VIII einer **überschießenden Richtlinienumsetzung** bedient und damit zu erkennen gegeben, dass er keine Normspaltung wünscht. Es werden so Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten vermieden (vgl. grundsätzlich zu dieser Thematik BGHZ 150, 248 (261); *Gothe* WRP 2013, 1290f.; *Höpfner/Rüthers* ACP 209 (2009), 1 (28ff.); *Mayer/Schürmbrand* JZ 2004, 545 (550f.)).

d) **Prüfschritte.** Bei dem Begriff „Werbung“ handelt es sich um ein **deskriptives Tatbestandsmerkmal**, dem ein deskriptives Vorverständnis mit einer impliziten normativen Wertung innewohnt, dh ausgehend von der deskriptiv-phänomenologischen Erfassung der Werbung als Kommunikation im Wirtschaftsleben bedarf es einer inhaltlichen Konturierung und Abgrenzung des genauen Gehalts unter Berücksichtigung des Schutzzwecks und der systematischen Stellung des heilmittelwerberechtlichen Werbebegriffs sowie der gesetzlich fixierten Ausnahmen (s. näher zum Begriff deskriptives Tatbestandsmerkmal MüKoStGB/*Freund*, 2. Aufl. 2011, StGB Vor §§ 13 ff. Rn. 15f.). Dieses Verständnis legt heilmittelwerberechtlich ein gedankliches Vorgehen in **vier Prüfschritten** nahe, wobei diese operationell ineinander übergehen können:

- (1) **Deskriptiv-phänomenologische Erfassung** der Werbung als Kommunikationsprozess zu Absatzzwecken im Wirtschaftsleben;
- (2) **normative inhaltliche Bestimmung und Eingrenzung** des werblichen Phänomens unter Berücksichtigung der Zielsetzung des HWG und der gesetzessystematischen Zusammenhänge;
- (3) Prüfung einer Einschränkung des Anwendungsbereichs des HWG wegen Vorliegens eines **Ausnahmetatbestands**;
- (4) Prüfung der **Richtlinienkonformität** gem. dem Wortlaut von Art. 86 GK, dem Schutzzweck der Werberegulierungen des GK und der syste-

matischen Einbindung der Titel VIII „Werbung“ und VIIIa „Information und Werbung“ des GK in das Gesamtkonzept des GK, insbesondere unter Berücksichtigung von Titel V „Etikettierung und Packungsbeilage“ des GK.

2. Werbung

46 Der Nestor der deutschen Werbewissenschaft Seyffert formulierte Ende der 20er Jahre des 20. Jahrhunderts eine bis Anfang der 60er Jahre als richtungweisend geltende Definition der Werbung:

„Werbung ist eine Beeinflussungsform, die durch planmäßige Mittelanwendung veranlassen will zum selbstgewollten Aufnehmen, Erfüllen und Weiterpflanzen des von ihr angebotenen Zweckes.“ (Seyffert Werbelehre Bd. I S. 7)

47 Durch diese allzu normativ geprägte Definition wird der Gegenstand der Werbung von vornherein auf einen politisch für wünschenswert gehaltenen Sachverhalt eingegrenzt. Werbliche Maßnahmen, die darauf abzielen, Konsumenten gegen ihren Willen zu beeinflussen und deren willentliche, rationale Aufnahme einer Werbebotschaft zu unterlaufen, werden in der Betrachtung außer Acht gelassen, „da sie keine Werbung sind“ (Seyffert Werbelehre Bd. I S. 6; s. Kritik von Behrens III S. 3f.; Grunewald Vollzugsdefizite S. 33 ff.; Kroeber-Riel/Gröppel-Klein Konsumentenverhalten S. 672f.). Diese idealisierende, realitätsfremde und gegen Werbekritik immunisierende Definition wurde in der Folge vor allem durch eine begriffliche Bestimmung von K. C. Behrens abgelöst:

„Werbung ist eine absichtliche und zwangsfreie Form der Beeinflussung, welche Menschen zur Erfüllung der Werbeziele veranlassen soll.“ (Behrens I, 1. Aufl. 1963, S. 12)

48 Durch die Eingrenzung der Werbung auf eine „zwangsfreie Form der Beeinflussung“ (Huth/Pflaum Einführung S. 15; Kloss Werbung S. 6) enthält dieser Werbebegriff weiterhin eine normative Vorgabe und ein nicht allen Gestaltungsvarianten der Werbung gerecht werdendes Element (s. Behrens III S. 4). Die modernen Vertreter der Betriebs-, Werbe- und Verhaltenswissenschaft verzichten auf derartige normativ-definitive Einschränkungen bei der Umschreibung der Werbewirkungen und -zielsetzungen, beschränken sich vielmehr auf eine phänomenologische Deskription. Danach ist Werbung:

- ein Kommunikationsprozess,
- ein Beeinflussungsvorgang,
- auf Veränderung von Einstellungen und Verhaltensweisen gerichtet,
- der gezielte Versuch, letzteres zu erreichen.

