
Datum: 22.09.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 38/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0922.4U38.20.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 18 O 98/19

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20.2.2020 verkündete Urteil der IV. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Soweit die Beklagte zur Unterlassung verurteilt worden ist, kann sie die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000 Euro abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckendes Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger ist der „A e.V.“, dem mehr als 800 Verbände und Körperschaften sowie 1200 Unternehmen als Mitglieder angehören. Zu den Mitgliedern zählen auch zahlreiche Industrie- und Handelskammern und zahlreiche Handwerks-, Ärzte- und Apothekerkammern.

1

2

3

4

Die Beklagte vertreibt Medizinprodukte, sportmedizinische Artikel und vergleichbare Waren. Sie verteilte an Apotheken Flyer, die Bestellformulare für Fixiermull, Kalt-/Warmkompressen und Fixierbinden enthielten. Damit bot die Beklagte an, ab einem Bestellwert von 30,00 € netto der Bestellung zusätzlich eine Box „I L“ bzw eine Box „N“ oder eine Box „I D“ zuzugeben. Die Gratiszugabe wurde dabei durch die bildliche Darstellung der Zugaben veranschaulicht. Wegen der Einzelheiten der hier streitgegenständlichen Werbung wird auf die Klageanträge Bezug genommen. Die Boxen sind im Onlineshop bei „I“ für 4,89 € - 5,11 € erhältlich.

Mit Schreiben vom 24.06.2019 mahnte der Kläger die Beklagte wegen eines von ihm angenommenen Verstoßes gegen die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG ab. Die Beklagte gab eine Erklärung ab, mit der sie sich verpflichtete, es künftig zu unterlassen, für im Einzelnen aufgeführte Produkte anzukündigen, dass der Kunde dazu gratis eine Packungseinheit „I L“ und/oder „N“ erhält, wenn deren Inhalt nicht in kleineren Einheiten primärverpackt sind; und/oder entsprechend der Ankündigung diese Artikel kostenlos abzugeben, wenn dies geschieht, wie mit der streitgegenständlichen Werbung geschehen. Im Rahmen der weiteren vorgerichtlichen Korrespondenz teilte die Beklagte mit Schreiben vom 19.07.2019 (Anlage 9) u.a. mit, dass sie davon ausgehe, dass die unverpackten Süßigkeiten aus hygienischen Gründen nicht als Angebot einer kleinen Werbegabe an die Kunden geeignet sein könnten, jedenfalls aber mit nachvollziehbaren Argumenten die Eignung als Zugabeartikel in Apotheken verneint werden könne.

Mit näheren Ausführungen hat der Kläger die Auffassung vertreten, dass die streitgegenständliche Werbung wettbewerbswidrig sei und gegen die Regelung des § 7 HWG verstoße.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr, wie nachstehend wiedergegeben, für Medizinprodukte damit zu werben, dass der Kunde ab einem Bestellwert von 30,00 € netto gratis zu seiner Bestellung eine Kiste „I L“ und/oder eine Box „N“ und/oder eine Box „I D“ dazu erhält und/oder entsprechend der Ankündigung diesen Artikel kostenlos abzugeben:

5

6

7

8

9

Wir verdoppeln im Mai:

**100% Natural-Rabatt
auf Mullkompressen**



10 cm x 10 cm
für Wundversorgung
8-fach
eingeschlagen
25 x 2 mm



Mullkompressen

- ✓ mit eingeschlagenen Schnittkanten
- ✓ 8-fach gelegt
- ✓ aus Baumwolle



Mai-Angebot

100% NR

Der Partner in der Wundversorgung

Mai-Angebot



100% NR



Sterile Mullkompressen

Produkt	Größe	PZN	Netto-Preis	Stückzahl
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	5 cm x 5 cm VE 5 x 2 Stück		€ 15,60	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	7,5 cm x 7,5 cm VE 5 x 2 Stück		€ 16,20	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	10 cm x 10 cm VE 5 x 2 Stück		€ 20,20	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	5 cm x 5 cm VE 25 x 2 Stück		€ 47,00	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	7,5 cm x 7,5 cm VE 25 x 2 Stück		€ 47,20	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Sterile Mullkompressen Art.-Nr.	10 cm x 10 cm VE 25 x 2 Stück		€ 63,00	☐

