

16 O 54/21



Landgericht Bielefeld

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Verbraucherzentrale NRW e.V., vertreten durch ihren Vorstand Wolfgang Schuldzinski, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:



gegen

die Dr. August Wolff GmbH & Co. KG Arzneimittel, vertreten durch die Dr. August Wolff Beteiligungs- und Verwaltungs-GmbH, diese wiederum vertreten durch die Geschäftsführer

[Redacted]
[Redacted] Sudbrackstraße 56, 33611 Bielefeld,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:



hat die 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld

auf die mündliche Verhandlung vom 27.04.2022

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht [Redacted] den Handelsrichter [Redacted]

und den Handelsrichter [Redacted]

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Komplementärin der Beklagten, zu unterlassen, wörtlich und/oder sinngemäß für das Produkt „Linola sept Mund- und Rachenspülung“ mit folgenden Aussagen zu werben und/oder werben zu lassen,
 - b) Corona-Prophylaxe durch physikalische Reduzierung der Virenlast im Mund- und Rachenraum;
 - c) Reduziert die Virenlast der Mundhöhle und des Rachenraums;
 - d) Das Risiko einer Tröpfchenübertragung der Coronaviren wird verringert;
 - e) In Laboruntersuchungen (ohne Patienten) konnten bis zu 99,999 % der Coronaviren inaktiviert werden;
 - f) Durch das Mittel werde verhindert, dass das Corona-Virus in die menschlichen Zellen eindringen könne;
 - g) Das Mittel wirke im gleichen Maße auch bei Corona-Virus-Mutationen;
 - h) Das Mittel sei ein zusätzlicher Baustein zum Schutz vor Corona-Viren; wie geschehen auf der Internetseite www.linola.com ausweislich der Screenshots vom 26.04.2021 (Anlage K1);
1. an den Kläger einen Aufwendungsersatz in Höhe von 260,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz ab dem 30.10.2021 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 €, im Übrigen vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand:

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung von Werbeaussagen für ein Medizinprodukt über die Wirkung auf das Coronavirus (COVID-19) in Anspruch.

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein und als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG eingetragen. Nach Ziffer 2 seiner Satzung gehört es zu den Aufgaben des Klägers, die Interessen von Verbrauchern durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen und bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht, das AGB-Recht und andere Gesetze, soweit durch diese die Interessen von Verbrauchern berührt

werden, gerichtliche Maßnahmen gemäß § 8 UWG bzw. nach dem UKlaG einzuleiten. Die Beklagte produziert und vertreibt vor allem dermatologische und gynäkologische Arzneimittel und Medizin-sowie Kosmetikprodukte vor allem unter den Marken Vagisan und Linola.

Unter der Marke „Linola sept“ bietet die Beklagte ein Hand-Desinfektionsgel mit 70 % Ethanol an. Dieses Produkt wird über die von der Beklagten betriebene Internetseite www.linola.com gegenüber Verbrauchern beworben, wobei über einen Shop-Locator Apotheken in der Nähe des Verbrauchers angezeigt werden können und auch Online-Bestellmöglichkeiten bei Versandapotheken aufgeführt werden.

Jedenfalls noch am 26.04.2021 wurde das Produkt „Linola sept Mund- und Rachenspülung“ auf der Internetseite auch gegenüber Verbrauchern wie aus der Anlage K1 ersichtlich präsentiert.

Unter „Beschreibung“ fanden sich folgende Aussagen über das Produkt „Linola sept“:

„Mundspülung ergänzend zu bestehenden Corona-Maßnahmen

- > Corona-Prophylaxe durch physikalische Reduzierung der Virenlast im Mund- und Rachenraum
- > Reduziert die Virenlast der Mundhöhle und des Rachenraums
- > Das Risiko einer Tröpfchenübertragung der Coronaviren wird verringert
- > Oberflächenaktive Substanzen vermindern die Bindung zwischen Viren und menschlichen Zellen
- > Schnelle Reinigung innerhalb von einer Minute
- > Klinisch getestet - an COVID-19-Patienten getestete Rachen- und Mundspülung - signifikante Abnahme der Virenlast um bis zu 90%
- > Medizinprodukt
- > Mit hilfreicher Dosierkappe
- > Alkoholfrei

