



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 235/16

Verkündet am:
17. Dezember 2020
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Apothekenmuster II

Richtlinie 2001/83/EG Art. 96 Abs. 1, Art. 94 Abs. 1; AMG § 47 Abs. 3; HWG § 7 Abs. 1

- a) Die unionsrechtskonforme Auslegung von § 47 Abs. 3 AMG im Lichte von Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG ergibt, dass es pharmazeutischen Unternehmen nicht erlaubt ist, Gratismuster verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker abzugeben. Dagegen stehen diese Bestimmungen der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 - C-786/18, GRUR 2020, 764 = WRP 2020, 1004 - ratiopharm).
- b) Die Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker kann jedoch nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 HWG als Zuwendung in Form einer Ware unzulässig sein.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - I ZR 235/16 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Löffler, Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

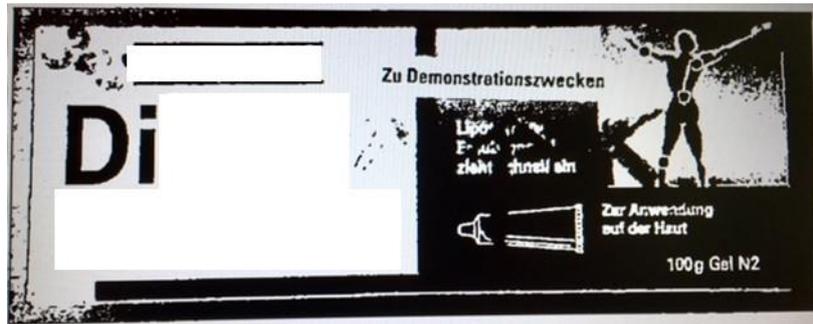
Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. September 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin stellt her und vertreibt das Arzneimittel "V. " mit dem Wirkstoff "D. ". Die Beklagte vertreibt das apothekenpflichtige Arzneimittel "Di. " zu einem Apothekenabgabepreis von 9,97 €. Im Jahr 2013 gaben Außendienstmitarbeiter der Beklagten Verkaufspackungen der Größe N2 (100 g) dieses Arzneimittels kostenlos an Apotheken ab, die wie nachfolgend eingeblendet mit der Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" versehen waren.



2 Die Klägerin sieht darin einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG, nach der eine Abgabe von Mustern eines Fertigarzneimittels an Apotheken nicht gestattet sei. Außerdem liege eine gemäß § 7 Abs. 1 HWG unzulässige Gewährung von Werbegaben vor.

3 Das Landgericht hat die Beklagte - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - auf Antrag der Klägerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs das Arzneimittel Di.
in der Packungsgröße N2 mit der Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" kostenlos an Apotheker abzugeben und/oder abgeben zu lassen.

4 Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2017, 30). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

5 Der Senat hat mit Beschluss vom 31. Oktober 2018 (GRUR 2019, 97 = WRP 2019, 58 - Apothekenmuster I) dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung des Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. L 311 vom 6. November 2001, S. 67) in der zuletzt durch die Verordnung (EU) 2017/745 (ABl. L 117 vom 5. April 2017, S. 1) geänderten Fassung folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dahin auszulegen, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel auch an Apotheker abgeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" versehen sind, die Arzneimittel der Erprobung des Arzneimittels durch den Apotheker dienen, keine Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an Endverbraucher besteht und die in Art. 96 Abs. 1 Buchst. a bis d und f bis g dieser Richtlinie geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen?
2. Falls die Frage 1 bejaht wird: Erlaubt Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG eine nationale Vorschrift wie § 47 Abs. 3 AMG, wenn diese so ausgelegt wird, dass pharmazeutische Unternehmer kostenlose Fertigarzneimittel nicht an Apotheker abgeben dürfen, wenn deren Verpackungen mit der Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" versehen sind, die Arzneimittel der Erprobung des Arzneimittels durch den Apotheker dienen, keine Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an Endverbraucher besteht und die in Art. 96 Abs. 1 Buchst. a bis d und f bis g dieser Richtlinie und die in § 47 Abs. 4 AMG geregelten weiteren Voraussetzungen einer Abgabe vorliegen?

