

Neues aus der Rechtsprechung

Werbung für Medizinprodukte – Tendenzen und Ausblick

Miriam Wirth, LL.B., Dr. Christian Tillmanns, München*

Der rechtliche Rahmen für die Medizinprodukte-Werbung im Heilmittelwerbegesetz (HWG) ist in einigen Bereichen deutlich liberaler ausgestaltet als für die Arzneimittelwerbung. Gleichwohl gibt es auch im Rahmen der Medizinprodukte-Werbung viele Fallstricke und Besonderheiten. Dieser Beitrag liefert einen Überblick über die jüngste einschlägige Rechtsprechung auf diesem Gebiet und gibt einen Ausblick auf aktuelle Entwicklungen.

Aktuelle Rechtsprechung zum Irreführungsverbot gemäß § 3 HWG

In Bezug auf Werbung mit therapeutischen Wirkaussagen ist nach wie vor aktuell und von besonderer praktischer Relevanz, welche Anforderungen an die wissenschaftliche Absicherung von entsprechenden Angaben, wie zum Beispiel auch die Auslobung der medizinischen Zweckbestimmung, zu stellen sind.

Anforderungen an den wissenschaftlichen Beleg zur Absicherung von Werbeaussagen

Bedeutung der CE-Zertifizierung
Nach der derzeit vielfach in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung führt die Überprüfung der Grundlegenden Anforderungen (§ 7, § 1 MPV MPG) durch die Benannte Stelle im Rahmen des Konformitätsbewertungsverfahrens zu keiner Tatbestands- und Bindungswirkung, die der arzneimittelrechtlichen Zulassung entsprechen würde.¹

Dies stellt einen ganz entscheidenden Unterschied zur Werbung für Arzneimittel dar: hier kann sich der

Werbende nach der BGH-Entscheidung in Sachen Basisinsulin mit Gewichtsvorteil² zum Beleg seiner Werbeaussage grundsätzlich auf den Inhalt der Zulassung stützen, wie er in dem Zulassungsbescheid und in der Fachinformation seinen Ausdruck gefunden hat, sog. „Tatbestandswirkung“ des Zulassungsverwaltungsaktes.³ Eine Irreführung kann dann (nur noch) in Betracht kommen, wenn der Kläger darlegt und erforderlichenfalls beweist, dass neuere, erst nach dem Zulassungszeitpunkt bekannt gewordene oder der Zulassungsbehörde bei der Zulassungsentscheidung sonst nicht zugängliche wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die gegen die – indiziell belegte – wissenschaftliche Tragfähigkeit der durch die Zulassung belegten Aussagen sprechen.⁴

Zur Bedeutung der CE-Zertifizierung für die Werbung mit zweckbestimmungsentsprechenden Leistungs- und Wirkangaben

In der Literatur wird schon seit einiger Zeit für eine differenzierende Betrachtung für Werbeaussagen im Rahmen der Zweckbestimmung einerseits und über die Leistung, Wirksamkeit und Zwecktauglichkeit

hinausgehende Werbeaussagen andererseits plädiert.⁵ Immerhin ist die Wiedergabe der Zweckbestimmung für zertifizierte Medizinprodukte auf der Produktkennzeichnung und in der Gebrauchsanweisung nach Anhang I Ziff. 13.4 RL 93/42/EWG verpflichtend vorgeschrieben, soweit diese nicht ohnehin für den Anwender des Produkts offensichtlich ist.⁶

In einer aktuelleren Entscheidung hatte das LG Hamburg⁷ betreffend der Zweckbestimmung eines Medizinprodukts der Klasse II entsprechenden Angaben auf der Umverpackung und in der Gebrauchsinformation begrüßenswerterweise entschieden, dass ein Verbot der auf der Verpackung und in der Gebrauchsinformation enthaltenen, der Zweckbestimmung entsprechenden Angaben aus heilmittelwerblichen Gründen nicht untersagt werden dürfe. Dies sei mit dem Behinderungsverbot nach Art. 4 RL 93/42/EWG, welches es verbietet, das Inverkehrbringen von CE-zertifizierten Medizinprodukten zu behindern, nicht vereinbar.

Das OLG Hamburg⁸ hat hingegen in einem parallelen Eilverfahren eine Bindungswirkung der CE-Zertifizierung abgelehnt. Dies mit den bekannten Argumenten: die Durchführung des Konformitätsbewertungsverfahrens lasse gemäß § 6 Abs. 4 MPG die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Herstellers und damit auch etwaige Ansprüche nach dem UWG unberührt und die Zertifizierung durch die Benannte Stelle habe nicht den Charakter eines Verwaltungsakts⁹. Auch mit dem Behinderungsverbot hat sich das OLG Hamburg eingehend auseinandergesetzt, ging jedoch davon aus, dass die Benannte Stelle im Rahmen

des gewählten vollständigen Qualitätssicherungssystems nicht geprüft habe, ob das Produkt zur Erreichung der Zweckbestimmung geeignet ist¹⁰. Überwiegend wahrscheinlich sei lediglich die Produktsicherheit im Rahmen der Prüfung des vollständigen Qualitätssicherungssystems untersucht worden.

Wie bereits an anderer Stelle in der Literatur zutreffend ausgeführt¹¹, überzeugt diese Entscheidung des OLG Hamburg hinsichtlich des Prüfungsumfanges für eine CE-Zertifizierung nicht. Denn auch im Rahmen des gewählten Konformitätsbewertungsverfahrens eines vollständigen Qualitätssicherungssystems wird produktspezifisch die Übereinstimmung der Produkte mit den einschlägigen Bestimmungen von der Auslegung bis zur Endkontrolle sichergestellt. Es bleibt abzuwarten, ob die vorgenannte Rechtsprechung auch unter dem Blickwinkel der neuen und erweiterten Vorgaben zum Konformitätsbewertungsverfahren nach Geltungsbeginn der Verordnung (EU) Nr. 2017/745 über Medizinprodukte (MDR)¹² zum 26. Mai 2021 Bestand haben wird, denn zunächst entfällt § 6 Abs. 4 MPG, wonach die Durchführung von Konformitätsbewertungsverfahren die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit unberührt lässt, mit dem Außerkrafttreten des MPG ersatzlos.¹³ Weiterhin kann wohl nach wie vor nicht die Rede davon sein, dass die Wirksamkeit/Funktionstauglichkeit von Medizinprodukten im Rahmen der CE-Zertifizierung nicht geprüft wird. Art. 52 MDR schreibt künftig unter Verweis auf die jeweils einschlägigen Anhänge das jeweils anzuwendende Konformitätsbewertungsverfahren vor. Für sämtliche Produkte der Klas-

sen IIa, IIb und III wird hinsichtlich des Konformitätsbewertungsverfahrens Anhang IX Abschnitt 4 in Bezug genommen, wonach der Antrag die technische Dokumentation gemäß den Anhängen II und III umfasst und Teil der Bewertung durch die Benannte Stelle ist. In der Literatur¹⁴ wird daher zutreffend darauf hingewiesen, dass den dortigen Anforderungen nicht entnommen werden könne, dass sich die Benannte Stelle auf eine reine Plausibilitätsprüfung beschränke.¹⁵