Die Linola sept Mund- und Rachenspülung bietet keinen alleinigen Schutz vor einer Infektion mit Coronaviren. Wir empfehlen die Anwendung zur Unterstützung der Corona-Prophylaxe ergänzend zu den bekannten Maßnahmen (AHA+L).“

Unter der Rubrik „FAQ“ auf der Produktseite fanden sich sodann insgesamt fünf Fragen zum Produkt „Linola sept“, die entsprechend beantwortet wurden:

„Was ist der Unterschied zwischen der Linola© sept Mund- und Rachenspülung und anderen Mundwassern?

Die Linola© sept Mund- und Rachenspülung unterscheidet sich in zwei Punkten von herkömmlichen Mundwassern:

- > Mehrere **Laborergebnisse** und ein klinisches **Untersuchungsergebnis** bestätigen die Reduktion gegen Coronaviren. Damit ist die Linola sept Mund- und Rachenspülung die bisher einzige, deren Wirkung nicht nur in Laboruntersuchungen (ohne Patienten), sondern auch in **Untersuchungen an COVID-19-Patienten bestätigt wurde**.
- > Die Linola© sept Mund- und Rachenspülung wirkt auf **physikalische Weise**, das heißt, dass mittels Mineralien (anorganische Phosphate) und Benetzungsmitteln (Tenside) die Viren inaktiviert werden. Es sind also keine alkoholischen oder bioziden Wirkstoffe enthalten, weshalb sie explizit auch für Kinder ab 6 Jahren geeignet ist.

Was sagen die Untersuchungsergebnisse aus?

In Laboruntersuchungen (ohne Patienten) konnten bis zu 99,999 % der Coronaviren inaktiviert werden. Auch Tests an COVID 19-Patienten waren vielversprechend. Hier gab es nach Verwendung der Mund und Rachenspülung eine signifikante Abnahme der Viruslast um teilweise mehr als 90 %. Durch diese Reduktion der bestehenden Viruspartikel wird das Risiko einer Übertragung der Viren, die über Tröpfchen beim Sprechen, Husten, Lachen oder Singen in die Luft abgegeben werden, verringert.

Wie wirkt die Linola® sept Mund- und Rachenspülung zum Schutz vor Corona-viren?

Die enthaltenen Mineralien und Tenside lagern sich an der Virusoberfläche an, wodurch verhindert wird, dass das Virus in die Wirtszelle (die menschlichen Zellen der Schleimhaut) eindringen kann. Da die Viren sich nicht von selbst vermehren können, sondern immer menschliche Zellen zur Replikation benötigen, ist die Unterbindung des Eindringens eine effektive Maßnahme der Corona-Prophylaxe.

Ist die Linola® sept Mund- und Rachenspülung auch zur Prophylaxe gegen mutierte Coronaviren geeignet?

Coronaviren sind im Prinzip verpacktes Erbmaterial, das von einer Membran umgeben ist. In dieser Membran sitzen verschiedene Proteine, wobei den sogenannten Spike-Proteinen eine besondere Rolle zukommt. Sie ermöglichen den Coronaviren, sich an menschliche Zellen zu binden und in diese aufgenommen zu werden. Die bis jetzt bekannten SARS-COV-2-Mutationen haben zu leichten Veränderungen dieses Spike-Proteins geführt. Der Mechanismus, der in der Linola® sept Mund- und Rachenspülung zum Tragen kommt, ist jedoch nicht spezifisch für die Spike-Proteine. Aus diesem Grund haben wir keine Bedenken und sind davon überzeugt, dass die Linola® sept Mund- und Rachenspülung im gleichen Maß auch bei diesen Mutationen wirkt.

Kann die Mund- und Rachenspülung eine Impfung ersetzen?

Die Mund- und Rachenspülung ist ein **zusätzlicher Baustein** zum Schutz vor Corona-viren. Die AHA+L-Regeln konnten um ein „G“ für Gurgeln erweitert werden. Sie ist aber **kein Ersatz** für eine Impfung.

