



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 83/12

Verkündet am:
12. Dezember 2013
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: nein

Testen Sie Ihr Fachwissen

UWG § 4 Nr. 11; HeilmittelwerbeG § 7 Abs. 1 Satz 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13

- a) Die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG, wonach außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel nicht mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren geworben werden darf, deren Ergebnis vom Zufall abhängt, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzumutbaren oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten, rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, dass Preisausschreiben innerhalb der Fachkreise generell erlaubt sind.
- b) Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot der Wertreklame soll Verkaufsförderungspraktiken verhindern, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken. Damit nicht vergleichbar ist eine mögliche Beeinflussung der Werbeadressaten, die sich daraus ergibt, dass sie sich mit den Angaben in einer Werbebeilage näher befassen müssen, wenn sie mit Aussicht auf Gewinn an einem vom Werbenden durchgeführten Gewinnspiel teilnehmen wollen (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 13/10, GRUR 2011, 1163 Rn. 15 und 18 bis 20 = WRP 2011, 1590 - Arzneimitteldatenbank; Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 24 und 28 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT, mwN).

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 83/12 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 2013 durch die Richter Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 23. März 2012 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 17. August 2011 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte warb für das von ihr vertriebene Arzneimittel Aspirin mit einer an das Apothekenpersonal gerichteten sechsseitigen Beilage zur Ausgabe 19/2010 der Apothekenfachzeitschrift "PTAheute". Die Beilage enthielt Informationen über die Entstehung von Schmerzen, deren Behandlung und den in Aspirin enthaltenen Wirkstoff Acetylsalicylsäure. Auf der nachstehend wiedergegebenen Rückseite der Beilage wurden unter der Überschrift "Gewinnen Sie mit Aspirin[®]" acht Testfragen gestellt und als Belohnung für die richtige Beantwortung dieser Fragen die Verlosung von zehn Damen-Geldbörsen der Marke Esprit unter den Einsendern angekündigt.

Testen Sie Ihr Fachwissen

PTAheute

6 Gewinnen Sie mit Aspirin®



Wenn Sie die vorangegangenen Seiten aufmerksam gelesen haben, können Sie nun Kunden mit akuten Schmerzen kompetent beraten und ihnen die Behandlungsmöglichkeiten mit Aspirin® aufzeigen. Mit den folgenden Fragen können Sie Ihr Beratungswissen überprüfen. Darüber hinaus möchten wir

von Ihnen wissen, wie Sie Ihre Kunden bei Spannungskopfschmerzen beraten. Als Belohnung verlosen wir unter allen richtigen Einsendungen **10 Damen-Geldbörsen von Esprit**. Ihre Lösung schicken Sie bitte an

Wie sind akute Schmerzen charakterisiert?

- Sie sind losgelöst von einer Ursache und treten länger als drei Monate auf.
- Sie haben eine eindeutige Ursache und dauern höchstens einen Tag.
- Sie haben eine eindeutige Ursache und sind zeitlich begrenzt (max. drei Monate).

Bei welcher Aussage sollte an den Arzt verwiesen werden?

- bei wiederkehrenden Schmerzen ohne klare Diagnose
- bei erstmalig auftretenden leichten Schmerzen
- bei Schmerzen, die auf die Periode zurückzuführen sind

Was ist typisch für eine Migräne?

- beidseitig auftretende Schmerzen in Ruhe
- ein dumpf-drückender oder ziehender Schmerz im Hinterkopfbereich
- Schmerzattacken mit einer Dauer zwischen 4 und 72 Stunden

Zu welcher Substanzgruppe gehört die Acetylsalicylsäure?

- Opiode
- nichtsteroidale Antirheumatika (NSAR)
- Triptane

Wie wirkt Acetylsalicylsäure analgetisch?

- durch irreversible Hemmung der Cyclooxygenase
- durch irreversible Hemmung der Cyclooxygenase
- durch reversible Hemmung der Cyclooxygenase

Welche Aussage trifft auf die Cyclooxygenase 2 zu?