Anforderungen an den Grad der wissenschaftlichen Absicherung: „Goldstandard“ nicht unbedingt erforderlich

In jedem Falle kommt im Wettbewerbsprozess der Frage, welche Anforderungen an die wissenschaftliche Absicherung von Werbeangaben für Medizinprodukte zu stellen sind, in der Praxis eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Für Arzneimittel ist seit der Entscheidung des BGH in Sachen Basisinsulin mit Gewichts-vorteil¹⁶ hinsichtlich des Nachweises von gesundheitsbezogenen Werbeaussagen unter Bezugnahme auf Studienergebnisse unter Beachtung des heilmittelwerberechtlichen Strengeprinzips klargestellt, dass diese nur dann den Anforderungen an einen hinreichenden wissenschaftlichen Beleg genügen, wenn sie nach den anerkannten Regeln und Grundsätzen wissenschaftlicher Forschung durchgeführt und ausgewertet wurden. Dafür ist nach dem BGH im Regelfall erforderlich, dass eine randomisierte, placebokontrollierte Doppelblindstudie mit einer adäquaten statistischen Auswertung vorliegt, die durch die Veröffentlichung in den Diskussionsprozess der Fachwelt einbezogen worden ist (sog. „Goldstandard“).

Zunächst wurden in der Rechtsprechung diese für Arzneimittel entwickelten Anforderungen unbesehen auch für Medizinprodukte übernommen.¹⁷ Dabei wurde jedoch unberücksichtigt gelassen, dass Medizinprodukte nicht nur regelmäßig ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen, sondern auch auf regulatorischer Ebene für die Zertifizierung – abhängig von der Klasse der Medizinprodukte – grundlegend unterschiedliche Anforderungen bestehen und beispielsweise eine Placebokontrolle vielfach gar nicht umsetzbar ist.¹⁸

Inzwischen scheint sich daher in der Rechtsprechung einiger Obergerichte eine Tendenz durchzusetzen, diesen Unterschieden Rechnung zu tragen.¹⁹ Jedenfalls dann, wenn der Wirknachweis für ein Medizinprodukt anhand objektiv messbarer Ergebnisse geführt werden könne und nicht die Gefahr der Verzerrung der Studienergebnisse durch subjektive Empfindungen der Teilnehmer bestehe, habe eine Einzelfallprüfung anhand vorgelegter Studien und weiterer Umstände zu erfolgen, führte auch zuletzt das OLG Hamburg²⁰ aus.

Doch auch wenn die Rechtsprechung inzwischen vielfach die Möglichkeit eines geringeren Grades der wissenschaftlichen Absicherung anzuerkennen scheint, gibt es bis dato nach Kenntnis der Verfasser keine gesicherte positive Rechtsprechung dazu, welcher Grad der wissenschaftlichen Absicherung für Medizinprodukte in welchen konkreten Fällen tatsächlich ausreichend sein soll. Denn in nahezu allen Entscheidungen wurde trotz Anerkennung des Ausreichens einer gegebenenfalls geringeren Evidenz am Ende letztlich doch das Vorliegen eines hinreichenden wissenschaftlichen Belegs verneint.

Dies lag häufig daran, dass die in der streitgegenständlichen Werbung in Bezug genommenen Studien die konkret angegriffene Werbeaussage nicht hinreichend belegen konnten. So verneinte beispielsweise das OLG Hamburg²¹ im Hinblick auf die ausgelobte unterstützende Wirkung eines Mittels zur Gewichtsreduktion im Rahmen einer kalorienarmen Ernährung die wissenschaftliche Absicherung eines Wirkungsnachweises u. a. mit einer Studie, welche den unterstützenden Beitrag zur Gewichtsreduktion lediglich bei Beibehaltung der Ess- und Lebensgewohnheiten untersuchte. Da eine kalorienarme Ernährung regelmäßig Auswirkungen auf den Stoffwechsel, das Körperempfinden und die Psyche des Diäthaltenden habe, lasse sich auch nicht pauschal im Wege eines Erst-Recht-Schlusses sagen, dass ein Produkt, welches ohne Kalorienreduktion die Behandlung von Übergewicht und Adipositas unterstützt, einen solchen unterstützenden Beitrag auch (erst recht) im Rahmen einer kalorienarmen Ernährung leistet.

Vielfach wurde in der Werbung aber auch versäumt, auf Einschränkungen der Studie, z. B. die fehlende Veröffentlichung hinzuweisen.²² Erforderlich ist z. B., dass auf den Umstand der fehlenden Veröffentlichung und die damit einhergehende geringere Aussagekraft in der Werbung hingewiesen wird²³, wobei der Hinweis „data on file“ außerhalb der Fachkreise hierfür jedenfalls nicht genügen dürfte²⁴.

Tatsächlich positiv anerkannt als hinreichenden wissenschaftlichen Beleg hat das LG Hamburg²⁵ eine in vitro-Studie für die beworbene Wirksamkeit eines Kopflausmittels

nach „einmaliger Anwendung“. Das LG Hamburg verwies in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass auch das Robert-Koch-Institut und das Umweltbundesamt ausschließlich in vitro-Studien durchführe, um die Aufnahme eines Kopflausmittels auf die Entwesungsliste nach § 18 IfSG zu untersuchen und daher auch für private Vertreiber von Kopflausmitteln keine höheren Anforderungen an den Nachweis gestellt werden dürften.