Stand: 01.06.2019

Unsterile Mullkompressen

Produkt	Größe	PZN	Netto-Preis	Stückzahl
10 Packungen + 10 Packungen NR Unsterile Mullkompressen Art.-Nr.	5 cm x 5 cm VE 100 Stück		€ 41,40	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Unsterile Mullkompressen Art.-Nr.	7,5 cm x 7,5 cm VE 100 Stück		€ 42,20	☐
10 Packungen + 10 Packungen NR Unsterile Mullkompressen Art.-Nr.	10 cm x 10 cm VE 100 Stück		€ 122,00	☐

Stand: 01.06.2019

Bestellte Lieferung und Gratis-Zugabe ab einem Bestellwert von € 90,00 netto.
Freiwillig: 14 Tage 2% Skonto, 30 Tage netto. Alle Preise inkl. 19% gesetzl. Mehrwertsteuer und Stückpreis, wenn nicht anders angegeben. Angebot Industriekund, letzter vorbehalten.

Kunden-Nr. _____

Senden Sie Ihre Bestellung an:
Kundenservice@...de
oder faxen Sie an:

Angebot gültig bis zum 06.06.2019.
Sonstige Vorzüge nicht.



Apothekenstempel

Bitte senden Sie nur zukünftig
Ihre Informationen mehr über die Post!

Der Partner in der Wundversorgung

und/oder

11

12

Im Mai-Angebot:

**40% BR auf
elastische Fixierbinden**



elastische Fixierbinde

- ✓ feine Gewebestruktur
- ✓ 4 m Länge
- ✓ cellophaniert oder als Ärztepackung

elastische Fixierbinde

- ✓ gekreppt
- ✓ 4 m Länge
- ✓ cellophaniert oder als Ärztepackung

Mai-Angebot

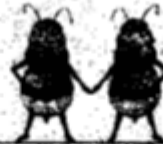
40% BR

Mai-Angebot

40% BR

Mai-Angebot

40% BR



Artikel	Breite	PZN	Art.-Nr.	Packungs-Inhalt	Laufpreis je Packung	Bar-Rabatt	Netto-Preis je Packung	Bestellmenge
elastische Fixierbinden cellophaniert, Länge: 4 m gedehnt	4 cm	01661531		1 x 20 Binden	€ 12,00	40 %	€ 7,20	
	6 cm	01661548			€ 14,00	40 %	€ 8,40	
	8 cm	01661554			€ 15,00	40 %	€ 9,00	
	10 cm	01661560			€ 18,00	40 %	€ 10,80	
elastische Fixierbinden Arztpackung, Länge: 4 m gedehnt	6 cm	02163700		1 x 20 Binden	€ 10,00	40 %	€ 6,00	
	8 cm	02163717			€ 11,00	40 %	€ 6,60	
	10 cm	02163723			€ 13,00	40 %	€ 7,80	
	8 cm	01980791		1 x 100 Binden	€ 50,00	40 %	€ 30,00	
	10 cm	01980822		1 x 50 Binden	€ 30,00	40 %	€ 18,00	

Stand Lausitz-Tour 01.04.2019

DracoElfi

Artikel	Breite	PZN	Art.-Nr.	Packungs-Inhalt	Laufpreis je Packung	Bar-Rabatt	Netto-Preis je Packung	Bestellmenge
elastische Fixierbinden cellophaniert, 20 Stück	4 cm	00736132		1 x 20 Binden	€ 12,00	40 %	€ 7,20	
	6 cm	00736161			€ 14,00	40 %	€ 8,40	
	8 cm	00736190			€ 15,00	40 %	€ 9,00	
	10 cm	00736209			€ 18,00	40 %	€ 10,80	
elastische Fixierbinden Arztpackung, 20 Stück	4 cm	00736267		1 x 20 Binden	€ 9,00	40 %	€ 5,40	
	6 cm	00736273			€ 10,00	40 %	€ 6,00	
	8 cm	00736936			€ 11,00	40 %	€ 6,60	
	10 cm	00736942			€ 13,00	40 %	€ 7,80	
	12 cm	00737025			€ 18,00	40 %	€ 10,80	

Stand Lausitz-Tour 01.04.2019

Portofreie Lieferung und Gratis-Zugabe ab einem Bestellwert von € 30,00 netto.
 Zahlungsbedingungen: 14 Tage 2 % Skonto, 30 Tage netto. Alle Preise sind Nettopreise zzgl. Mehrwertsteuer und Sturkpreise, wenn nicht anders angegeben. Angebot freibleibend, Irrtümer vorbehalten.