(Behrens III S. 4; Kroeber-Riel/Gröppel-Klein Konsumentenverhalten S. 671; Fezer/Peifer, 2. Aufl. 1999, UWG § 5 Rn. 50ff.).

Zusammengeführt ergeben diese vier Elemente folgende

49 **Definition:** Werbung ist eine Form der beeinflussenden Kommunikation, durch die versucht wird, Einstellungen und Verhaltensweisen der Adressaten im Sinne einer werblichen Zielsetzung zu verändern.

Wirtschaftswerbung als ziel- und zweckorientiertes Kommunikationsprinzip umfasst sowohl die heilmittelwerberechtlich allein relevante **Absatzwerbung** (produkt- bzw. leistungsbezogene Werbung) als auch die **allgemeine Vertrauenswerbung** (PR-Werbung, institutionelle Werbung, Imagewerbung, Öffentlichkeitsarbeit), die darauf abzielt, ohne Bezug auf die in § 1 erwähnten Wirtschaftsgüter die Öffentlichkeit über Unternehmen, eine Branche oder bestimmte Anbietergruppen aufzuklären, Vertrauen zu gewinnen und Misstrauen zu beseitigen (vgl. hierzu *Baumbach/Hefermehl UWG* Vor §§ 3–10 Rn. 4; *Behrens* I S. 13; *Doepner WRP* 1993, 445 (446); *Gröning/Mand/Reinhart/Gröning* Rn. 21 ff.; *Hutb/Pflaum* Einführung S. 16 f.; *Kleist/Hess/Hoffmann* Rn. 13 f.; *Scheller GRUR* 1991, 101 ff.; zur Abgrenzung näher → Rn. 85 ff.).

3. Absatzwerbung

a) **Definition.** Eine heilmittelwerberechtlich relevante Werbung sind alle informationsvermittelnden und meinungsbildenden Aussagen, die darauf abzielen, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu erwecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Leistungen iSv § 1 zu beeinflussen (diese Definition übernehmen OLG Hamburg MD 2008, 650 (659); MD 2009, 662 (668); OLG Hamm MD 2008, 285 (287); PharmR 2010, 408 (409); MD 2014, 684 (687); KG PharmR 2005, 196 (202) – Dr. Rath; Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 5; Fezer/Büscher/Obergfell/*Reinhart* S 4 Rn. 424; *Riegger Heilmittelwerber* S. 10). Ähnlich lauten die begrifflichen Umschreibungen des BGH:

„Produkt- oder leistungsbezogene Aussagen sind heilmittelrechtlich Werbung, wenn sie darauf angelegt sind, die Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise zu erregen, deren Interesse zu wecken und damit den Absatz von Waren oder Leistungen zu fördern“ (BGH GRUR 1995, 612 (613) – *Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie*)

bzw.

„Die Werbung für ein Arzneimittel i.S.v. § 1 I HWG umfasst alle produkt- oder leistungsbezogenen Aussagen, die darauf angelegt sind, den Absatz des beworbenen Arzneimittels zu fördern.“ (BGH GRUR 2009, 984 Rn. 13 – *Festbetragsfestsetzung*; OLG Frankfurt MD 2013, 430 (432)).

Diese definitorischen Bestimmungen stehen weitgehend im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben in Art. 86 I GK (BGH GRUR 2009, 984 Rn. 14 – *Festbetragsfestsetzung*; OLG Frankfurt MD 2013, 430 (432); Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 5; Prütting/*Mand* Rn. 3; → Rn. 32 ff.).

b) **Merkmale.** aa) **Werbeaussagen.** Der in der Werbedefinition enthaltene Begriff der Aussagen ist in einem weiteren Sinne als Oberbegriff für sämtliche Formen einer kommunikativen Ansprache potentieller Werbeadressaten zu verstehen. Dieser **weite Begriff** umfasst alle verbalen und nonverbalen kommunikativ wirkenden Verhaltensweisen (s. insoweit zu dem wettbewerbsrechtlichen Werbebegriff KBF/*Köhler UWG* § 6 Rn. 60; Fezer/Büscher/Obergfell/*Peifer/Obergfell UWG* § 5 Rn. 50).