Letztlich eröffnet die jüngere Rechtsprechung durchaus die Möglichkeit, auch Nicht-Goldstandard-Studien als Beleg für Wirksamkeitsaussagen in der Werbung für Medizinprodukte heranzuziehen. Rechtssicherheit, welche Anforderungen an die Werbung im Einzelfall gestellt werden, besteht jedoch nicht. So empfiehlt es sich, in der Werbung zumindest, genau zu prüfen, ob die jeweiligen Studienergebnisse die konkret ausgelobte Werbeaussage belegen können und zudem unmissverständlich auf etwaige Besonderheiten der Art, Durchführung oder Auswertung der Studie und etwaige in der Studie selbst gemachte Einschränkungen im Hinblick auf die Validität und Bedeutung der gefundenen Ergebnisse der Studie hinzuweisen. Auch ist zu beachten, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse für eine Werbeaussage zum Zeitpunkt vorliegen müssen, in dem die Werbeaussage aufgestellt wird.²⁶

Werbung außerhalb der medizinischen Zweckbestimmung des Medizinproduktes

Im Hinblick auf die Möglichkeit der Werbung außerhalb der Zweckbestimmung gibt es für Medizinprodukte kein dem § 3a S. 2 HWG entsprechendes Verbot der sog.

„Off-Label“-Werbung.²⁷ Dementsprechend hatte das OLG Köln²⁸ betreffend die Werbung für ein Medizinprodukt zur Kontrolle und Prävention von Harnwegserkrankungen entschieden, dass eine Werbung außerhalb der im Konformitätsbewertungsverfahren gegenständlichen Zweckbestimmung grundsätzlich möglich ist, sofern diese im Hinblick auf das Irreführungsverbot des § 3 HWG hinreichend wissenschaftlich abgesichert ist.²⁹

Auch wenn es derzeit für Medizinprodukte kein Verbot der Off-Label Werbung wie für Arzneimittel gibt, wird mit Geltungsbeginn der MDR ein neuer Irreführungstatbestand Anwendung finden. Gemäß Art. 7 lit. d) MDR ist die Bewerbung von Produkten untersagt, wenn diese den Anwender oder Patienten hinsichtlich der Zweckbestimmung, Sicherheit und Leistung des Produkts irreführen kann, indem sie andere Verwendungsmöglichkeiten für das Produkt empfiehlt als diejenigen, für welche angegeben wird, dass sie Teil der Zweckbestimmung sind, für die die Konformitätsbewertung durchgeführt wurde.

Dies bedeutet zwar nicht, dass die Off-Label-Werbung für Medizinprodukte – entsprechend dem Verbot der Off-Label-Werbung für Arzneimittel – zukünftig gänzlich verboten ist. Untersagt ist die Werbung aber jedenfalls dann, wenn die Empfehlung eine mögliche Irreführung Gefahr im Hinblick auf die Zweckbestimmung beinhaltet.

Werbung mit unlauteren „Erfolgsversprechen“

Auch Erfolgsversprechen spielen in der Werbung für Medizinprodukte stets eine Rolle. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 3 S. 2 Nr. 2. a) HWG

ist dabei nicht das Versprechen eines Erfolges als solcher, sondern das Hervorrufen des Eindrucks, dass der Erfolg mit Sicherheit eintrete, unzulässig. Maßgebend ist hierbei, wie der angesprochene Verkehr die Werbeaussage versteht.

„Perfekte Zähne“ als unzulässiges Erfolgsversprechen

Jüngst hat das OLG Frankfurt a. M.³⁰ in diesem Zusammenhang die Bewerbung einer Zahnspange mit der Angabe „perfekte Zähne“ als irreführend i.S.v. § 3 S. 2 Nr. 2. a) HWG angesehen. Anders als die Vorinstanz hat das OLG das Vorliegen eines rein subjektiven Werturteils abgelehnt. Die Perfektion von Zähnen möge zwar nicht vollständig objektivierbar sein, im Kontext der Angabe mit vergleichenden fotografischen Darstellungen gehe es in der Werbung jedoch um die Korrektur von Zahnfehlstellungen, wobei sich der Umstand, ob Zähne gerade sind oder nicht, vom Standpunkt eines objektiven Betrachters beurteilen ließe. Das Vorliegen einer nicht ernst zu nehmenden reklamehaften Übertreibung hat das OLG Frankfurt abgelehnt, da der Verbraucher Werbeaussagen von Ärzten aufgrund deren Heilauftrags ein besonderes Vertrauen entgegenbringe und daher wenig geneigt sei, von reklamehaften Übertreibungen auszugehen.

„Geld-zurück-Garantie“ als unzulässiges Erfolgsversprechen

Auch das OLG Hamburg³¹ sah im Rahmen der Werbung für Slipeinlagen bei Inkontinenz in der Aussage „Zufrieden? Sonst 2x Geld zurück!“ eine Irreführung nach § 3 S. 2 Nr. 2 a) HWG in Form eines unzulässigen Erfolgsversprechens. Der Verkehr sehe den Anwendungserfolg ohne Weiteres in der entsprechenden

(medizinischen) Zweckerfüllung des beworbenen Heilmittels. Zwar erkennt das Gericht an, dass die Zufriedenheit auch von nicht unmittelbar medizinischen und subjektiv bewerteten Faktoren wie Passform, Tragegefühl und Sichtbarkeit abhängen könne. Der Verkehr würde als entscheidenden Aspekt dafür, ob der Verbraucher mit einem Medizinprodukt zufrieden ist, aber immer auch dessen Zweckerfüllung ansehen. Diese Entscheidung liegt auf einer Linie mit einer früheren Entscheidung des OLG Hamburg³², wonach die Bewerbung eines Nagelpilz-Medizinproduktes mit einer „Geld zurück-Garantie“ ebenfalls als unzulässiges Erfolgsversprechen angesehen wurde.

Insgesamt zeigt sich anhand dieser beiden Fälle einmal mehr, welche Bedeutung gerade auch der werbliche Kontext für die Beurteilung einzelner Werbeaussagen hat.

Aktuelle Rechtsprechung zum Zuwendungsverbot des § 7 HWG

Auch zu dem Zuwendungsverbot in § 7 HWG gab es in jüngerer Zeit einige interessante Gerichtsentscheidungen, auf welche im Folgenden eingegangen werden soll.