Kunden-Nr.:

Senden Sie Ihre Bestellung an
Kundenservice@ **.de**
 oder faxen Sie an


Angebot gültig bis zum 06.06.2019.
 Solange der Vorrat reicht.

Gratis

zur Bestell-Bestellung

Bitte senden Sie mir zukünftig
 keine Informationen mehr über die Post!

Apothekenstempel

Ihr Partner in der Wundversorgung

und/oder

14

15

-2a-

10

Im herzlichen Angebot:
30 % Bar-Rabatt
auf Fixiermull



Maße: 22 cm B x 32 cm H x 21 cm T

HV-Display **35 % BR**
Fixiermull stretch

- ✓ mit neuem Topschild
- ✓ aufmerksamkeitsstark auf Ihrem HV
- ✓ mit 11 Packungen in 2 Größen

Herzliches Angebot

nur **€ 40,49**
statt € 62,30

Mit Easy-Fix-Flügeln



50 % NR
auf lose Ware

Fixiermull stretch

- ✓ die ideale Fixierung für jede Wundauflage
- ✓ macht jede Bewegung mit
- ✓ Ideal für Gelenke



Ihr Partner in der Wundversorgung

Herzliches Angebot



HV-Display Fixiermull stretch



Produkt	Inhalt	PZN	Lauer-Preis/ Packung	Rabatt	Preis	Preis	Preis
HV-Display Fixiermull stretch Maße: 22 cm breit, 12 cm hoch, 21 cm tief Art.-Nr.	8 x Fixiermull stretch 10 cm x 2 m	12548476	€ 5,50	35 %	€ 3,58	€ 40,49 statt € 62,30	
	3 x Fixiermull stretch 15 cm x 2 m	12548499	€ 6,10		€ 3,97		

Stand Lauer-Taxi 01.02.2019

Produkt	PZN	Art.-Nr.	Lauer-Preis	Natural-Rabatt	Bestellmenge
Fixiermull stretch 10 cm x 2 m	12548476		€ 5,50	50 %	___ + ___ NR
Fixiermull stretch 15 cm x 2 m	12548499		€ 6,10		___ + ___ NR
Fixiermull stretch 10 cm x 10 m	12548482		€ 16,60		___ + ___ NR
Fixiermull stretch 15 cm x 10 m	12548513		€ 23,30		___ + ___ NR

Stand Lauer-Taxi 01.02.2019

Portofreie Lieferung und Gratis-Zugabe ab einem Bestellwert von € 30,00 netto.
Zahlungseinstellungen: 14 Tage 2 % Skonto, 30 Tage netto. Alle Preise sind Nettopreise zzgl. Mehrwertsteuer und Stückpreise, wenn nicht anders angegeben. Angebot freibleibend, Irrtümer vorbehalten.

Senden Sie Ihre Bestellung an
Kundenservice@...
oder faxen Sie an
...

**Achtung neue
Faxnummer!**

Angebot gültig bis zum 28.02.2019.
Solange der Vorrat reicht.

☐ Bitte senden Sie mir zukünftig
keine Informationen mehr über die Post!

Kunden-Nr.: _____

Apothekenstempel

Ihr Partner in der Wundversorgung

und/oder

17

18

-9a- 22

Kalt-/Warm-Kompressen:

Helfen da, wo der
Schmerz sitzt



Bodenaufsteller

Maße: 60 cm B x 127 cm H x 45 cm T

[Redacted]

Kalt-/Warm-Kompressen

- ✓ mehrmals wiederverwendbar
- ✓ einfach in der Anwendung
- ✓ leicht formbar
- ✓ 200 Kompressen in 2 beliebigen Größen, inkl. Ware zum Auffüllen

Oster-Angebot

nur **€ 165,00**

statt € 399,00

Ihr Partner in der Wundversorgung

Oster-Angebot



Bodenaufsteller Kalt-/Warm-Kompressen



100 Stück,
Größe:
12 cm x 29 cm



100 Stück,
Größe:
12 cm x 12 cm



Produkt	Packungsinhalt	PZN	Laufpreis/ Stück	Netto-Preis/ Stück	Preisdisplay	Preisvergleich
FrostiFix® Bodenaufsteller	100 x 12 cm x 29 cm	02592803	€ 2,95	€ 1,19	€ 165,00 statt € 392,00	
Art.-Nr. 42631-DII	100 x 12 cm x 12 cm	13153685	€ 1,02	€ 0,46		

Stand: Letzte Fassung 01.04.2019

Portofreie Lieferung und Gratis-Zugabe ab einem Bestellwert
von € 30,00 netto.
Zusatzbedingungen: 14 Tage 2 % Skonto, 30 Tage netto. Alle Preise
inkl. MwSt. zzgl. Mehrwertsteuer und Stückpreise, wenn nicht
anders angegeben. Angebot freibleibend, Irrtümer vorbehalten.