Jedoch profitieren nicht-geimpfte Menschen ebenso von der Linola® sept Mund- und Rachenspülung wie bereits geimpfte Personen, da aktuell noch nicht sicher ist, ob eine Impfung gleichzeitig auch das Risiko einer weiteren Verbreitung der Viren minimiert."

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 26.04.2021 abgemahnt. Daraufhin meldeten sich die anwaltlichen Vertreter der Beklagten und teilten mit, dass die Beklagte keine Unterlassungserklärung abgeben werde.

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeaussagen über das Medizinprodukt „Linola sept“ einerseits gemäß §§ 8 Abs. 1, 3a UWG i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG und andererseits gemäß § 2 Abs. 1, 2 Nr. 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG zu.

Die Beklagte verstoße gegen § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG, wonach sich außerhalb der Fachkreise die Werbung für Medizinprodukte nicht auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung der in Abschnitt A Nr. 1, 3 und 4 der Anlage zum HWG aufgeführten Krankheiten oder Leiden bei Menschen beziehen darf. Die Anlage A Nr. 1 zum HWG verweise auf nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtige

Krankheiten bei Menschen oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen. Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. t) IfSG sei die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) eine meldepflichtige Krankheit.

Die Beklagte stelle in ihrer Werbung Werbeaussagen auf, die sich auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung von Covid-19, einer nach dem IfSG meldepflichtigen Krankheit beziehen würden.

Die Regelung des § 12 HWG sei sowohl eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG als auch ein Verbraucherschutzgesetz gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 UKlaG.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Komplementärin der Beklagten, zu unterlassen, wörtlich und/oder sinngemäß für das Produkt „Linola sept Mund- und Rachenspülung“ mit folgenden Aussagen zu werben und/oder werben zu lassen,
 - i) Corona-Prophylaxe durch physikalische Reduzierung der Virenlast im Mund- und Rachenraum;
 - j) Reduziert die Virenlast der Mundhöhle und des Rachenraums;
 - k) Das Risiko einer Tröpfchenübertragung der Coronaviren wird verringert;
 - l) In Laboruntersuchungen (ohne Patienten) konnten bis zu 99,999 % der Coronaviren inaktiviert werden;
 - m) Durch das Mittel werde verhindert, dass das Corona-Virus in die menschlichen Zellen eindringen könne;
 - n) Das Mittel wirke im gleichen Maße auch bei Corona-Virus-Mutationen;
 - o) Das Mittel sei ein zusätzlicher Baustein zum Schutz vor Corona-Viren; wie geschehen auf der Internetseite www.linola.com ausweislich der Screenshots vom 26.04.2021 (Anlage K1);
2. an den Kläger einen Aufwendungsersatz in Höhe von 260,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, der im Anhang A. zu § 12 HWG enthaltene Verweis auf nach dem Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. 1 S. 1045) meldepflichtige Krankheiten oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen nenne weder die Corona-Krankheit (Covid-19) noch den Erreger (Corona-Virus, SARS-CoV-2) und stelle daher anders als die übrigen im HWG auffindbaren Verweisen keinen dynamischen Verweis dar.

Ein solcher dynamischer Verweis sei vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen, da der Kürzung der Krankheitenliste des Anhangs A. zu § 12 HWG durch die 14. AMG-Novelle im Jahr 2005 eine umfassende Diskussion in Literatur, Rechtsprechung und Wirtschaft vorangegangen sei und die Pharma-Industrie erfolgreich auf eine Reduktion der Liste in den Ziffern A.2.-4. hingewirkt habe.

Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Es sei aber auch schlicht unlogisch, wenn ein gefundener Kompromiss zur Verbotsliste im HWG vom Gesetzgeber jederzeit durch Änderung des Infektionsschutzgesetzes revidiert werden könnte. Die gewählte Verweisungstechnik habe offensichtlich einer nachträglichen Wieder-Erweiterung durch die „Hintertür des Infektionsschutzgesetzes“ entgegenwirken sollen.

Zudem gehe es vorliegend um ein absolutes Werbeverbot und damit um einen massiven Eingriff in die Berufsfreiheit nach Artikel 12 GG. Eine extensive Auslegung der Vorschrift über ihren konkreten Wortlaut hinaus komme daher nicht in Betracht.