Zur Frage der Geringwertigkeit von Werbegaben

Das OLG Hamm³³ hatte den Fall zu beurteilen, in dem ein Vertreter von Medizinprodukten und sportmedizinischen Artikeln Apotheken im Rahmen einer Rabattaktion ab einem Bestellwert von 30 Euro gratis eine Box Süßigkeiten im Wert von knapp fünf Euro anbot. Der BGH hatte seinerzeit/vor Inkrafttreten der Neufassung des HWG, wonach seit dem 13. August 2013 auch geringwertige

Zuwendungen bei preisgebundenen Arzneimitteln verboten sind, die Wertgrenze für geringwertige Kleinigkeiten im Rahmen der Publikumswerbung bei preisgebundenen Arzneimitteln bei einem Euro angesetzt.³⁴ Leider hat das OLG Hamm auch in dem hier zu beurteilenden Fall offengelassen, ob die Wertgrenze von einem Euro auch für Zugaben bei einer Werbung gegenüber den Fachkreisen für Medizinprodukte gelten soll. Jedenfalls hat das OLG Hamm die als Zugabe beworbenen Boxen mit Süßigkeiten im Wert von mindestens 4,89 Euro nicht als geringwertig im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG angesehen. Dies, obwohl der BGH in einer jüngeren Entscheidung bei nicht preisgebundenen Arzneimitteln eine höhere Wertgrenze von bis zu fünf Euro zumindest theoretisch in Betracht gezogen hat.³⁵

Eine klare Absage hat das OLG Hamm hingegen der Bestimmung der Geringwertigkeit nach einem Verhältnis des (zu bestellenden) Warenwertes zum Wert der Werbegabe erteilt, denn mit steigendem Warenwert steige auch der Wert der angeblich zulässigen Zugabe. Bei einer „Großbestellung“ handle es sich aus Sicht des Empfängers bei dann sehr werthaltigen Werbegaben zweifellos um ein Geschenk, für das sich dieser in irgendeiner Weise gegenüber dem Zuwendenden dankbar erweisen sollte und es würde ein Anreiz geschaffen, durch möglichst hohe Bestellungen möglichst werthaltige Werbegaben zu erhalten.³⁶

Damit bleibt der Spielraum für Werbegaben beim Absatz von Medizinprodukten weiterhin ebenfalls sehr eingeschränkt, auch wenn bezogen auf Ärzte und Apotheker im

Hinblick auf die von § 7 HWG zu schützende Unabhängigkeit der Verordnungsentscheidung und des Empfehlungsverhaltens eine ursprünglich für verschreibungspflichtige Arzneimittel angesetzte Wertgrenze von einem Euro zu streng erscheint. Doch selbst wenn die Werbegaben in dem vom OLG Hamm zu beurteilenden Fall als geringwertig eingestuft worden wären, fehlte es jedenfalls an der Bestimmung zur Verwendung in der pharmazeutischen Praxis im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 HWG. Diese Einschränkung ist bei Werbegaben an Angehörige der Heilberufe stets im Blick zu behalten.

Zur abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung

In einem vom OLG Stuttgart³⁷ zu beurteilenden Fall warb eine Optikerkette mit Gratisbrillen für „Corona-Helden“ als „große Geschenkkaktion für unsere Helden – exklusiv für Pflegerinnen, Pfleger, Ärztinnen und Ärzte“. Anders als die Vorinstanz, hatte das OLG in dem kostenlosen Angebot eine produktbezogene Absatzwerbung gesehen und auch die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten bejaht. Eine Besonderheit dieses Falles war, dass die Werbung sich zwar an Fachkreise richtete, die Gefahr der unsachlichen Beeinflussung aber nicht darin bestand, dass die Fachkreise aufgrund wirtschaftlicher Interessen Arzneimittel verschreiben oder abgeben.³⁸ Vielmehr waren hier die Angehörigen der Gesundheitsberufe als Verbraucher umworben und daher die Grundsätze der Publikumswerbung anzuwenden. Dementsprechend hat das OLG Stuttgart die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung darauf gestützt, dass es nicht

fernliege, dass sich der Werbeadressat für die Leistung entscheide, ohne eine Prüfung vorzunehmen, ob das Angebot eines anderen Unternehmens seinen persönlichen Bedürfnissen besser entspreche. Zudem sei anzunehmen, dass der angesprochene Verkehrskreis bei der Abholung des Geschenks weitere Brillen bei der Antragsgegnerin erwerben könnte – aufgrund der Einsparungen bei der gratis überlassenen Brille oder aus bloßer Dankbarkeit.

Das OLG Hamburg hatte in einem aktuellen Urteil³⁹ eine Konstellation, in welcher ein Anbieter elektrischer Zahnbürsten Zahnarztpraxen einen Werbeflyer zur Auslage in der Praxis zur Verfügung stellte, neben der berufsrechtlichen Würdigung⁴⁰ auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen § 7 HWG zu beurteilen. Bezüglich der werblichen Auslobung einer Beteiligung an den Kosten einer Zahnreinigung bzw. Zahnaufhellung durch den Hersteller/Vertreiber der Zahnbürsten wurde hier in Bezug auf die Ärzte bereits das Vorliegen einer Zuwendung verneint.

Zwar trug der Antragsteller vor, dass die Werbeaktion zu einer Umsatzsteigerung der teilnehmenden Ärzte führe, aber das Gericht führte zutreffend aus, dass die Zahnärzte bei der Zahnreinigung dieselbe Leistung wie immer erbringen würden und dafür dasselbe Entgelt erhielten. Auch eine Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung dürfte dann nicht in Betracht kommen, wenn der Arzt seine ärztliche Tätigkeit ausführt und hierfür die entsprechende Gegenleistung erhält, ohne dass er bspw. sein Empfehlungs- oder Therapieverhalten zugunsten hier des Anbieters der elektrischen Zahnbürsten ausrichtet.⁴¹

Aktuelle Rechtsprechung zu Publikumswerbeverboten des § 11 HWG

Die Anwendbarkeit der Publikumswerbverbote in § 11 Abs. 1 HWG wird für Medizinprodukte bekanntlich nach § 11 Abs. 1 S. 2 HWG stark eingeschränkt. Dies eröffnet für die Medizinproduktwerbung einen deutlich weiteren Spielraum als für die Arzneimittelwerbung. So ist beispielsweise für Medizinprodukte eine Prominenten- oder Influencer-Werbung durchaus möglich, wohingegen sich diese bei Arzneimitteln gerade in Bezug auf die Werbung mit Influencern aufgrund der Bekanntheit dieser Personen im Hinblick auf die Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG oftmals als schwierig darstellen dürfte. Zuletzt hat sich die Rechtsprechung in Bezug auf die Werbung für Medizinprodukte vermehrt mit der Testimonial-Werbung und dem Publikumswerbverbot des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG auseinandergesetzt, worauf im Folgenden eingegangen werden soll.