6 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat hierüber durch Urteil vom 11. Juni 2020 (C-786/18, GRUR 2020, 764 = WRP 2020, 1004 - ratiopharm) wie folgt entschieden:

Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG ist dahin auszulegen, dass es pharmazeutischen Unternehmen nicht erlaubt, Gratismuster verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker abzugeben. Dagegen steht diese Bestimmung der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen.

Entscheidungsgründe:

7 A. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag als gemäß § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1 UWG, § 4 Nr. 11 UWG aF, § 3a UWG in Verbindung mit § 47 Abs. 3 AMG begründet erachtet. Dazu hat es ausgeführt:

8 Die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG verbiete pharmazeutischen Unternehmen die Abgabe von Mustern eines Fertigarzneimittels an Apotheken. In dieser Vorschrift seien die Personen, an die Muster von Fertigarzneimitteln abgegeben werden dürften, abschließend aufgezählt. Apotheken seien dort nicht genannt. Die Gesetzessystematik zwingt zu keiner abweichenden Beurteilung. Zwar dürften nach der allgemeinen Bestimmung des § 47 Abs. 1 AMG Arzneimittel nur in Apotheken gegenüber dem Endverbraucher abgegeben werden. § 47 Abs. 3 AMG sei allerdings ein Spezialtatbestand für die Abgabe von Mustern von Fertigarzneimitteln. Der Sinn und Zweck der Bestimmung sowie eine unionsrechtskonforme Auslegung stünden dem ausgesprochenen Verbot ebenfalls nicht entgegen. Gemäß Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dürften Gratismuster nur ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen an zur Verschreibung berechnigte Personen - also Ärzte - abgegeben werden. Selbst wenn man davon ausgehe, dass damit eine Abgabe an Apotheker weder erlaubt noch verboten werde, lasse jedenfalls Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG strengere Vorschriften im nationalen Recht zu. Die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG sei als eine solche strengere Vorschrift anzusehen. Dem stehe nicht entgegen, dass im Erwägungsgrund 51 der Richtlinie 2001/83/EG, in dem die Abgabe von Gratismustern von Arzneimitteln angesprochen sei, neben den zur Verschreibung auch die zur Abgabe von Arzneimitteln berechnigten Personen genannt würden.

9 Einem Verbot gemäß § 47 Abs. 3 AMG stehe im Streitfall nicht entgegen, dass die Arzneimittelpackungen nicht als "unverkäufliches Muster" gekennzeichnet gewesen seien, sondern die Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" getragen hätten. Außerdem sei unerheblich, dass die Abgabe durch die Beklagte der Erprobung der Arzneimittel durch den Apotheker gedient und keine konkrete Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe an Endverbraucher bestanden habe. Es komme nicht darauf an, ob es - wie die Beklagte behauptet habe - allein darum gegangen sei, dem Apotheker die Prüfung des Geruchs und der Konsistenz des

Schmerzmittels auf seiner (eigenen) Haut zu ermöglichen oder ihm dies zu demonstrieren.

10 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der in Rede stehende Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit den Rechtsbruchtatbeständen des Lauterkeitsrechts gemäß § 3a UWG und § 4 Nr. 11 UWG aF in Verbindung mit § 47 Abs. 3 AMG (dazu unter I). Auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann ferner nicht von einem Verstoß gegen das Verbot von Werbegaben gemäß § 7 Abs. 1 HWG ausgegangen werden (dazu unter II).

11 I. Die Annahme des Berufungsgerichts, das beantragte Verbot sei gemäß § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1 UWG, § 3a UWG und § 4 Nr. 11 UWG aF in Verbindung mit § 47 Abs. 3 AMG begründet, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

12 1. Allerdings liegen die allgemeinen Voraussetzungen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG aF) vor.