Nach Art der eingesetzten Werbeträger und Werbemittel lässt sich zwischen der häufigeren und bedeutsameren **Wort-, Ton- und Anschauungs-**

werbung, die verbal und nonverbal das Publikum anspricht, und der **Wertwerbung** mittels Wertwerbemitteln unterscheiden (letztere häufig auch un- schön Wertreklame genannt; zu dem Begriff der Wertwerbung vgl. näher → Vor § 7 Rn. 1; *Lehmann*, Die Werbung mit Geschenken, 1974, 5). Beim werblichen Einsatz der Wertwerbung wird primär nicht etwas über eine Ware oder Leistung ausgesagt, sondern durch eine Ware oder Leistung, die aber nicht identisch mit der Ware oder Leistung sein muss, für die geworben wird: Der Werbeadressat erhält – zumeist völlig unentgeltlich oder aber doch stark verbilligt – einen konkreten materiellen Wert, eine geldwerte Vergünstigung (s. hierzu BGH GRUR 1990, 1041 (1042) – Fortbildungskas- setten; GRUR 2011, 1163 Rn. 15 – Arzneimitteldatenbank; GRUR 2012, 1279 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; → § 7 Rn. 48 ff.).

55 Die heilmittelwerberechtlich relevante Absatzwerbung umfasst sowohl die **Anpreisung** als eine besonders eindringliche Art der wertenden Wer- bung (s. *Doepner* WRP 1977, 318 (323); *Riegger* Heilmittelwerber S. 11; *Zipfel/Rathke/Sosnitzka* Rn. 17; aA *Bernhardt* HWG S. 23, der „Anprei- sung“ und „Anpreisen“ mit „Werbung“ und „Werben“ gleichsetzt) wie auch eine nüchterne, objektiv gehaltene **Sachinformation**. Der BGH hat die ur- sprünglich praktizierte inhaltliche Trennung zwischen einer „sachlichen In- formation“ (BGH GRUR 1970, 558 (560) – Sanatorium) bzw. einer „sach- bezogenen Aufklärung“ (BGH GRUR 1972, 372 – Pflanzensäfte) einerseits und einer Wirtschaftswerbung andererseits später aufgegeben (BGH GRUR 1991, 860 (861) – Katovit; GRUR 1995, 612 (613) – Sauerstoff-Mehrschritt- Therapie; GRUR 1999, 179 (181) – Patientenwerbung; OLG Hamburg PharmR 1999, 252 (255 f.); MD 2007, 1200 (1204)). Diese neuere Auffassung der Rspr. wird auch von der hM in der Lit. geteilt (*Doepner/Reese* GRUR 1998, 761 (762); *Gröning/Mand/Reinhart/Gröning* Rn. 13; *Kleist/Hess/ Hoffmann* Rn. 5; *Prütting/Mand* Rn. 6; *Riegger* Heilmittelwerber S. 11; *Scholz* PharmR 1997, 244 (245); *Weibe-Gröning* WRP 1997, 409 (411); aA *Bernhardt* HWG S. 23; *Engler/Räpple/Rieger* Werben und Zuwenden S. 10; *Schmidt-Felzmann* PharmR Nr. 6/79, 23 (24 ff.); *Strunz* HWG S. 33). Ein derart weit gefasster Werbebegriff entspricht dem allgemeinen Schutzzweck des Heilmittelwerberechts (→ Einl. Rn. 146 ff.) und der speziellen Zielset- zung von § 4, ein Mindestmaß an sachlichen Informationen der Werbeadres- saten zu gewährleisten (→ § 4 Rn. 20 ff.); er berücksichtigt auch die Erwar- tungshaltung des Verkehrs, der im Bereich der Gesundheitswerbung keineswegs nur einseitige, reklamehafte oder sonstige anpreisende Darstel- lungen erwartet, sondern auch sachlich gehaltene Information (*Doep- ner/Reese* GRUR 1998, 761 (762)).