Abgrenzung zu § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG

Sofern die Absatzwerbung eine fachliche Empfehlung von Fachpersonal nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG oder eine Empfehlung von Prominenten enthält, geht § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG als Spezialvorschrift § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG vor.⁴²

§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG ist für Medizinprodukte gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 HWG ausdrücklich nicht anwendbar und die Anwendbarkeit lässt sich nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH⁴³ auch nicht beispielsweise dadurch konstruieren, dass ein Medizinprodukt im Körper einen Wirkstoff freisetzt und damit

als „einem Arzneimittel angenähert“ zu beurteilen wäre. Nach Ansicht des BGH kann die gesetzgeberische Wertung in § 11 Abs. 1 S. 2 HWG auch nicht dadurch umgangen werden, dass Medizinprodukte gleichsam hilfsweise als „Gegenstände“ im Sinne des HWG aufgefasst werden. Die Gesetzesbegründung zeige, dass der Gesetzgeber die Geltung der Werbeverbote des § 11 Abs. 1 S. 1 HWG für alle – also gegenständliche und stoffliche – Medizinprodukte einschränken wollte.

Hörgerätewerbung „Vom HNO-Arzt empfohlen“

Das OLG Hamm hatte in diesem Zusammenhang einen Fall zu beurteilen, in welchem ein Unternehmen für Hörgeräte mit dem Slogan „Vom HNO-Arzt empfohlen“ warb. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG war in diesem Fall nach § 11 Abs. 1 S. 2 HWG nicht anwendbar, weswegen der klagende Verband wohl das Verbot auf § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG (Verbot der Werbung mit Genesungsbescheinigungen) gestützt haben wollte. Anders als für Arzneimittel ist die Werbung für Medizinprodukte mit Aussagen von Ärzten demnach nicht per se verboten, aber sie darf keine Genesungsbescheinigung enthalten und nicht missbräuchlich, abstoßend oder irreführend sein. Dabei werden diese Merkmale grundsätzlich eng ausgelegt.

Das OLG Hamm hatte in dem von ihm zu beurteilenden Fall einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG ohne weiteres bejaht, da die werblich dargestellte fachärztliche Empfehlung der Produkte der Beklagten, die unzweifelhaft zumindest der Linderung einer bestehenden Hörbeeinträchtigung dienen würden, eine Genesungsbescheinigung dar-

stellen würde. Das OLG hat sich jedoch nicht mit der Frage befasst, ob eine tatbestandlich eigentlich unter § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG fallende ärztliche Empfehlung, die für Medizinprodukte erlaubt wäre, überhaupt als Genesungsbescheinigung nach § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG verboten werden könnte. Der Sachverhalt hätte vielmehr allenfalls unter das allgemeine Irreführungsverbot des § 3 HWG subsumiert werden müssen, wenn, wie das OLG Hamm ausführte, die angesprochenen Verkehrskreise die Werbung dahingehend verstehen würden, dass eine generelle fachärztliche Empfehlung für die (neuesten) Produkte der Beklagten ausgesprochen wird, und dies tatsächlich nicht zuträfe.

Ausblick MDR

Ob die Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG auch nach Geltungsbeginn der MDR uneingeschränkt für die Medizinproduktwerbung Anwendung finden kann, ist fraglich. Denn Art. 7 MDR enthält einen abschließenden Katalog der Modalitäten der Irreführung, wobei eine wie in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG beschriebene irreführende Werbung mit Äußerungen Dritter nicht enthalten ist. In der Literatur⁴⁴ wird daher zu Recht bereits darauf hingewiesen, dass das Verbot des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG in der Medizinproduktwerbung künftig in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung teleologisch auf die Varianten der Werbung mit Äußerungen Dritter in missbräuchlicher oder abstoßender Weise beschränkt werden müsse und hinsichtlich eines etwaigen irreführenden Gehalts der werblich in Bezug genommenen Äußerungen Dritter § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG hinter dem Anwendungsvorrang von Art. 7 MDR zurückstehen müsse.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Wettbewerbsverfahrensrechts

Auch im Hinblick auf die prozessuale Praxis hat die aktuelle Rechtsprechung erhebliche Auswirkungen, wobei im Folgenden auf einige wesentliche Punkte eingegangen werden soll.

Zum Umfang der Unterlassungsverpflichtung

Nach wie vor von großer praktischer Bedeutung auch für die Medizinprodukte-Werbung ist die Rechtsprechung des BGH zum Umfang der Unterlassungsverpflichtung⁴⁵, d. h. der damit einhergehenden Rückrufverpflichtung bei gerichtlichen Unterlassungstiteln. Denn für den Unterlassungsschuldner besteht das Risiko, dass er Produkte und ggf. auch inkriminierte Werbemittel aus dem Markt zurückholen muss und ihm andernfalls ein Ordnungsgeld droht. Für den Unterlassungsgläubiger auf der anderen Seite besteht für den Fall des Rückrufs von Produkten bzw. der Rückholung von Werbemitteln aus dem Markt bei späterer Aufhebung des Verbots hingegen ein nicht unerhebliches Schadensersatzrisiko nach § 945 ZPO.⁴⁶ Soweit der BGH mit Beschluss vom 11. Oktober 2017⁴⁷ im Hinblick darauf, dass in Einstweiligen Verfügungsverfahren nur ein vorläufiger Rechtsschutz gewährt wird, entschieden hat, dass ein Unterlassungsschuldner hier nur zur Information des Handels verpflichtet ist, die betreffenden Produkte nicht weiter abzugeben bzw. die Werbemittel nicht weiter zu verwenden, hilft dies den betroffenen Unternehmen in der Praxis nicht weiter. Denn wenn der Hersteller eines Medizinproduktes den Handel (Großhändler, Apotheken, Einzelhandel) darüber informiert, dass er

die Produkte aufgrund einer einstweiligen Verfügung nicht weiter abgeben darf, wird der Handel – dies zeigt die gelebte Praxis eindrücklich – die Produkte zur Entlastung von Lagerkapazitäten an den Hersteller regelmäßig zurückgeben.