Kunden-Nr.: _____

Senden Sie Ihre Bestellung an
Kundenservice@_____de
oder faxen Sie an

Achtung neue
Faxnummer!

Angebot gültig bis zum 02.05.2019.
Solange der Vorrat reicht.

Bitte senden Sie mir zukünftig
keine Informationen mehr über die Post!

Apothekenstempel

Ihr Partner in der Wundversorgung

Die Beklagte hat beantragt,

20

die Klage abzuweisen.

21

Die Beklagte hat behauptet, dass die Zugaben in Form von Boxen mit Süßigkeiten nicht geeignet seien, ein Interesse an der Verschreibung oder Abgabe der angebotenen Produkte zu wecken. Als Mitglieder der Fachkreise ließen sich Apotheken durch derart geringe

22

Beigaben nicht beeinflussen. Keinesfalls würden die Apotheker dadurch veranlasst, ihr Verhalten bei der Beratung von Kunden gerade im Hinblick auf die Werbegabe zu deren Ungunsten zu ändern. Gegenüber Fachkreisen könne eine Wertgrenze von 1,00 € nicht gelten.

Die in den jeweiligen Boxen befindlichen Süßigkeiten seien dafür vorgesehen, den Kunden der Apotheke als Werbegeschenk übergeben zu werden 23

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich der rechtlichen Bewertung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. 24

Die Beklagte wiederholt und vertieft mit der dagegen gerichteten Berufung ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie rügt, dass das Landgericht fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass es sich bei der Box mit Süßigkeiten nicht um eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. HWG handle. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass es sich um Werbung gegenüber Fachkreisen handle, so dass die Bewertung der Geringwertigkeit in Anpassung dazu zu erfolgen habe. Ersichtlich sei die Zugabe einer Süßigkeit im Wert von nicht einmal 5,00 € nicht geeignet, die unternehmerische Kaufentscheidung des Apothekers zu beeinflussen. Auch im Hinblick auf die sonstigen Rabatte sei das eindeutig nicht der Fall. Die individuelle Beeinflussbarkeit von Angehörigen der Fachkreise sei im Hinblick auf eine derartige Werbegabe auszuschließen und nicht mit der Beeinflussbarkeit eines Verbrauchers vergleichbar. Beachtlich sei auch, dass es nicht um den Vertrieb von Arzneimitteln, sondern um Medizinprodukte gehe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne auch eine Abwägung zwischen dem Wert der Ware und dem Wert der Zuwendung nicht getroffen werden. Beachtlich sei in diesem Zusammenhang auch nicht der Angebotspreis, sondern der reguläre Einkaufspreis. 25

Zu Unrecht sei das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die Werbegabe nicht für die pharmazeutische Praxis bestimmt sei. Die in den Boxen befindlichen Süßigkeiten seien geeignet und dazu vorgesehen, den Kunden in der Apotheke als kleine Aufmerksamkeit angeboten zu werden. Dies sei in Apotheken auch so üblich und für Verkäufe von nicht verschreibungspflichtigen Produkten zulässig. Den Bestimmungszweck verlöre die Werbegabe nicht allein dadurch, dass sie auch in anderem Zusammenhang gebraucht werden könnte. Vielmehr sei jede Förderung des Zwecks der Praxis ausreichend. Dazu verweist die Beklagte darauf, dass eine Vielzahl von Werbemitteln (z.B. Pflaster, Haftnotizen, Taschentücher, Handwärmer, Einkaufstaschen) speziell als Werbemittel für Apotheken angeboten würden. Diese könnten in gleicher Weise von den Mitarbeitern der Apotheke genutzt werden, wie von den Kunden. 26