Nicht bei jeder Krankheit, die im Infektionsschutzgesetz enthalten ist, sei automatisch auch ein Werbeverbot gerechtfertigt. Das IfSG und das HWG hätten unterschiedliche Stoßrichtungen. Während es beim IfSG primär darum gehe, eine Ausbreitung von infektiösen Krankheiten zu verhindern, indem es eine Meldepflicht etabliere, gehe es beim Werbeverbot des § 12 HWG primär darum, zu verhindern, dass Laien sehr gefährliche Krankheiten ohne Arzt selbst behandeln, weil sie aufgrund einer Werbung dazu animiert werden. Vorliegend gehe es nicht um ein Risiko der Selbstmedikation gegen eine Erkrankung mit Covid-19, sondern nur um das Angebot einer einfachen zusätzlichen Präventionsmaßnahme (wie das Tragen von Masken oder das Desinfizieren der Hände). Nicht jede hochansteckende Krankheit, bei der eine Meldepflicht sinnvoll ist, sei auch gleichzeitig so gefährlich, dass ein Werbeverbot gerechtfertigt sei.

Die Klage ist den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 29.10.2021 zugestellt worden.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

I.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeaussagen über das Medizinprodukt „Linola sept“ einerseits gemäß §§ 8 Abs. 1, 3a UWG i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG und andererseits gemäß § 2 Abs. 1, 2 Nr. 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG zu.

1.

Der Kläger ist als gerichtsbekannter, rechtsfähiger Verein als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG eingetragen und somit gem. § 8 Abs. 3 UWG klagebefugt.

2.

Die Beklagte hat gegen § 12 Abs. 1 Nr. 2 HWG verstoßen, wonach sich außerhalb der Fachkreise die Werbung für Medizinprodukte nicht auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung der in Abschnitt A Nr. 1, 3 und 4 der Anlage zum HWG aufgeführten Krankheiten oder Leiden bei Menschen beziehen darf.

a)

Bei der von der Beklagten beworbenen Mundspülung handelt es sich um ein Medizinprodukt iSd. § 12 HWG.

b)

Die Anlage A Nr. 1 zum HWG verweist auf nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtige Krankheiten bei Menschen oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen.

(1)

Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit. t) IfSG ist die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) eine meldepflichtige Krankheit.

(2)

Dabei handelt es sich – nach der gebotenen Auslegung – um eine dynamische Verweisung, die auf das Infektionsschutzgesetz in der jeweils geltenden Fassung verweist.

(a)

Der Wortlaut der Norm, wonach auf „nach dem Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) meldepflichtige Krankheiten oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen“ abgestellt wird, lässt keine eindeutige Auslegung zu.

Allein das Fehlen des ansonsten bei Verweisungen häufig genutzten Zusatzes „in der jeweils gültigen Fassung“ lässt nicht den sicheren Schluss zu, dass der Gesetzgeber

nur die Fassung des IfSG in der Fassung vom 20. Juli 2000 in Bezug nehmen wollte. Gleiches gilt für den Umstand, dass auf das „Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000“ verwiesen wird, da das Gesetz zu diesem Zeitpunkt durch das Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften (Seuchenrechtsneuordnungsgesetz - SeuchRNeuG) vom Bundestag beschlossen wurde.

(b)

Der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Regelung in der Anlage zu § 12 HWG folgt jedoch, dass es sich um eine dynamische Verweisung handelt.

Nach der Begründung des Gesetzgebers war Maßstab für die Änderung des Anhangs zu § 12 HWG der Schutz gesundheitlicher Individualinteressen und auch solcher der Allgemeinheit, denn eine durch Werbung beeinflusste unsachgemäße Selbstbehandlung kann nicht nur den Kranken selbst, sondern bei einigen Krankheiten auch Dritte gefährden. Deshalb soll die Publikumswerbung für Arzneimittel bezüglich gravierender Krankheiten und Leiden weiterhin werblichen Restriktionen unterworfen bleiben. Dies gilt insbesondere für nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtige, durch Krankheitserreger verursachte Krankheiten. Hier birgt eine durch Werbung beeinflusste Selbstbehandlung erhebliche Gefahren für die erkrankte Person aber auch und vor allem für die Bevölkerung. (BT-Drs. 15/5316, S. 47 Zu Nummer 7 (Anlage zu § 12)).