Rechtsprechung BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit

Daneben hat auch die Rechtsprechung des BVerfG zur prozessualen Waffengleichheit erhebliche Aus-

wirkungen auf die Praxis gehabt.⁴⁸ Sie hat dazu geführt, dass wettbewerbsrechtliche Abmahnungen im Hinblick auf das Erfordernis der „Deckungsgleichheit“ nun deutlich ausführlicher gehalten werden müssen und empfehlenswerterweise inhaltlich bereits weitestgehend einem etwaig zu stellenden Verfügungsantrag entsprechen sollten. Denn bereits bei Auseinandersetzung mit den Argumenten des Antragsgegners in der Antragschrift muss nun damit gerechnet

werden, dass das Gericht den Antragsgegner anhört oder sogar eine mündliche Verhandlung anberaumt.⁴⁹

In diesem Zusammenhang sollte auch bedacht werden, dass in Fällen, in denen eine Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren ohne Anhörung des Gegners angestrebt wird, insbesondere auch an die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast des Antragstellers regelmäßig wohl hohe Anforderungen gestellt werden dürften. So dürfte es für die Glaubhaftmachung der Abwesenheit eines wissenschaftlichen Nachweises in Bezug auf eine Werbeaussage regelmäßig nicht mehr ausreichen, pauschal auf Unterlagen zu verweisen. Vielmehr sollten die konkreten Tatsachen, die zur Schlüssigkeit des Antrags gehören, vorgetragen werden und für jede streitgegenständliche Aussage angegeben werden, welche konkrete Veröffentlichung aus welchem Grund hierzu in fachlichem Widerspruch steht. Insoweit hatte zuletzt das OLG Frankfurt a. M. zutreffend ausgeführt, es sei nicht Aufgabe des Gerichts, diesen fehlenden Vortrag durch Abgleichen der Aussagen mit den vorgelegten Studien zu ersetzen.⁵⁰

Es ist zu hoffen, dass diese Vorgaben aus der Rechtsprechung dazu führen, dass die in der Vergangenheit oftmals gerade von Wettbewerbsverbänden gelebte Praxis, gesundheitsbezogene Werbung recht pauschal und ohne ausreichende Substantiierung wegen angeblich fehlender wissenschaftlicher Absicherung im Klagewege anzugreifen, damit ein Ende findet.

Zur Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands

Ebenfalls von besonderer Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Praxis war zudem die aktuellste UWG-Re-



Miriam Wirth, LL.B.

Miriam Wirth, LL.B. studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten in Mannheim und Oslo und erwarb die Zusatzqualifikation „Bachelor Unternehmensjurist“. Das Referendariat absolvierte sie unter anderem in einer mittelständischen Kanzlei im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes sowie in der Rechtsabteilung eines internationalen Pharmakonzerns. Seit 2018 verstärkt sie das pharmarechtliche Team der Kanzlei Meisterernst Rechtsanwälte und berät und vertritt Mandanten im allgemeinen Wettbewerbs- und Wirtschaftsrecht sowie in allen Angelegenheiten des Pharma- und Medizinprodukterechts.



Dr. Christian Tillmanns

Dr. Christian Tillmanns ist Gründungspartner der 2012 gegründeten Kanzlei Meisterernst Rechtsanwälte PartG mbB. Er studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Gießen, Salzburg und München. Nach Referendariatsstationen in den Rechtsabteilungen zweier großer forschender Arzneimittelhersteller sowie in der Life Science-Abteilung einer internationalen Großkanzlei, ist Tillmanns seit 2002 als Rechtsanwalt in München tätig. Sein Tätigkeitsfeld umfasst neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht sämtliche Fragestellungen aus dem Bereich des Pharma- und Medizinprodukterechts, wobei ein Schwerpunkt insbesondere in der heilmittelwerberechtlichen Beratung und der Betreuung von Wettbewerbsprozessen liegt. Tillmanns ist Lehrbeauftragter für Medizin- und Pharmarecht an der Philipps-Universität Marburg und Autor zahlreicher Fachbeiträge in der rechtlichen Fachliteratur.

form, bei der es v. a. darum ging, das Geschäft mit missbräuchlichen Abmahnungen einzudämmen. In diesem Rahmen wurde u. a. die Regelung des § 14 UWG betreffend die örtliche Zuständigkeit der Gerichte geändert. Aktuell ist nun nach § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG bei allen „Zuwiderhandlungen im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien“ nur noch das Gericht am Sitz des Beklagten zuständig, weshalb der „fliegende Gerichtsstand“ für viele UWG-Verstöße nicht mehr gilt. Die Frage, inwieweit der sog. „fliegende Gerichtsstand“ im Rahmen des Lauterkeitsrechts noch greift, wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur unterschiedlich beurteilt. So wird vielfach vertreten, die Einschränkung des Gerichtsstands sei auf die „besonders missbrauchs anfälligen“ Verstöße in Telemedien oder im elektronischen Geschäftsverkehr (Verstöße gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten) zu beschränken.⁵¹ Auch wird die Frage uneinheitlich beantwortet, ob nur solche Rechtsverletzungen vom Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG umfasst sein sollen, die ausschließlich in Telemedien verwirklicht werden.⁵² Daneben scheint auch die Frage, ob die Gerichtsstände in § 14 Abs. 2 UWG ausschließliche Gerichtsstände darstellen, bislang nicht geklärt⁵³. Sie wird jedoch gerade auch im Hinblick auf die Möglichkeit der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts durch Gerichtsstandsvereinbarung oder rügelose Einlassung noch von Bedeutung sein.

Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass die Rechtsprechung bezüglich der Medizinprodukte-Werbung mit Blick auf die

Anforderungen an den Beleg von werblich ausgelobten Wirkungs- und Leistungsangaben weiterhin im Fluss ist. Mit Geltungsbeginn der MDR ist insgesamt noch eine nach wie vor Dynamik zu erwarten. Auch das Zuwendungsverbot und die für Medizinprodukte anwendbaren Publikumswerbverbote werden weiterhin Grenzen für Marketingmaßnahmen darstellen. Von umso größerer Bedeutung ist es, dass die regulatorischen und heilmittelwerberechtlichen Rahmenbedingungen gerade auch im Hinblick auf die wettbewerbsverfahrensrechtliche Rechtsprechung des BGH bezüglich des Umfangs gerichtlicher Unterlassungstitel stets eingehend geprüft werden.

