

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Helmut Gamerith,  
Walter Holzer

März 2012

02

49 – 96

Beitrag

## Werbung oder Noch-nicht-Werbung?

Walter Brugger ↻ 52

Leitsätze

Nr 11 – 21

Nokia/Philips, Nokia Martin Reinisch ↻ 55

Merck Sharp & Dohme Corp vs DPMA Adolf Zemann ↻ 56

Rechtsprechung

## Schnellstarterprämien – Keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 9 a Abs 1 Z 2 UWG

Ivo Rungg/Martin Walser ↻ 71

Murpark – Unberechtigter Vorwurf der Förderung fremden Wettbewerbs; keine verbotene Beihilfe durch Infrastrukturmaßnahmen der öffentlichen Hand ↻ 57

alcom-international.at – Kollisionsrechtliche Beurteilung eines Kennzeichenstreits mit Auslandsberührung Helmut Gamerith ↻ 75

Matratzen II – Patentschutz von Erfindungen vor der Patenterteilung Helmut Gamerith ↻ 83

Vergütung für Trägermaterial – Vorabentscheidungsantrag des OGH zur Auslegung der RL 2001/29/EG („InfoRL“) Manfred Büchele ↻ 86

# Werbung oder Noch-nicht-Werbung?

ÖBI 2012/15

§ 1 UWG;  
§§ 50, 51 AMG

EuGH 5. 5. 2011,  
C-316/09, *Vioxx*

Werbebegriff;  
Werbeabsicht;  
Laienwerbungs-  
verbot;  
Internet

Wann liegt Werbung vor und wann (noch) nicht?

Von **Walter Brugger**

## Inhaltsübersicht:

- A. Weiter Werbebegriff
- B. Abgrenzung zur neutralen Information
- C. Abgrenzung zur Nicht-Werbung
- D. Der Fall *MSD*
- E. Der EuGH

### A. Weiter Werbebegriff

Bei der Beurteilung, ob etwas „Werbung“ ist, gilt ein großzügiger Maßstab, ein **weiter Werbebegriff**; nahezu „alles“ ist Werbung, insb gilt als Werbung jede Äußerung bei der Ausübung des Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Warenabsatz oder die Dienstleistungserbringung zu fördern (Art 2 lit a IrreführungsRL;<sup>1)</sup> das UWG enthält keine Legaldefinition). Diese Äußerung kann **in beliebiger Form** geschehen.<sup>2)</sup> Auch bei Arzneimitteln gibt es einen – zwar anders formulierten, aber inhaltlich dem nicht widersprechenden – weiten Werbebegriff; so gelten da als Werbung 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 (Art 86 RL 2001/83/EG;<sup>3)</sup> ebenso § 50 AMG).<sup>4)</sup>

### B. Abgrenzung zur neutralen Information

Es stellt sich die Frage, ob die Darstellung eines Produkts samt Verpackung und Angabe der Produkteigenschaften auf einer Website jedenfalls als „Werbung“ anzusehen ist. IdR wird wohl eine Produktinformation über eine Website – ebenso wie auf Flugblättern – als Werbung zu qualifizieren und somit der UWG-rechtlichen Beurteilung zu unterziehen sein.<sup>5)</sup> Was gilt aber, wenn für eine Website nicht geworben wird, der „Werbende“ also den Domainnamen oder die konkrete Seite „diskret behandelt“ und keine Aufforderung (etwa in Form eines beworbenen Links) gibt, die Website zu besuchen? Ist eine vorhandene, an sich frei zugängliche, aber mangels Werbung unbekannt gebliebene Webseite als Werbung anzusehen?

### C. Abgrenzung zur Nicht-Werbung

Die Abgrenzung der Werbung zur **Nicht-Werbung im Sinne einer Nicht-Äußerung** oder einer **nicht als Werbung beabsichtigten Äußerung** kann im Einzelfall schwierig sein. So ist etwa anerkannt, dass eine von unabhängigen Dritten (zB *Stiftung Warentest*) durchgeführte Konsumenteninformation – mangels Werbeabsicht – keine Werbung ist,<sup>6)</sup> obwohl im Allgemeinen eine Werbeaussage durch Dritte sehr wohl (dem Unternehmen zurechenbare) Werbung ist.<sup>7)</sup>

Dem Werbebegriff immanent ist also das **Absatzförderungsziel**.<sup>8)</sup> Plastisch ausgedrückt: Mit Werbe-

prospekten, die im Kellerarchiv vermodern und nicht verteilt werden, macht man noch keine Werbung.

### D. Der Fall *MSD*

Besonders interessant ist diese Abgrenzungsfrage dann, wenn die brachliegende Werbung aus irgendeinem Grund unzulässig ist (zB Irreführung nach UWG oder Verstoß gegen ein spezielles Werbeverbot).