13 a) Da die Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr stützt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG), ist die Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme im Jahr 2013 rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 21. September 2017 - I ZR 74/16, GRUR 2018, 104 Rn. 10 = WRP 2018, 56 - Kulturchampignons I, mwN). Die Änderung des Rechtsbruchtatbestands (§ 4 Nr. 11 UWG aF, § 3a UWG) durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015 S. 2158) hat zu keiner für die Beurteilung des Streitfalls maßgeblichen Änderung der Rechtslage geführt

(st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17, GRUR 2019, 1071 Rn. 7 = WRP 2019, 1296 - Brötchen-Gutschein; Urteil vom 25. Juni 2020 - I ZR 162/16, GRUR 2020, 1007 Rn. 16 = WRP 2020, 1306 - B-Vitamine II).

14

b) Die Parteien sind Mitbewerber im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Bei § 47 Abs. 3 AMG handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG und § 4 Nr. 11 UWG aF, deren Missachtung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern und Verbrauchern im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG aF, § 3a UWG spürbar zu beeinträchtigen. Der Verfolgung eines Verstoßes gegen § 47 Abs. 3 AMG als unlautere geschäftliche Handlung steht nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken die Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern grundsätzlich vollständig harmonisiert (Art. 3 Abs. 1, Art. 4 der Richtlinie 2005/29/EG). Die Richtlinie lässt nach ihrem Art. 3 Abs. 3 die Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt. Bei § 47 Abs. 3 AMG handelt es sich um eine solche Rechtsvorschrift (vgl. zum Ganzen BGH, GRUR 2019, 97 Rn. 11 - Apothekenmuster I, mwN).

15

2. Die beanstandete kostenlose Abgabe des apothekenpflichtigen Arzneimittels "Di. " in der Packungsgröße N2 mit der Aufschrift "zu Demonstrationszwecken" durch das beklagte Pharmaunternehmen an Apotheker verstößt nicht gegen § 47 Abs. 3 AMG. Diese Bestimmung steht einer Abgabe von Mustern eines nicht verschreibungspflichtigen Fertigarzneimittels an Apotheker nicht entgegen. Für das vorliegende Revisionsverfahren ist mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass ihr Fertigarzneimittel "Di. " in der Größe N2 (100 g) nicht verschreibungspflichtig ist.

- 16 a) Gemäß § 47 Abs. 3 Satz 1 AMG dürfen pharmazeutische Unternehmer Muster eines Fertigarzneimittels an Ärzte, Zahnärzte oder Tierärzte (Nr. 1), an andere Personen, die die Heilkunde oder Zahnheilkunde berufsmäßig ausüben, soweit es sich nicht um verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt (Nr. 2) sowie an Ausbildungsstätten für die Heilberufe (Nr. 3) abgeben oder abgeben lassen. Erforderlich ist außerdem die Einhaltung der weiteren in § 47 Abs. 4 AMG geregelten Voraussetzungen. Davon ist für das vorliegende Revisionsverfahren auszugehen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die in § 47 Abs. 4 AMG geregelten weiteren Voraussetzungen für eine Abgabe von Mustern nicht vorliegen.
- 17 b) Die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG dient der Umsetzung von Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG in das deutsche Recht. Sie ist daher unionsrechtskonform im Lichte von Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG auszulegen (BGH, GRUR 2019, 97 Rn. 23 f. - Apothekenmuster I). Gemäß Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG dürfen Gratismuster nur ausnahmsweise unter den in den Buchstaben a bis g der Vorschrift geregelten weiteren Voraussetzungen an die zur Verschreibung berechtigten Personen abgegeben werden.
- 18 c) Aus der in Art. 70 Abs. 1, Art. 71 Abs. 1 und Art. 72 der Richtlinie 2001/83/EG getroffenen Unterscheidung zwischen den der ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegenden und der Verschreibungspflicht nicht unterliegenden Arzneimitteln, die auch im Zusammenhang mit den Vorschriften der Titel VIII und VIIIa dieser Richtlinie und damit auch für die systematische Auslegung von Art. 96 Abs. 1 und 2 der Richtlinie maßgeblich sind, ergibt sich, dass Gratismuster von der ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegenden Arzneimitteln nur an zur Verschreibung dieser Arzneimittel berechnigte Personen abgegeben werden dürfen; dies hat zur Folge, dass eine Abgabe an Apotheker nicht zulässig ist (EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 34 bis 46 und Rn. 52 f. - ratiopharm).