**Anschrift der Verfasser:*

*Miriam Wirth LL.B.
Meisterernst Rechtsanwälte
PartG mbB
Sophienstr. 5
D - 80333 München
Tel.: 089 1891745 - 0
E-Mail: wirth@meisterernst.com*

*Dr. Christian Tillmanns
Meisterernst Rechtsanwälte
PartG mbB
Sophienstr. 5
D - 80333 München
Tel.: 089 1891745 - 0
E-Mail: tillmanns@meisterernst.com*

Verweise

¹ OLG München, Urteil vom 15.03.2001 – 6 U 5005/00, PharmR 2001, 332; OLG Hamburg, Urteil vom 24.04.2002 – 5 U 3/03; OLG Frankfurt, Urteil vom 11.12.2003 – 6 U 124/13; LG Berlin, Urteil vom 11.07.2013 – 52 O 304/12, MD 2013, 878; OLG Stuttgart, Urteil vom 08.06.2017 – 2 U 154/16, GRUR-RR 2017, 448; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 28.09.2017 – 6 U 183/16, PharmR 2018, 141; OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2019 – 3 U 14/19, MPR 2020, 28.

- ² BGH, Urteil vom 06.02.2013 – I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; vgl. hierzu auch Tillmanns/Kostuch, PharmR 2013, 408.
- ³ Weiter konkretisiert durch BGH, Urteil vom 05.11.2020 – I ZR 204/19, GRUR 2021, 513 = WRP 2021, 327 – Sinupret.
- ⁴ BeckOK HWG, Reese, 5. Edition Stand: 01.02.2021, § 3 Rn. 240.
- ⁵ Braun, MPR 2014, 193 ff.
- ⁶ Vgl. hierzu auch v. Czetztritz, MPR 2020, 14 ff.
- ⁷ LG Hamburg, Urteil vom 19.09.2019 – 403 HKO 43/19, GRUR-RS 2019, 40825; Berufung anhängig, Az. 3 U 169/19.
- ⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2019 – 3 U 14/19, MPR 2020, 28.
- ⁹ Nach a. A. ist das Tätigwerden der Benannten Stelle als hoheitlich zu qualifizieren, vgl. v. Czetztritz in Anhalt/Dieners, Medizinprodukterecht 2. Auflage 2017, § 14 Rn. 17–26.
- ¹⁰ Vgl. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.10.2020 – 6 U 59/20, GRUR-RS 2020, 37076.
- ¹¹ v. Czetztritz, MPR 2020, 14 ff.
- ¹² Mit der MDR werden regulatorische Anforderungen für Medizinprodukte auf eine unionseinheitliche Basis gestellt. Die MDR ist unmittelbar anwendbar; Öffnungsklauseln für ergänzende nationale Regelungen wurden durch das Medizinprodukterecht-Durchführungsgesetz – MPDG und das Medizinprodukte-Anwendermelde- und Informationsverordnung – MPAMIV eingeführt. Die MDR stellt keine Abkehr von dem bisherigen regulatorischen System für Medizinprodukte dar, ist aber in vielen Bereichen detaillierter und umfangreicher als die bisherigen Regelungen nach dem MPG, welches die RL 93/42/EWG, die RL 90/385/EWG sowie die RL 98/79/EG in deutsches Recht umsetzt.
- ¹³ Vgl. auch Hill/Schmitt, WiKo Lfg. 22 Juli 2020, Kap. BI Art. 7 MDR Rz. 12.
- ¹⁴ Utzerath, MPR 2020, 1 ff.
- ¹⁵ Vgl. hierzu auch Hill/Schmitt, WiKo Lfg. 22 Juli 2020, Kap. BI Art. 7 MDR Rz. 11, wo auf die besondere Bedeutung von Anhang VII Abschnitt 4.5.5 in diesem Zusammenhang abgestellt wird.
- ¹⁶ BGH, Urteil vom 06.02.2013 – I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 = WRP 2013, 772 Basisinsulin mit Gewichtsvorteil.
- ¹⁷ Vgl. Braun, MPR 2014, 193 ff. mit Verweis auf LG Berlin, Urteil vom 13.11.2013 – 97 O 174/12; LG Karlsruhe, Urteil vom 06.12.2013 – 13 O 145/12 KfH I.
- ¹⁸ Vgl. hierzu auch LG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2018 – 37 O 44/17 mit Praxisanmerkungen Braun in MPR 2018, 175.