So war dieses Thema kürzlich Gegenstand eines vom EuGH<sup>9)</sup> entschiedenen Vorabentscheidungsersuchens.<sup>10)</sup> Der Fall begann so: *MSD Sharp & Dohme GmbH*, Deutschland, stellte Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel (*Vioxx/Rofecoxib*, *Fosamax/Alendronat* und *Singulair/Montelukast*) ins Internet (mit freiem, nicht passwortgeschütztem Zugriff für jeden).

Wenn das bereits als „Werbung“ gilt, dann wäre das – aufgrund eines speziellen Werbeverbots bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln – eine unzulässigerweise an Laien gerichtete Öffentlichkeitswerbung (vgl Art 88 RL 2001/83/EG, § 51 Abs 1 Z 1 AMG: „**Laienwerbungsverbot**“). In Deutschland darf für verschreibungspflichtige Arzneimittel nämlich nur bei Ärzten, Zahnärzten, Tierärzten, Apothekern und Personen, die mit diesen Arzneimitteln erlaubterweise Handel treiben, geworben werden (§ 10 HeilmittelwerbeG). Ähnlich bestimmt unser § 50 Abs 1 Z 2 (iVm § 51 Abs 1) AMG, dass für rezeptpflichtige Arzneispezialitäten nur bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind, geworben werden darf (Fachwerbung). Dieses Öffentlichkeitswerbungsverbot (Laienwerbungsverbot) geht auf Art 88 Abs 1 RL 2001/83/EG (vgl auch ErwGr 44 – 45 dieser RL) zurück.

Der Mitbewerber *Merckle GmbH* sah daher prompt einen Wettbewerbsverstoß und klagte *MSD* auf Unter-

1) RL 2006/114/EG des EP und des Rates v 12. 12. 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl L 2006/376, 21.

2) EuGH 25. 10. 2001, C-112/99 Rz 31, *Toshiba Europe GmbH/Katun Germany GmbH*, ÖBI 2001/32, 153, *OEM-Nummern*.

3) RL 2001/83/EG des EP und des Rates v 6. 11. 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl L 2001/311, 67.

4) Ähnlich gilt bei der Tabakwerbung als Werbung jede Art der kommerziellen Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern (Art 2 lit b TabakwerbeRL 2003/33/EG).

5) Vgl OGH RIS-Justiz RS0120521. Sogar die Verwendung eines Zeichens als Domainname kann schon als relevanter Markeneingriff gewertet werden (OGH 11. 12. 2007, 17 Ob 22/07 w, *personalshop.de*, ÖBI 2008/30, 139); umso mehr kann mE die Verwendung eines Domainnamens als (Teil einer) Werbemaßnahme gewertet werden.

6) *Herzig in Wiebe/Kodek* (Hrsg), Komm UWG § 2 a Rz 105.

7) *Herzig in Wiebe/Kodek* (Hrsg), Komm UWG § 2 a Rz 13.

8) *Herzig in Wiebe/Kodek* (Hrsg), Komm UWG § 2 a Rz 11.

9) EuGH 5. 5. 2011, C-316/09, Vorabentscheidung über das Ersuchen des BGH im Verfahren über eine Klage *Merckle GmbH* gegen *MSD Sharp & Dohme GmbH* wegen Öffentlichkeitswerbung der *MSD* über eine Website, ÖBI-LS 2012/8, *Vioxx*.

10) BGH 16. 7. 2009, Vorabentscheidungsersuchen nach Art 267 AEUV.

lassung unzulässiger Laienwerbung. Üblich (und zweifellos rechtskonform) ist es nämlich, mit Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel im Internet nur so zu werben, dass aufgrund eines sog „DocCheck“ (geprüfter Name und Passwort) nur berechtigte Personen darauf Zugriff haben (zulässige „Fachwerbung“) und eben nicht Laien.

Im konkreten Rechtsstreit *Merckle/MSD* stellte sich dem BGH die Frage,<sup>11)</sup> ob durch die nicht beworbene Darstellung im Internet die (rezeptpflichtigen) Arzneimittel überhaupt beworben werden, wenn die Darstellung nur jene Informationen enthält, die dem Produkt-erwerber ohnedies zugänglich werden und außerdem nur durch aktive Suche im Internet auffindbar sind.