Mit diesem Ziel der Änderung – der Schutz vor Schäden durch unsachgemäße Selbstbehandlung bei nach dem Infektionsschutzgesetz meldepflichtige, durch Krankheitserreger verursachte Krankheiten – ist es nicht vereinbar, diesen Schutz nur für die in der Ursprungsfassung des Infektionsschutz bekannten und benannten Krankheiten einzuräumen. Vielmehr ist es zur Verwirklichung des Ziels gerade notwendig, schnell auch neue und bis dahin unbekannte Krankheiten mit zu erfassen und das Werbeverbot durch eine dynamische Verweisung auch auf diese Krankheiten zu erstrecken.

Letztlich zeigt auch die Einschätzung des Gesetzgebers in dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, wonach die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe t IfSG zu den meldepflichtigen Krankheiten und der Nachweis von SARS-CoV-2 gemäß § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 44a IfSG zu den meldepflichtigen Nachweisen Krankheitserregern zählt, so dass folglich die Werbung für die Durchführung von Schnelltests auf diese Erkrankung nach dem HWG verboten wäre (Bundestagsdrucksache 19/29870 auf Seite 29), dass auch der Gesetzgeber selbst von einer dynamischen Verweisung ausgeht.

(3)

Letztendlich kann vorliegend jedoch im Ergebnis dahinstehen, ob es sich um eine statische oder dynamische Verweisung handelt.

Denn auch bei einer – durch eine statische Verweisung – abschließende Aufzählung der meldepflichtigen Krankheiten im IfSG in der Fassung vom 20. Juli 2000 wäre nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 IfSG in der Fassung vom 20.07.2000 die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) eine meldepflichtige Erkrankung iSd. § 6 IfSG in der Fassung vom 20. Juli 2000.

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 IfSG in der Fassung vom 20.07.2000 ist von der Meldepflicht erfasst,

„soweit nicht nach den Nummern 1 bis 4 meldepflichtig, das Auftreten

a) einer bedrohlichen Krankheit oder

b) von zwei oder mehr gleichartigen Erkrankungen, bei denen ein epidemischer Zusammenhang wahrscheinlich ist oder vermutet wird,

wenn dies auf eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit hinweist und Krankheitserreger als Ursache in Betracht kommen, die nicht in § 7 genannt sind.“

Die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) ist unter „bedrohliche Krankheit“ als auch als Erkrankung mit epidemischem Zusammenhang zu subsumieren.

c)

Sämtliche von der Klägerin beanstandeten Werbeaussagen beziehen sich auch auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19).

Dabei ist unschädlich, dass die Aussage zu Buchst. b) „Reduziert die Virenlast der Mundhöhle und des Rachenraums“ nicht explizit auf Coronaviren abstellt.

Denn nach der Gesamtschau der Werbeaussagen, die in allen anderen Punkten ausdrücklich Coronaviren nennen, können die angesprochenen Verkehrskreise nur den Schluss ziehen, dass sich auch die Aussage zu Buchst. b) auf Coronaviren beziehen soll.

Diese Frage vermag die mit Handelsrichtern besetzte Kammer aufgrund eigener Sachkunde zu beurteilen. Die Ermittlung des Verkehrsverständnisses ist keine Tatsachenfeststellung, sondern Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens (BGHZ 156, 250, 254 – Marktführerschaft; BGH, GRUR 2010, 1125 Rn. 50=WRP 2010, 1465 – Femur-Teil; BGH, GRUR 2014, 1211 Rn. 19 – Runes of Magic II). Im Allgemeinen bedarf es keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses, wenn die entscheidenden Richter selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören (ebenda; GRUR 2012, 215 Rn. 14 – Zertifizierter Testamentsvollstrecker; BGHZ 194, 314 Rn. 32 – Biomineralwasser).

d)

Die Regelung des § 12 HWG ist vorliegend auch nicht einschränkend auszulegen.