- ¹⁹ Vgl. OLG München, Urteil vom 19.04.2012 – 6 U 2576/11, MD 2012, 579; OLG Celle, Beschluss vom 27.03.2017 – 13 U 199/16, MD 2017, 606; OLG Hamburg, Urteil vom 31.08.2017 – 3 U 117/16, PharmR 2018, 19; LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2018 – 12 O 45/17, MPR 2018, 206; LG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2018 – 37 O 44/17, MPR 2018, 175; OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2019 – 3 U 14/19, MPR 2020, 28.
- ²⁰ OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2019 – 3 U 14/19, MPR 2020, 28; m.w.N. OLG Celle, Beschluss vom 27.03.2017 – 13 U 199/16, MD 2017, 606; OLG München, Urteil vom 19.04.2012 – 6 U 2576/11.
- ²¹ OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2019 – 3 U 14/19, MPR 2020, 28.
- ²² Vgl. LG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2018 – 37 O 44/17, MD 2018, 387.
- ²³ Vgl. auch LG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2018 – 37 O 44/17 mit Praxisanmerkungen Braun in MPR 2018, 175.
- ²⁴ OLG Köln, Urteil vom 06.02.2015 – 6 U 110/14, PharmR 2015, 309.
- ²⁵ LG Hamburg, Urteil vom 06.04.2016 – 416 HKO 168/15, BeckRS 2016, 18936; Berufung anhängig, OLG Hamburg – 3 U 116/16.
- ²⁶ Vgl. Rapp/Sachs in Anhalt/Dieners, Medizinprodukterecht, 2. Aufl. 2017, § 22 Rn. 58; vgl. auch LG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2018 – 37 O 44/17, wonach es nicht genügt, dass etwa durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erst im Prozess der Beweis geführt wird, dass eine aufgestellte Leistungs- oder Wirkungsbehauptung objektiv richtig ist.
- ²⁷ Zu den Möglichkeiten der Anwendung außerhalb der Zweckbestimmung vgl. auch Behr, MPJ 2021, 3 ff. und 83 ff.; zur Zweckbestimmung von Medizinprodukten vgl. auch Eickbusch, MPR 2021, 52.
- ²⁸ OLG Köln, Urteil vom 11.11.2016 – 6 U 83/16.
- ²⁹ In Abgrenzung zur erstinstanzlichen Rechtsprechung des LG Aachen hat das OLG Köln in diesem Zusammenhang klargestellt, die Ansicht, wonach § 6 Abs. 1 und 2 MPG Werbung verbiete, die nicht von der Zweckbestimmung des Herstellers umfasst sei, werde durch den Gesetzeswortlaut jedenfalls nicht gedeckt.
- ³⁰ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 27.02.2020 – 6 U 219/19, WRP 2020, 757.
- ³¹ OLG Hamburg, Beschluss vom 30.07.2020 – 3 W 53/20, GRUR-RS 2020, 25894.
- ³² OLG Hamburg, Urteil vom 27.9.2013 – 3 U 172/12; GRUR-RR 2014, 95.
- ³³ OLG Hamm, Urteil vom 22.09.2020 – I-4 U 38/20, WRP 2021, 97.
- ³⁴ BGH, Urteil vom 08.05.2013 – I ZR 98/12, GRUR 2013, 1264 = WRP 2013, 1587 – RezeptBonus und I ZR 90/12, GRUR 2013, 1262 = WRP 2013, 1590 – Rezept-Prämie.
- ³⁵ BGH, Urteil vom 12.02.2015, I ZR 213/13, GRUR 2015, 813 = WRP 2015, 966 – Fahrdienst zur Augenklinik; aufgegriffen von OLG Köln, Urteil vom 20.05.2016 – 6 U 155/15; OLG Köln, Urteil vom 01.07.2016 – 6 U 151/15; siehe hierzu auch Tillmanns/Braun in MPR 2016, 151.
- ³⁶ Anders OLG Köln, Urteil vom 07.12.2018 – 6 U 95/18, das eine Werbegabe in Form der Zugabe von „Serviceartikeln“ durch eine Apotheke an einen Arzt im Zusammenhang mit der Bestellung von Impfstoffen von 0,8% des Warenwertes und damit einen absoluten Betrag von 13 Euro für zulässig erachtet hatte; vgl. hierzu auch A&R 2019, 86 m. Anm. Wirth.; in diese Richtung auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 18.03.2021 – 6 W 15/21.
- ³⁷ OLG Stuttgart, Urteil vom 06.08.2020 – 2 W 23/20, PharmR 2020, 706.
- ³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2012 – I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 = WRP 2012, 1517 – Das große Rätselheft.
- ³⁹ OLG Hamburg, Beschluss vom 14.04.2020 – 3 W 17/20, MPR 2021, 25.
- ⁴⁰ Vorliegen einer berufsrechtswidrigen Werbung abgelehnt, da berufsbezogen und nicht in unzulässiger Weise anpreisend; keine unzulässige „Fremdwerbung“, da keine Aufforderung zur Empfehlung.
- ⁴¹ Vgl. hierzu auch OLG Hamburg, Beschluss vom 14.04.2020 – 3 W 17/20 mit Praxisanmerkungen Reese in MPR 2021, 25.
- ⁴² Vgl. BeckOK HWG, Reese 5. Edition Stand: 01.02.2021, Rn. 419 m.w.N.
- ⁴³ BGH, Urteil vom 01.02.2018 – I ZR 82/17, GRUR 2018, 627 = WRP 2018, 827 – Gefäßgerüst.
- ⁴⁴ Utzerath, MPR 2020, 1 ff.
- ⁴⁵ BGH, Urteil vom 30.07.2015 – I ZR 250/12, GRUR 2016, 406 = WRP 2016, 331 – Piadina-Rückruf; BGH, Urteil vom 19.11.2015 – I ZR 109/14, GRUR 2016, 720 = WRP 2016, 854 – Hot Sox; BGH, Beschluss vom 29.09.2016 – I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 = WRP 2017, 305 – RESCUE-Tropfen; BGH, Urteil vom 04.05.2017 – I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 = WRP 2017, 944 – Luftentfeuchter; BGH, Beschluss vom 11.10.2017 – I ZB 96/16, GRUR 2018, 292 = WRP 2018, 473 – Produkte zur Wundversorgung; BGH, Beschluss vom 17.10.2019 – I ZB 19/19, GRUR 2020, 548 = WRP 2020, 324 – Diätetische Tinnitusbehandlung; kritisch hierzu Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG 39. Aufl. 2021, § 8 Rn. 1.82–1.84c.
- ⁴⁶ Siehe hierzu auch BGH, Beschluss vom 29.9.2016 – I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 = WRP 2017, 305 – Rückruf von RESCUE-Produkten mit Praxisanmerkungen Tillmanns in MPR 2017, 65 ff.
- ⁴⁷ BGH, Beschluss vom 11.10.2017 – I ZB 96/16, GRUR 2018, 292 = WRP 2018, 473 – Produkte zur Wundversorgung; in diesem Sinne auch BGH, Beschluss vom 17.10.2019 – I ZB 19/19, GRUR 2020, 548 = WRP 2020, 324 – Diätetische Tinnitusbehandlung.
- ⁴⁸ In diesem Zusammenhang hat das BVerfG in einer aktuellen Entscheidung (BVerfG, Beschluss vom 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, GRUR 2020, 1119 = WRP 2020, 1179) klargestellt, dass die vom BVerfG entwickelten Maßstäbe zur Handhabung der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs im zivilrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren im Presse- und Äußerungsrecht im Grundsatz auch für einstweilige Verfügungsverfahren im Bereich des Lauterkeitsrechts gelten.
- ⁴⁹ Vgl. hierzu auch Möller in WRP 2020, 982, 986 Rz. 20.
- ⁵⁰ OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 07.03.2019 – 6 W 17/19, WRP 2019, 915; so schon OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 21.03.2016 – 6 W 21/16, WRP 2016, 905.
- ⁵¹ LG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2021 – 38 O 3/21, WRP 2021, 395; LG Düsseldorf, Beschluss vom 26.02.2021 – 38 O 19/21, WRP 2021, 688; vgl. auch Sosnitza in GRUR 2021, 671; a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2021 – I-20 W 11/21, MMR 2021, 332.
- ⁵² Vgl. hierzu Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 14 Rn. 21.
- ⁵³ Bejahend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2021 – I-20 W 11/21, MMR 2021, 332; a.A. Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 14 Rn. 7, wobei in der Vorgängerauflage noch aufgrund des Wortlauts von § 14 II UWG a. F. („außerdem nur“) von einem ausschließlichen Gerichtsstand ausgegangen wurde (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 14 Rn. 1), das Wort „nur“ in der Neufassung jedoch nicht mehr enthalten ist.