Die Beklagte beantragt nunmehr, 27

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 28

Der Kläger beantragt, 29

die Berufung zurückzuweisen. 30

Er verteidigt mit näheren Ausführungen das angefochtene Urteil. 31

II. 32

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. 33

A.	34
Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen zur Unterlassung verpflichtet. Auch unter Berücksichtigung der mit der Berufung erhobenen Einwendungen ist eine abweichende rechtliche Bewertung zu Gunsten der Beklagten nicht veranlasst.	35
B.	36
Der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte folgt aus §§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 3a UWG i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 HWG. Danach kann, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Unzulässig sind nach § 3 Abs. 1 UWG unlautere geschäftliche Handlungen. Unlauter handelt wiederum, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3a UWG).	37
1.	38
Der Kläger ist unzweifelhaft aktivlegitimiert im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.	39
2.	40
Die Werbung der Beklagten ist eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.	41
3.	42
Diese geschäftliche Handlung ist auch unlauter im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG, da die Beklagte mit dem Anschreiben gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG verstoßen hat.	43
a)	44
Die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG stellt zunächst eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 06.06.2019 – I ZR 206/17 – Brötchen-Gutschein).	45
b)	46
Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte durch die beanstandete Werbung gegen diese Marktverhaltensregelung verstößt.	47
(aa)	48
Die beanstandete Werbung unterfällt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a) HWG dem Anwendungsbereich des HWG. Bei den beworbenen Mull- und Fixierbinden und den Kalt-/Warmkompressen handelt es sich um Medizinprodukte im Sinne des § 3 MedizinprodukteG. Auf diese Produkte findet nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 a) das HWG Anwendung.	49
Die streitgegenständliche Werbung stellt eine produkt- bzw. leistungsbezogene Absatzwerbung dar. Die für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidende Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens im	50

Vordergrund steht (Firmenwerbung) oder die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Arzneimittel (bzw. Medizinprodukte) (Absatzwerbung). Von Bedeutung sind insoweit - abgesehen von direkten Hinweisen auf namentlich genannte oder sonst unzweideutig kenntlich gemachte Arzneimittel - die Gestaltung der Werbung, der Zusammenhang, in dem sie steht, der Name des werbenden Unternehmens und inhaltliche Hinweise, wie etwa die Beschreibung eines Indikationsgebietes und der Sinn verwendeter Begriffe (BGH WRP 2019, 187, 189 – Versandapotheke; Doepner in: Doepner/Reese Heilmittelwerbegesetz, 3. Auflage. § 1 Rn. 51 f m.w.N.). Die streitgegenständlichen Flyer bewerben eindeutig die Produkte und Leistungen der Beklagten, die damit im Vordergrund stehen.

(bb) 51

Gemäß § 7 Abs. 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, wenn nicht eine der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 5 HWG geregelten Ausnahmen vorliegt. Werbegaben für Angehörige der Heilberufe sind unbeschadet des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG nur dann zulässig, wenn sie zur Verwendung in der ärztlichen, tierärztlichen oder pharmazeutischen Praxis bestimmt sind (§ 7 Abs. 1 S. 2 HWG). 52

(1) 53

Die von der Beklagten als „Zugabe“ beworbenen Boxen mit Süßigkeiten stellen Werbegaben im Sinne des § 7 Abs. 1 HWG dar. Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 HWG ist im Hinblick auf den Zweck der dortigen Regelung, durch eine weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Heilmittelbereich der abstrakten Gefahr einer hiervon ausgehenden unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, weit auszulegen. Er erfasst grundsätzlich jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung, die im Zusammenhang mit der Werbung für ein bestimmtes oder mehrere konkrete Heilmittel gewährt wird (BGH, Urteil vom 06.11.2014 – I ZR 26/13 - Kostenlose Zweitbrille; OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2018 – 2 U 39/17 – Unsere 6 gegen Erkältung m.w.N.; OLG München, Urteil vom 09.11.2017 – 29 U 4850/16 m.w.N.). 54

Werbegaben im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 HWG sind von unentgeltlichen Werbehilfen an Angehörige der Heilberufe abzugrenzen, bei denen die Werbung gegenüber den Endverbrauchern im Mittelpunkt steht und die aus Sicht der Empfänger vorwiegend dem eigenen Interesse des Herstellers dienen (BGH, Urteil vom 25.04.2012 – I ZR 105/10 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Unzweifelhaft stellen die Boxen geldwerte Vergünstigungen dar, welche die Apotheker im Falle der Bestellung der Medizinprodukte erhalten sollen. Es ist aus Sicht der angesprochenen Apotheker auch nicht ersichtlich, dass überhaupt eine Werbung gegenüber ihren Kunden bezweckt sein könnte und so deren Interesse gefördert werden sollte. Damit stellen die Boxen Werbegaben und nicht etwa nur Werbehilfen dar. 55