- Sie wird nur bei Schädigung durch Entzündung oder Verletzung in großen Mengen freigesetzt.
- Sie wird in Thrombozyten und Nierenzellen ständig produziert.
- Im Rahmen einer Entzündung wird sie vermindert gebildet.

Welche Wirkung wird durch Coffein nicht vermittelt?

- Es wirkt anregend auf das ZNS und steigert die Konzentration.
- Es führt zu einer Bronchokonstriktion.
- Es beschleunigt die Resorption von Acetylsalicylsäure und verstärkt die Wirkung.

Welche Aussage zu Acetylsalicylsäure ist richtig?

- Die Substanz wird inhalativ verabreicht.
- Die Substanz hat bei kurzfristiger Anwendung in der Selbstmedikation eine gute Verträglichkeit.
- Die Substanz wird seit rund 10 Jahren intensiv erforscht.

Was sind die wesentlichen Punkte, die aus Ihrer Sicht Bestandteil des Beratungsgesprächs zu akuten Spannungsschmerz sein sollten?

Wir kontrollieren den Fragebogen. Sind alle Fragen richtig beantwortet, nehmen Sie am Gewinnspiel teil. (Bitte in Druckbuchstaben ausfüllen!)

Name/Vorname _____

Apotheke _____

Straße _____

PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ja, ich bin einverstanden, dass meine Daten zu informativen Zwecken an die Bayer Vital GmbH weitergegeben werden.

**Einsendeschluss
20.11.2010**

Der/die Teilnehmer/in erklärt sich mit der Absendung des Fragebogens einverstanden, dass seine/ihre Angaben und die angegebene Adresse elektronisch erfasst und gespeichert werden. Eine Weitergabe der Daten an Dritte erfolgt nicht, soweit dies nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit den vorgenannten Maßnahmen geschieht. Der/die Teilnehmer/in kann sein/ihr Einverständnis jederzeit widerrufen.

2 Der Kläger, der Verband Sozialer Wettbewerb e.V., sieht in dieser Gewinnauslobung einen Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot von Werbegaben. Er hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für Arzneimittel mit der Ankündigung eines Gewinnspiels und dem Versprechen zu werben

"Testen Sie Ihr Fachwissen.
Gewinnen Sie mit Aspirin ...
Als Belohnung verlosen wir unter allen richtigen Einsendungen
10 Damen-Geldbörsen von Esprit."

wie nachstehend wiedergegeben:

(Es folgt eine Wiedergabe der Beilage.)

3 Darüber hinaus hat der Kläger Abmahnkosten in Höhe von 166,60 € nebst Zinsen erstattet verlangt.

4 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Köln, MD 2012, 754). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HWG begründet angesehen und dazu ausgeführt:

6 Bei einer Werbung für ein Medikament innerhalb der Fachkreise stelle § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG keine gegenüber § 7 Abs. 1 HWG vorrangige Sonderregelung dar. Da im Streitfall bei den verlosteten Geldbörsen der für die Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG erforderliche Bezug zur beruflichen Tätigkeit fehle und auch sonst keine Ausnahme vom in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelten grundsätzlichen Verbot des Anbietens, Ankündigens oder Gewäh-

rens von Werbegaben eingreife, komme es darauf an, ob die Auslobung der Gewinne eine Werbegabe im Sinne dieser Vorschrift sei. Der Begriff der Werbegabe sei wegen des Zwecks des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG und des Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung bei Arzneimitteln durch weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken zu begegnen, weit auszulegen. Er erfasse grundsätzlich jede im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel gewährte unentgeltliche Vergünstigung.