- 19 d) Dagegen steht Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen (vgl. EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 47 bis 51 und Rn. 53 - ratiopharm). Diese Bestimmung ist auf die Kategorie der nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel nicht anwendbar (vgl. EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 41 bis 46 - ratiopharm). Bei unionsrechtskonformer Auslegung des zur Umsetzung dieser Bestimmung dienenden § 47 Abs. 3 AMG kann dieser Vorschrift mithin kein Abgabeverbot in Bezug auf nicht verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel entnommen werden.
- 20 II. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht von einem Verstoß gegen das Verbot von Werbegaben gemäß § 7 Abs. 1 HWG ausgegangen werden.
- 21 1. Die Klägerin hat geltend gemacht, der Klageantrag sei nicht nur wegen eines Verstoßes gegen § 47 Abs. 3 AMG begründet. Die Beklagte habe mit dem beanstandeten Verhalten vielmehr auch gegen das Verbot der Gewährung von Zuwendungen oder sonstigen Werbegaben gemäß § 7 Abs. 1 HWG verstoßen. Das Berufungsgericht hat die Frage offengelassen, ob im Streitfall ein solcher Verstoß vorliegt. Auf der Grundlage der bislang von ihm getroffenen Feststellungen kann nicht angenommen werden, dass das angegriffene Verhalten der Beklagten gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (dazu unter B II 2) oder § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG (dazu unter B II 3) verstößt.
- 22 2. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, es liegt ein in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 HWG geregelter Ausnahmetatbestand vor. Auf diese Vorschrift kann das von der Klägerin beantragte Verbot auf der

Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht mit Erfolg gestützt werden.

23 a) Allerdings ist die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG grundsätzlich auf die Abgabe von Gratismustern von Arzneimitteln an Apotheker anwendbar.

24 aa) Der Anwendung des Zuwendungsverbots gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG steht nicht die Sperrwirkung der spezielleren Vorschrift des § 47 Abs. 3 AMG entgegen. Zwar bleibt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 HWG die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG unberührt. Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass eine gemäß dem spezielleren Tatbestand des § 47 Abs. 3 AMG erlaubte Abgabe von Mustern nicht gemäß § 7 Abs. 1 HWG verboten sein kann (vgl. BGH, GRUR 2019, 97 Rn. 41 - Apothekenmuster I, mwN). Die Musterabgabe innerhalb der Grenzen des § 47 Abs. 3 und 4 AMG ist damit unabhängig vom Wert des Musters zulässig (Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl., § 7 Rn. 140). Wie dargelegt, ist aber Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG und damit auch die Umsetzungsvorschrift gemäß § 47 Abs. 3 AMG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht auf die - im Streitfall in Rede stehende - Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker anwendbar. Die Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker ist nicht ausdrücklich erlaubt, sondern nur nicht verboten (vgl. EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 50 f. - ratiopharm). Deshalb entfaltet die speziellere Vorschrift des § 47 Abs. 3 AMG keine Sperrwirkung für die Anwendung des § 7 Abs. 1 HWG.

25 bb) Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 HWG steht zudem mit Blick auf die im Streitfall ergangene Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union mit der Richtlinie 2001/83/EG in Einklang.

26 (1) Die Zulässigkeit der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker richtet sich nach den diesen Fall betreffen-

den einschränkenden Bedingungen der Richtlinie 2001/83/EG und dem Erfordernis der Wahrung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele (EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 51 - ratiopharm). Namentlich ergibt sich aus Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG in Verbindung mit den Erwägungsgründen 46 und 51 dieser Richtlinie der unionsrechtliche Maßstab für die Zulässigkeit einer solchen Abgabe an Apotheker (vgl. EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 50 - ratiopharm). Nach dieser Bestimmung ist es verboten, im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel bei den zu ihrer Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen diesen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen. Abweichendes gilt allein dann, wenn die Vorteile entweder von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind (Art. 94 Abs. 1 aE der Richtlinie 2001/83/EG) oder in einer Bewirtung bestehen, die den in Art. 95 dieser Richtlinie beschriebenen Rahmen nicht überschreitet.