## E. Der EuGH

Der EuGH ging vom eingangs zitierten **weiten Werbebegriff** des Art 86 Abs 1 RL 2001/83/EG aus. Auch sachliche Information könne Werbung sein, aber Werbung unterscheide sich von einfacher Kommunikation durch „das Ziel der Botschaft“, nämlich die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch zu fördern. Hingegen falle eine „rein informatorische Angabe ohne Werbeabsicht“ nicht unter das Werbeverbot der RL.<sup>12)</sup> Obwohl der Produzent immer ein Interesse an der Vermarktung habe, könne aus dem bloßen Umstand, dass eine Informationsverbreitung vom Hersteller ausgehe, noch nicht zwingend auf eine Werbeabsicht geschlossen werden. Erst ein **zusätzliches** Verhalten, eine Initiative oder ein Vorgehen des Produzenten könne auf eine Werbeabsicht schließen lassen.<sup>13)</sup>

Der EuGH meint, dass die **Verschreibungspflicht** an sich schon eine **Barriere** aufstelle, sodass die Botschaft des Produzenten nicht unmittelbar in eine Kaufentscheidung münden könne (und eine Produktinformation daher keinen Werbecharakter habe).<sup>14)</sup> Eine vor Verschreibung an die Patienten gelangende Pro-

duktinformation könne den Dialog zwischen Arzt und Patient positiv befruchten.<sup>15)</sup> Insoweit war der OGH im Fall „Pro Herz“-Broschüre bekanntlich viel strenger<sup>16)</sup> und wird seine Ansichten mE wohl in einer einheitlichen Anwendung von Unionsrecht revidieren müssen.

Darauf gründet der EuGH die Ansicht, dass eine **sachliche Information**, die nur jene – behördlich genehmigten – Angaben enthält, die auf der Arzneimittelpackung (getreue Wiedergabe der Umhüllung des Arzneimittels) und in der Packungsbeilage (Beipackzettel) stehen, **keine Werbung** ist (und somit in concreto das Laienwerbeverbot nicht greift); nur **zusätzliche Elemente** – zB **Auswahl und Umgestaltung dieser Angaben** – könnten eventuell doch für eine Einordnung als Werbung sprechen.<sup>17)</sup> Zusätzlich zog der EuGH ins Kalkül, dass die Website-Links (die Webseiten) offenbar nicht beworben wurden (keine Werbebanner oder Pop-up-Fenster), sondern nur als „Pull-Dienste“ („passive Darstellungsplattform“) für jene User verfügbar waren, die durch einen „aktiven Suchschritt“ die Informationen suchten,<sup>18)</sup> etwa weil sie die Packungsbeilage verloren hatten.<sup>19)</sup> Objektive Information der Laien könne eine gefährliche Selbstmedikation verhindern und sei positiv.<sup>20)</sup>

11) EuGH (FN 9) Rz 19.

12) EuGH (FN 9) Rz 31–32.

13) EuGH (FN 9) Rz 34.

14) EuGH (FN 9) Rz 36–37.

15) EuGH (FN 9) Rz 38.

16) OGH 29. 4. 2003, 4 Ob 75/03p, *Pro Herz*, ÖBl 2003/72, 267 (*Gamerith*) Klage wegen einer nach der Verschreibung an Laien ausgegebenen Broschüre „*Pro Herz Tipps & Tricks*“ mit präparatbezogenen Angaben (vom OGH verboten mit der Begründung, die Patienten könnten für eine Folgeverschreibung beeinflusst werden und auf den Arzt einwirken).

17) EuGH (FN 9) Rz 43–44.

18) EuGH (FN 9) Rz 47.

19) EuGH (FN 9) Rz 39.

20) EuGH (FN 9) Rz 39.

### → In Kürze

Was ist aus diesem Urteil des EuGH abzuleiten? Im *Speziellen* ist daraus abzuleiten, dass Pharmahersteller die Packungsbeilage auch verschreibungspflichtiger Arzneimittel „endlich“<sup>21)</sup> unverändert ins Internet einstellen dürfen; im *Allgemeinen* – auch für das UWG – ist festzuhalten, dass eine rein passive Darstellungsplattform idR noch keine Werbung ist.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner der Kanzlei Dorda Brugger Jordis in Wien.

Kontaktadresse: Dr-Karl-Lueger-Ring 10, 1010 Wien.

Tel: (01) 533 47 95-13

E-Mail: walter.brugger@dbj.at

#### Vom selben Autor erschienen:

EuGH liberalisiert Arzneimittel-Fachwerbung punktuell, *ecolex* 2011, 929.

### → Literatur-Tipp



Fachverband Werbung und Marktkommunikation, Werbebeschränkungen (2009)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

21) So der Jubelruf auf [www.leukaemie-online.de/index.php?option=com\\_content&view=article&id=900:beipackzettel-von-medikamenten-duerfen-endlich-ins-internet&catid=46:politik&Itemid=2](http://www.leukaemie-online.de/index.php?option=com_content&view=article&id=900:beipackzettel-von-medikamenten-duerfen-endlich-ins-internet&catid=46:politik&Itemid=2) (abgefragt am 24. 10. 2011) unter Berufung auf die *Aerzte-Zeitung.de* v 5. 5. 2011.