7 Danach unterfalle die Verlosung von Geldbörsen einer bekannten Marke, die aus Sicht der Adressaten weder erkennbar geringwertig seien noch in Beziehung zu ihrer beruflichen Tätigkeit stünden, auch unter Berücksichtigung der Berufsausübungs- und Werbefreiheit der Beklagten dem Schutzzweck des § 7 Abs. 1 HWG. Der hervorgehobene Text auf der Titelseite der Beilage "Gewinnen Sie durch Wissen" und die Überschrift auf der Seite "Gewinnen Sie mit Aspirin" setzten aleatorische Anreize, die in sachfremder Weise zur intensiven Beschäftigung mit dem Inhalt der Beilage motivieren sollten. Die Werbeadressaten wüssten zwar, dass die Zuwendung nur bei richtiger Beantwortung der Testfragen und entsprechendem Losglück zu erlangen sei. Das schließe aber nicht aus, dass die Gewinne als unentgeltliche Werbegaben der Beklagten aufgefasst würden. Ein nicht unbedeutender Effekt der Werbung trete bereits dadurch ein, dass deren Adressaten die Werbeschrift gründlich durchlesen müssten. Darin liege keine die Unentgeltlichkeit der Vergünstigung ausschließende wirtschaftlich adäquate Gegenleistung. Unerheblich sei, dass die Fragen vorliegend höhere Anforderungen an die Aufmerksamkeit und Auffassungsgabe der Gewinnspielteilnehmer stellten als in anderen Fällen.

8 Die durch den aleatorischen Anreiz geförderte intensive Beschäftigung des Apothekenpersonals mit dem beworbenen Präparat verstärke eine vorhandene positiv geprägte Beziehung zu dem Produkt und seinem Anbieter und begründe die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung. Da eine Imagewerbung genüge, sei es unerheblich, dass die Gewinnspielteilnahme nicht un-

mittelbar an den Erwerb des Produkts oder seine Abgabe an Apothekenkunden gekoppelt sei. Eine bei verfassungskonformer Auslegung des § 7 Abs. 1 HWG möglicherweise auch erforderliche wenigstens mittelbare Gesundheitsgefahr folge daraus, dass die Werbeadressaten das beworbene Mittel in der Meinung, seine Vor- und Nachteile nun genau zu kennen, auch in Fällen empfehlen könnten, in denen ein Arzt konsultiert werden sollte.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage. Das Berufungsgericht hat zwar mit Recht angenommen, dass sich aus der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG nicht im Umkehrschluss ergibt, dass innerhalb der Fachkreise mit Gewinnspielen geworben werden darf (dazu unter II 1). Die auf §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HWG und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG gestützte Klage hat aber deshalb keinen Erfolg, weil die Gewinne, die die Beklagte bei dem von ihr veranstalteten Gewinnspiel ankündigt, keine Werbegaben im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG darstellen (dazu unter II 2).

10 1. Aus der Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG, wonach außerhalb der Fachkreise im Sinne des § 2 HWG für Arzneimittel nicht mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren geworben werden darf, deren Ergebnis vom Zufall abhängt, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten, lässt sich nicht der Umkehrschluss ziehen, dass Preisausschreiben innerhalb der Fachkreise generell erlaubt sind (vgl. OLG Hamburg, GRUR 1979, 726, 727; OLG Karlsruhe, WRP 2001, 562, 566; OLG Köln, GRUR-RR 2011, 380; OLG Koblenz, MD 2012, 212; OLG Nürnberg, WRP 2012, 739; Doepner, HWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 27; Pelchen/Anders in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 175. Lief. Mai 2009, § 7 HWG Rn. 3; aA Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 23; Kleist/Albrecht/Hoffmann, HWG, 1998, § 7 Rn. 18 und § 11 Rn. 49; Glaab, PharmR 1979, 48, 49).