27 (2) Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG wird durch § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG in deutsches Recht umgesetzt, soweit es - wie im Streitfall - um eine Wertreklame gegenüber Angehörigen der Fachkreise geht (vgl. BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 13/10, GRUR 2011, 1163 Rn. 16 bis 18 = WRP 2011, 1590 - Arzneimitteldatenbank I; Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 83/12, GRUR 2014, 689 Rn. 14 = WRP 2014, 847 - Testen Sie Ihr Fachwissen; BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 15 bis 17 = WRP 2019, 1296 - Brötchen-Gutschein).

28 b) Im Streitfall können jedoch ausgehend von den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Voraussetzungen einer unzulässigen Wertreklame gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nicht bejaht werden.

29 aa) Allerdings kann die Abgabe eines Gratismusters eines Arzneimittels eine Zuwendung in Form einer Ware im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG darstellen (vgl. Bülow in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 14 Rn. 16; Reinhart in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., S 4 Rn. 575 mwN;

Sosnitza in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Stand Juli 2020, § 7 HWG Rn. 19 und § 11 HWG Rn. 74; Pfohl in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Oktober 2020, § 11 HWG Rn. 45; Doepner in Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl., § 11 I 1 Nr. 14 Rn. 8). Nichts anderes ergibt eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Der Gerichtshof der Europäischen Union geht ebenfalls davon aus, dass die Abgabe eines Gratismusters eines nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittels an einen Apotheker, wie sie im Streitfall in Rede steht, als ein Vorteil im Sinne von Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG angesehen werden kann (vgl. EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 50 - ratiopharm).

- 30 bb) Die Annahme einer unzulässigen Wertreklame gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG setzt weiter voraus, dass es sich bei der kostenlosen Abgabe von Arzneimittelpackungen mit der Aufschrift "Zu Demonstrationszwecken" nicht um eine Zuwendung von geringem Wert im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG und Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG handelt, so dass eine relevante unsachliche Beeinflussung der Werbeadressaten nicht ausgeschlossen erscheint (BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 26 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT, mwN). Für die insoweit vorzunehmende Wertbemessung kommt es auf den Verbrauchs- oder Verkehrswert an, den die Werbegabe im Allgemeinen für den Durchschnittsadressaten - hier: den Apotheker - hat, wobei Werbeaufdrucke diesen Wert grundsätzlich mindern. Werden für sich allein als geringwertig anzusehende Zuwendungen gebündelt gewährt, ist regelmäßig auf den Summeneffekt abzustellen. Auch wenn es sich im Verhältnis zum Apothekenkunden, der einen einzelnen der dem Apotheker von Pharmaunternehmen zugewandten Gegenstand erhält, um einen Vermögensgegenstand von geringem Wert handeln mag, ist auf die Kosten abzustellen, die der Apotheker insgesamt durch die ihm zugewandten Gegenstände erspart (vgl. BGH, GRUR 2012, 1279 Rn. 27 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT, mwN).

- 31 Selbst wenn nach diesen Grundsätzen eine Zuwendung von nicht geringem Wert vorliegen sollte, kommt ein auf der Grundlage des Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregeltes Verbot der Wertreklame nur in Bezug auf solche Verkaufsförderungspraktiken in Betracht, die geeignet sind, bei den zur Verschreibung oder der Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken (vgl. BGH, GRUR 2011, 1163 Rn. 18 - Arzneimitteldatenbank I; BGH, GRUR 2012, 1279 Rn. 29 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, GRUR 2014, 689 Rn. 14 - Testen Sie Ihr Fachwissen; vgl. auch Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 83 und 138).
- 32 cc) Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen können die Fragen nach dem Wert der Zuwendungen und der individuellen Beeinflussbarkeit der Apotheker aufgrund wirtschaftlicher Interessen nicht abschließend beantwortet werden.
- 33 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Gefahr einer (ungeöffneten) Weitergabe von streitgegenständlichen Packungen an Endverbraucher bestand. Es hat weiter offengelassen, ob die Beklagte im Einklang mit dem von ihr vorgetragene ausschließlichen Zweck der Ermöglichung einer Eigenerprobung an jeden Apotheker nur eine einzige Gratismusterpackung geliefert hat oder - worauf es nach den vorstehend wiedergegebenen Grundsätzen maßgeblich ankommt - eine Vielzahl. Sollte Letzteres der Fall sein, ist durchaus vorstellbar, dass die Apotheker zum Zwecke der Kundenbindung die zur Eigenerprobung objektiv nicht erforderlichen, vom Außendienst der Beklagten bei ihnen ungeöffnet zurückgelassenen Packungen an Kunden weitergeben. Daraus könnte sich ein wirtschaftliches Interesse und damit die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Apotheker ergeben. Ob diese Gefahr realistisch ist, muss vom Tatgericht beurteilt werden.