56 Im Übrigen korrespondiert mit dieser weiten Auslegung auch das Selbst- verständnis der Pharmaindustrie, die an Fachkreise zu Werbezwecken ge- richtete Arzneimittelinformationen als „**Wissenschaftliche Informationen**“ bezeichnet, womit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass AM als eine Ware besonderer Art besonders erklärungsbedürftig sind und die Industrie sich darum bemüht, wissenschaftliches Erkenntnismaterial zur Information des Arztes und Apothekers auszuwerten und aufzubereiten (s. *Hannse* PharmInd 1977, 312). Diese Sicht stimmt auch mit den europarechtlichen Vorgaben des GK überein, der nicht nur in Art. 86 I GK eine sehr weit ge-

fasste Definition des maßgeblichen Werbebegriffs enthält (→ Rn. 6), sondern darüber hinaus in Art. 89 I lit. b GK vorschreibt, dass jede Öffentlichkeitswerbung für ein AM mindestens die für eine „sinnvolle Verwendung des Arzneimittels unerlässlichen Informationen“ enthalten muss und weitergehend in einer Werbung bei den im Gesundheitswesen tätigen Personen „die wesentlichen Informationen im Einklang mit der Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels“ (Art. 91 I GK). Dem GK liegt erkennbar die Auffassung des europäischen Gesetzgebers zugrunde, dass auch die im Rahmen der Öffentlichkeitswerbung vorgeschriebenen Mindestinformationen als Bestandteil der Absatzwerbung für AM zu qualifizieren seien (str.; näher → Rn. 3).

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass der GK begrifflich zwischen Werbung und **Information** unterscheidet (s. GA *Colomer* Slg. 2009, I-2629 Rn. 38 – Frede Damgaard). Rein informatorische Angaben, die nicht von einer Absatzförderungsabsicht getragen werden (→ Rn. 64 f.), stellen keine Absatzwerbung dar bzw. fallen nicht in den Anwendungsbereich von GK und HWG (EuGH GRUR 2011, 1160 Rn. 31 f. – MSD ./ Merckle; s. auch *Bauer A&R* 2015, 265 ff.). Ein Beispiel einer reinen Informationsvermittlung ist eine umfassende elektronische Datenbank über AM in einer tendenziell wettbewerbsneutralen Ausgestaltung, weil ohne Zugangsbeschränkung versehen (OLG Frankfurt MD 2005, 11 (12)). Verfehlt ist die Auffassung des OVG Münster, der Werbecharakter eines firmeneigenen Biosiegels auf einer AM-Packung folge daraus, dass ihm ein konkreter Informationsgehalt fehle (OVG Münster PharmR 2013, 463 (464); PharmR 2016, 54 (55)).

Wissenschaftliche Publikationen und Aussagen eines unabhängigen Wissenschaftlers sind grundsätzlich nicht von einer Absatzförderungsabsicht getragen und stellen deshalb selbst dann keine Absatzwerbung dar, wenn darin HM namentlich erwähnt und positiv bewertet werden, von ihnen also objektiv gesehen ein werblicher Effekt ausgeht (OLG Hamburg PharmR 1996, 212 (214); MD 1999, 857 (861); Spickhoff/*Fritzsche* Rn. 16; Gröning/Mand/Reinhart/*Gröning* Rn. 28 ff.; Prütting/*Mand* Rn. 20 f.; *Riegger* Heilmittelwerber S. 14; näher → Rn. 103). Soweit sie von der Anbieterseite mit dem Ziel der Absatzförderung instrumentalisiert werden, können sie Bestandteil einer heilmittelwerberechtlich relevanten Absatzwerbung sein. Dies gilt auch für **Arzneimittelstudien** (→ Rn. 104).

Ausgehend von dem weiten heilmittelwerberechtlichen Werbebegriff ging ein Teil der Rspr. noch weiter und unterwarf dem Anwendungsbereich des HWG auch die **arzneimittelrechtlich vorgeschriebenen Gebrauchsinformationen** für die Packung und Packungsbeilage (s. KG WRP 1994, 111 (113 ff.); GRUR 1995, 684 (686 ff.); OLG Frankfurt PharmR 1995, 140 (143); OLG Köln PharmR 1997, 190 ff. und 542 ff.; OLG Schleswig MD 1997, 167 (169 f.); MD 1998, 338 ff.; zust. Bülow/Ring/*Bülow*, 1. Aufl. 1996, § 1 Rn. 2, § 10 Rn. 8, § 11 Nr. 6 Rn. 22; dahin tendierend auch BGH GRUR 1991, 860 (861) – Katovit). Diese Ansicht hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Im Ergebnis besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass der im Ausgangspunkt rein deskriptiv phänomenologisch zu verstehende weite heilmittelwerberechtliche Werbebegriff den Anwendungsbereich des HWG insoweit nicht bestimmen kann, als nach dem Willen des nationalen wie des europäi-