(2) 56

Es greift keine Ausnahme gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG. Nach dieser Regelung sind ausnahmsweise Zuwendungen und sonstige Werbegaben zulässig, wenn es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um Gegenstände von geringem Wert, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produktes oder beider gekennzeichnet sind, oder um geringwertige Kleinigkeiten handelt. Da die Beklagte die Boxen nicht mit einer dauerhaften und deutlich sichtbaren Bezeichnung der Beklagten und/oder des beworbenen Produktes versehen hat, könnte die Ausnahmeregelung 57

des § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG daher nur greifen, wenn es sich dabei um geringwertige Kleinigkeiten handeln würde. Das ist allerdings nicht der Fall.

(aaa)

58

Bis zu der grundlegenden Entscheidung vom 06.09.2019 (I ZR 206/17 – Brötchen-Gutschein) hat der Bundesgerichtshof eine Wertgrenze von 1,00 EUR beim Bezug verschreibungspflichtiger Medikamente für Verbraucher definiert (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2013, I ZR 98/12 – Rezeptbonus). Ob in Anlehnung an diese frühere Rechtsprechung des BGH eine Wertgrenze von 1,00 € für Zugaben bei einer Werbung gegenüber Fachkreisen für Medizinprodukte gilt (so i.E. OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2018 – 2 U 39/17; a.A. OLG Köln, Urteil vom 07.12.2018 – 6 U 95/18 (Werbegabe im Wert von 0,8 % des Warenwertes zulässig - Wert der Werbegabe tatsächlich: 13,00 €)), muss vorliegend nicht grundsätzlich entschieden werden.

(bbb)

60

Jedenfalls stellen die hier als Zugabe beworbenen Boxen mit Süßigkeiten im Wert von mindestens 4,89 € keine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG dar.

Der Wortlaut der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG - „geringwertige Kleinigkeiten“ - bildet die Grenze der Auslegung. Aus der vorgenommenen Differenzierung und der Kombination von „Kleinigkeit“ und „geringwertig“ folgt, dass ohne Werbeaufdruck nur Werbegaben von so geringem Wert zulässig sind, dass eine relevante unsachliche Beeinflussung der Werbeadressaten als ausgeschlossen erscheint. Als geringwertige Kleinigkeiten sind daher nur kleinere Zugaben anzusehen, die sich als Ausdruck allgemeiner Kundenfreundlichkeit darstellen und nach allgemeiner Auffassung einen völlig zu vernachlässigenden geringen Wert haben (vgl. BGH, Urteil vom 09.09.2010 - I ZR 193/07 – UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE und BGH Urteil vom 15.12.1953 – I ZR 168/53 = NJW 1954, 469 – Kunststoff-Figuren I). Dabei bestimmt sich der Wert nicht nach den Aufwendungen des Werbenden, sondern dem Vorteil, den der Umworbene erhält (OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.12.2012 – 20 U 46/12 – kostenloser Shuttleservice). Grundsätzlich ist bei einer Publikumswerbung im Hinblick auf die leichte Beeinflussbarkeit der Werbeadressaten von einer niedrigen Wertgrenze auszugehen (BGH, Urteil vom 09.09.2010 - I ZR 193/07 – UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE; weiteres Urteil vom 09.09.2010 - I ZR 98/08 - Bonuspunkte), wobei die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung im Sinne einer individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger zu bewerten ist (BGH, Urteil vom 25.04.2012 - I ZR 105/10 -DAS GROSSE RÄTSELHEFT).

Diese Erwägungen treffen dem Grunde nach auch auf Angehörige der Fachkreise im Sinne von § 2 HWG zu. Der Wortlaut in § 7 HWG unterscheidet nicht zwischen der an Verbraucher gerichteten Werbung und der Werbung an Fachkreise, obwohl das Gesetz durchgehend eine Bewertung dahingehend vornimmt, ob diese Differenzierung sachgerecht ist (vgl. § 4 Absatz 3 Satz 1, § 4a Absatz 2, § 10 Absatz 2 Satz 1, § 11 Absatz 1 und 2 sowie § 12 Absatz 1 und 2 HWG; OLG Stuttgart a.a.O.).