- 34 Besteht dagegen diese Gefahr nicht, sondern hat die Beklagte - wie von ihr geltend gemacht - die streitgegenständlichen Packungen nur zur Erprobung durch den Apotheker selbst geliefert, nachdem das Vorgängerprodukt aufgrund des Geruchs und einer schlechten Verteilbarkeit des Gels von Apothekern bemängelt worden ist, könnte dies dafür sprechen, dass (allein) das gemäß Erwägungsgrund 51 der Richtlinie 2001/83/EG als sachlich gerechtfertigt anzusehende Interesse der Apotheker betroffen sein könnte, sich mit neuen Arzneimitteln vertraut zu machen und Erfahrungen bei deren Anwendung sammeln zu können (vgl. dazu EuGH, GRUR 2020, 764 Rn. 49 - ratiopharm; BGH, GRUR 2019, 97 Rn. 28 bis 31 - Apothekenmuster I).
- 35 3. Die in Rede stehende unentgeltliche Zuwendung von Verkaufsverpackungen mit der Aufschrift "Zu Demonstrationszwecken" erweist sich auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen auch nicht als gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG unzulässig.
- 36 a) Nach der genannten Bestimmung, die ebenfalls der Umsetzung der in Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG enthaltenen Regelung in das deutsche Recht dient, sind Werbegaben für Angehörige der Heilberufe auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nur dann zulässig, wenn sie zur Verwendung in der ärztlichen, tierärztlichen oder pharmazeutischen Praxis bestimmt sind. Die Werbegabe darf danach nicht maßgeblich dem privaten Nutzen des Empfängers dienen. Im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG, nach dem die Gewährung des Vorteils für die Praxis "von Belang" sein muss, genügt allerdings jede Förderung des Zwecks der Praxis, zu der auch die Weitergabe der Zuwendung als Werbegeschenk im Rahmen des Apothekenbetriebs gehört (vgl. BGH, GRUR 2012, 1279 Rn. 33 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT, mwN).

37 b) Diese Voraussetzung erfüllt die beanstandete kostenlose Abgabe von Verkaufspackungen mit der Aufschrift "Zu Demonstrationszwecken". Die damit (nach Darstellung der Beklagten) ermöglichte Erprobung des Geruchs und der Konsistenz des Schmerzmittels auf der (eigenen) Haut des Apothekers fördert den Zweck der Praxis und ist für diese daher "von Belang". Darüber hinaus ist auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts offengeblieben, ob die Möglichkeit der (ungeöffneten) Weitergabe dieser Packungen an Endverbraucher besteht.

38 c) Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG knüpft im Übrigen an die Regelung im vorstehenden Satz 1 an. Sie setzt deshalb ebenso wie diese Regelung das Vorliegen einer Werbegabe im Sinne dieser Vorschrift voraus (vgl. BGH, GRUR 2014, 689 Rn. 16 - Testen Sie Ihr Fachwissen).

39

III. Das Urteil des Berufungsgerichts erweist sich nach alledem weder mit der gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen als richtig und ist deshalb aufzuheben (§§ 561, 562 Abs. 1 ZPO). Da noch weitergehende Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif und daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

Koch

Schaffert

Löffler

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 30.07.2015 - 2-03 O 473/14 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 29.09.2016 - 6 U 161/15 -