schen Gesetzgebers den Adressaten Angaben erreichen sollen, die arzneimittelrechtlich für die Packung oder Packungsbeilage vorgeschrieben oder insoweit gestattet sind. Die gesetzessystematisch wie teleologisch bedingte **normative Korrektur** hat insoweit unabhängig von der etwaigen Werbeeignung, der Kennzeichnung und den diesbezüglichen Intentionen des Werbenden zu erfolgen (so im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch zT mit unterschiedlicher Begründung BGH GRUR 2001, 176 (177) – Myalgien; GRUR 2008, 1014 Rn. 21 – Amlodipin; GRUR 2009, 988 Rn. 9 – Arzneimittelpräsentation im Internet; *Beuthin/Schmölz* GRUR 1999, 297 (299); Prütting/*Mand* Rn. 2, 6, 28f.; *Fezer/Büscher/Obergfell/Reinhart* S 4 Rn. 425; *Riegger* Heilmittelwerber S. 19f.; *Zipfel/Rathke/Sosnitza* Rn. 25f.; zu Recht abweichend bzgl. Gebrauchsinformationen für MP OLG München LMRR 2002, 120 (121f.); näher zu Einzelheiten und der unterschiedlichen dogmatischen Begründung → Rn. 140).

60 Auch die passive und neutrale **Bereitstellung** der vollständigen **Packungsbeilage** und der **Fachinformationen** von AM im **Internet**, die im Rahmen des Zulassungsverfahrens behördlicherseits geprüft wurden, fällt aus dem Anwendungsbereich des HWG heraus (s. § 1 VIII; Art. 86 II 1. Spiegelstr. GK; s. mit unterschiedlicher Begründung EuGH GRUR 2011, 1106 Rn. 43, 48 – MSD ./ Merckle; *Gellissen* Arzneimittelwerbung S. 153ff.; *Lorz* GRUR Int. 2005, 894 (898f.); *Mand* WRP 2003, 192 (195ff.); Prütting/*Mand* Rn. 6 und 33ff.; *Stallberg* WRP 2010, 56 (60ff.); näher → Rn. 140ff.)

61 Das Vorliegen einer Absatzwerbung unterliegt qualitativen, nicht quantitativen Kriterien. Auch werbliche **Kurzbotschaften** wie Formen der Erinnerungswerbung iSv § 4 VI, die Marke eines AM oder die bloße Aufzählung eines Therapieverfahrens können den Aussagegehalt einer Absatzwerbung ausmachen (BGH GRUR 1983, 595 (596f.) – Grippewerbung III; GRUR 1996, 806 (807) – HerzASS; KG ES-HWG § 1 „Werbung“/Nr. 26: „Aslan-Kur“; *Gröning/Mand/Reinhart/Gröning* Rn. 25; zu eng: BayObLG SRH VIII, 34, das darauf abstellt, ob eine Hervorhebung von Erfolgen bestimmter HM im Einzelfall konkret den in Betracht kommenden Personenkreisen vermittelt, in welchem Falle ihnen die Anwendung von Nutzen sein kann; KG ES-HWG § 11 Nr. 6/Nr. 27, das die schlichte Aufzählung von Therapiearten ohne Hinweis auf Anwendungsmöglichkeiten („Neuraltherapie“) als heilmittelwerberechtlich irrelevant ansieht; ähnl. einschränkend auch *Schneider* Heilmittelwerbung S. 39, der fordert, dass es regelmäßig auch der Angabe eines bestimmten Indikationsbereichs des beworbenen HM bedürfe, damit es dem Verbraucher möglich sei, dieses konkret mit einem Krankheitsbefund in Verbindung zu bringen). Werbephänomenologisch ist auch eine AM-Bezeichnung auf der Verpackung oder in der Gebrauchsinformation Bestandteil einer Absatzwerbung; normativ erfährt der grundsätzlich durch den weiten Werbebegriff bestimmte extensive Anwendungsbereich des HWG aber insoweit eine gesetzessystematisch und teleologisch bestimmte Korrektur durch den Vorrang der Kennzeichnungsbestimmungen und -befugnisse des Arzneimittelrechts (→ Rn. 140ff.).

62 **bb) Eignung zur Absatzförderung.** Heilmittelwerberechtlich relevant sind werbliche Äußerungen nur dann, wenn ihnen objektiv die Eignung zur