(ccc)

64

Zunächst kann im Hinblick auf den Wortlaut bei der Beurteilung der individuellen Beeinflussbarkeit der Fachkreise nicht entscheidend sein, dass z.B. pharmazeutische Unternehmen Apothekern - außerhalb der preisgebundenen Arzneimittel - gemäß § 7 Absatz 1 Nr. 2 a HWG Vorteile durch Rabatte gewähren können. Solche Nachlässe auf den

an sich geforderten Preis sind nur zugelassen, wenn sie zusammen mit einem Heilmittel angeboten, angekündigt oder gewährt werden. Zweck der gesetzlichen Ausnahme ist es, den Preiswettbewerb in der Vertriebskette zu intensivieren. Nach der Idealvorstellung des Gesetzgebers, gibt der Apotheker - gezwungen durch den Wettbewerb - seinen Rabattvorteil (jedenfalls zum erheblichen Teil) an den Verbraucher weiter. In diesem Fall wird der Empfänger den Rabatt nicht als Geschenk empfinden, für das er sich gegenüber dem Zuwendenden dankbar erweisen müsste. Dies ist bei einer Werbegabe ggf. vollständig abweichend zu beurteilen, obwohl deren Wert geringer ist, als ein gewährter Rabatt (so auch OLG Stuttgart a.a.O. m.w.N.).

(ddd)

66

Keinesfalls kommt es in Betracht, die Geringwertigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG nach einem Verhältnis des Warenwertes und des Wertes der Werbegabe zu bestimmen. Dies ergibt sich zwanglos aus dem Umstand, dass dann mit steigendem Warenwert auch der Wert der danach angeblich zulässigen Zugabe steigt (anders: OLG Köln a.a.O.). Etwa bei „Großbestellungen“ im Wert von 100.000,00 € würde die in der Rechtsprechung teilweise für zulässig erachtete Werbegabe von 0,8 % des Warenwertes dann bereits 800,00 € ausmachen. Aus Sicht des Empfängers handelt es sich bei einer derart werthaltigen Werbegabe zweifellos um ein Geschenk, für das sich der Empfänger in irgendeiner Weise gegenüber dem Zuwendenden dankbar erweisen sollte. Ferner würde bei einer derartigen Beurteilung gerade ein Anreiz geschaffen, durch möglichst hochpreisige Bestellungen möglichst werthaltige Werbegaben zu erhalten.

67

(eee)

68

Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG besteht vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit Geschenken ausgehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2003 - I ZR 142/00, GRUR 2003). Das in § 7 Abs. 1 S. 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot der Wertreklame soll Verkaufsförderungstaktiken verhindern, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu erwecken (BGH, Urteil vom 12.12.2013 – I ZR 83/12 – Testen Sie Ihr Fachwissen); gefördert werden soll eine medizinische und pharmazeutische Praxis, die den Berufsregeln entspricht (BGH, Urteil vom 25.04.2012 – I ZR 105/10 DAS GROSSE RÄTSELHEFT).

69

Danach kommt es nicht darauf an, ob Apotheker sich in Anbetracht der angebotenen Werbegabe dazu veranlasst sehen, ggf. auf Kosten bestehender Gesundheitsrisiken die von der Beklagten angebotenen Produkte zu empfehlen und danach abzusetzen. Ein derartiger Effekt ist auf Grundlage einer Werbegabe im Wert von etwa 5,00 € sicher nicht zu erwarten. Allerdings ist es nicht fernliegend, dass die angesprochenen Apotheker bei einem Vergleich von Medizinprodukten eben gerade auf die von der Beklagten angebotenen Produkte beziehen werden, weil in diesem Fall noch der Bezug einer dem Apotheker genehmen Zugabe zu erwarten ist. Sobald aber die Produkte in das Warensortiments der Apotheken übergegangen sind, ist auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten, dass diese auch (ggf. nach entsprechender Empfehlung) an die Kunden abgegeben werden. Letztlich intendieren derartige Werbegaben daher eine bevorzugte Berücksichtigung des eigenen Produkts in der Kundenberatung, was sich – jedenfalls nicht ausschließbar – zu Lasten der Kunden auswirken kann. Abstrakt besteht damit durchaus die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung. Würde man das von der Beklagten betriebene Modell beispielsweise allgemein für zulässig erachten, wäre es denkbar, dass ggf. beim Bezug vergleichbarer

70

Medizinprodukte die konkret angebotene Zugabe den Ausschlag gibt, welches Medizinprodukt in das Sortiment des Apothekers übergeht und bei Empfehlungen an die Kunden besondere Berücksichtigung findet.