- 11 Das Heilmittelwerbeengesetz, das dem Schutz der Verbraucher vor Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch und vor wirtschaftlicher Übervorteilung dient (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. März 2007 - 1 BvR 1226/06, GRUR 2007, 720, 721 - Geistheiler; BGH, Urteil vom 29. Mai 1991 - I ZR 284/89, BGHZ 114, 354, 358 - Katovit; Urteil vom 3. Dezember 1998 - I ZR 119/96, BGHZ 140, 134, 139 f. - Hormonpräparate; Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 213/06, BGHZ 180, 355 Rn. 17 - Festbetragsfestsetzung; Doepner aaO Einl. Rn. 39; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 4 Rn. 11, 133, jeweils mwN), enthält in seinem § 11 Abs. 1 Satz 1 einen Katalog von Werbemaßnahmen, die bei ihrer Anwendung gegenüber Personen, die nicht den Fachkreisen angehören, schon von ihrer Art her die durch das Heilmittelwerbeengesetz geschützten Interessen beeinträchtigen. Darin erschöpft sich aber auch der Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG. Deshalb ist in dem durch seinen § 1 geregelten sachlichen Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes jeweils noch zu prüfen, ob die betreffende Werbemaßnahme gegen eine andere im Gesetz enthaltene Reglementierung des Werbeverhaltens verstößt.
- 12 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG seien erfüllt, hält dagegen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- 13 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 HWG eingreift.
- 14 b) Davon ist im rechtlichen Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen und hat zutreffend angenommen, dass eine Werbegabe im Sinne dieser Bestimmung nur dann vorliegt, wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet (vgl. BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 13/10,

GRUR 2011, 1163 Rn. 15 = WRP 2011, 1590 - Arzneimitteldatenbank; Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 24 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT, mwN). Zu Unrecht hat es aber angenommen, bereits die Teilnahme an dem in Rede stehenden Gewinnspiel habe die Teilnehmer unsachlich beeinflussen können, weil diese in der Meinung, die Vor- und Nachteile des Mittels Aspirin nunmehr genau zu kennen, es ihren Kunden auch in Fällen empfehlen würden, in denen die Konsultation eines Arztes angezeigt sei, um gesundheitliche Nachteile zu vermeiden. Das auf der Grundlage des Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot der Werteklamme soll (nur) solche Verkaufsförderungspraktiken verhindern, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken (BGH, GRUR 2011, 1163 Rn. 18 - Arzneimitteldatenbank; GRUR 2012, 1279 Rn. 28 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Im Streitfall ist jedoch weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass die beanstandete Werbung deren Adressaten veranlassen könnte, ihr Verhalten bei der Beratung der Kunden gerade im Blick auf die Gewinnchance, die sie durch die Teilnahme an dem Gewinnspiel der Beklagten erlangten, zu deren Gunsten unsachlich zu ändern (vgl. BGH, GRUR 2011, 1163 Rn. 19 f. - Arzneimitteldatenbank).

15 Nicht ausreichend ist demgegenüber die vom Berufungsgericht als maßgeblich angesehene mögliche Beeinflussung der Werbeadressaten, die sich daraus ergab, dass diese sich mit den Angaben in der Werbebeilage näher befassen mussten, wenn sie mit Aussicht auf Gewinn an der Verlosung der Geldbörsen teilnehmen wollten. Diese Einflussnahme bewirkt nur, dass die Werbeadressaten den Inhalt der Werbebeilage zur Kenntnis nehmen. Dadurch wird aber kein wirtschaftliches Interesse an der Abgabe des beworbenen Arzneimittels geweckt, dem das in § 7 Abs. 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot der Werteklamme entgegenwirken soll.

16 Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG, wonach Werbegaben an Angehörige der Heilberufe unbeschadet des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nur zuläs-

sig sind, wenn sie zur Verwendung in der ärztlichen, tierärztlichen oder pharmazeutischen Praxis bestimmt sind, knüpft an die Regelung im vorangehenden Satz 1 an. Sie setzt deshalb nicht anders als diese Regelung das Vorliegen einer Werbegabe voraus und ist damit im Streitfall, in dem es - wie ausgeführt - an einer solchen Werbegabe fehlt, nicht anwendbar.

17 III. Nach allem erweist sich die Klage als unbegründet. Aus diesem Grund ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Pokrant

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 17.08.2011 - 84 O 77/11 -

OLG Köln, Entscheidung vom 23.03.2012 - 6 U 189/11 -