(3) 71

Selbst wenn aber die Werbegaben eine geringwertige Kleinigkeit darstellen würden, fehlt jedenfalls auch die Bestimmung zur Verwendung in der pharmazeutischen Praxis im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 HWG. Für Werbegaben an Angehörige der Heilberufe – also nicht sämtlicher Fachkreise im Sinne des § 2 HWG – verlangt § 7 Abs. 1 S. 2 HWG zusätzlich eine besondere Zweckgabe der Werbegabe. Auch Apotheker gehören zu den Angehörigen für Heilberufe (Sosnitza in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Werksstand 175, EL November 2019, § 2 HWG Rn. 5). Damit muss die Werbegabe objektiv zur Verwendung in der ärztlichen, tierärztlichen oder pharmazeutischen Praxis bestimmt sein (Fritzsche in: Medizinrecht, 3. Auflage, § 7 HWG Rn. 29). Im Hinblick auf diese objektive Zweckbestimmung kommt es nicht darauf an, ob sich die Süßigkeiten ggf. auch zur Weitergabe an die Kunden eignen könnten. Eine derartige Eignung liegt im Übrigen auch nach Auffassung der Beklagten allenfalls bei den einzelverpackten „N“ vor. Mit Schriftsatz vom 19.07.2019 (Anlage 9) hat sie dargelegt, selbst davon auszugehen, dass die nicht einzelverpackten Süßigkeiten „aus hygienischen Gründen in einer Apotheke nicht als Angebot einer kleinen Werbegabe an die Kunden geeignet sein könnten, jedenfalls aber mit nachvollziehbaren Argumenten die Eignung als Zugabeartikel in Apotheken verneint werden kann“.

72

Abzustellen ist allein auf die „objektive Bestimmung“ der Werbegabe, nicht auf eine denkbare Eignung. Bei der Werbegabe ist nicht ersichtlich, dass der Nutzen für die Apotheker hauptsächlich darin besteht, sie im Rahmen des Apothekenbetriebs als Werbegeschenk überreichen zu können (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 25.04.2012 – I ZR 105/10 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Ebenso wahrscheinlich ist eine rein private Verwendung der Apotheker. Dies reicht allerdings nicht aus.

73

Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass von Fachhändlern eine Vielzahl von Werbeartikeln speziell für Apotheken angeboten wird, die in gleicher Weise von Kunden und Apothekenmitarbeitern genutzt werden könnten. Bei den von der Beklagten dargelegten Artikeln handelt es sich jedoch um Werbemittel, die Apotheken selbst kostenpflichtig beziehen können, um diese unentgeltlich an die Kunden abzugeben. Unabhängig davon, ob eine derartige Abgabe unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG zulässig wäre, handelt es sich bei derartigen Angeboten nicht um Werbegaben für Angehörige der Heilberufe im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 HWG.

74

c) 75

Zu Recht ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass der Verstoß geeignet ist, die Interessen von sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. (vgl. grundsätzlich dazu: BGH, Urteil vom 06.06.2019 – I ZR 206/17 – Brötchen-Gutschein, juris Rn. 53). Einwendungen erhebt die Beklagte dagegen mit der Berufung nicht.

76

d) 77

Die Wiederholungsgefahr ist aufgrund des dargestellten Verstoßes indiziert. Unabhängig davon, dass der Kläger die vorgerichtlich angebotene Unterlassungserklärung der Beklagten nicht angenommen hat, lässt eine Unterlassungsverpflichtungserklärung nur dann die

78

Wiederholungsgefahr entfallen, wenn sie der Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung dadurch dient, dass sie nicht nur eindeutig, hinreichend bestimmt und durch ein Vertragsstrafeversprechen gesichert ist, sondern auch den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Inhalt und Umfang vollständig abdeckt (st. Rspr, vgl. u.a. BGH, Urteil vom 21.02.2008 – I ZR 142/05 – Buchführungsbüro). Das war aufgrund der beschränkten Reichweite der vorgerichtlich abgegebenen Unterlassungserklärung der Beklagten nicht der Fall.

III.	79
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	80
Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht nicht. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.	81