Oberlandesgericht Köln, 6 U 189/11

Datum:	23.03.2012
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 189/11
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2012:0323.6U189.11.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 84 O 77/11
Nachinstanz:	Bundesgerichtshof, I ZR 83/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17.08.2011 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 77/11 – wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 37.500,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e 1

I. 2

3

Die Beklagte, die das Arzneimittel „B.“ vertreibt, warb dafür mit einer das Apothekenpersonal ansprechenden sechsseitigen Beilage zu einer Apothekenfachzeitschrift („PTAheute“ Nr. 19/2010, Anlage K 1). Auf der Rückseite wurden unter dem Titel „Gewinnen Sie mit B.“ acht Testfragen gestellt und als Belohnung die Verlosung von „10 Damen-Geldbörsen von Esprit“ unter allen richtigen Einsendungen ausgelobt. Der klagende Wettbewerbsverband sieht darin einen Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot von Werbegaben. Das Landgericht, auf dessen Feststellungen der Senat Bezug nimmt, hat die Beklagte zur Unterlassung der Werbung in konkreter Form und zum Abmahnkostenersatz verurteilt. Mit ihrer Berufung begehrt sie weiterhin Klageabweisung. Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

II. 4

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. 5

Zu Recht und mit zutreffenden, vom Senat geteilten Erwägungen hat das Landgericht den vom Kläger geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG (dessen Anwendung im Gesundheitsbereich die mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken bezweckte Vollharmonisierung nicht entgegen steht, vgl. BGH, GRUR 2011, 246 = WRP 2011, 344 [Rn. 12] – Gurktaler Kräuterlikör), wegen eines Verstoßes der Beklagten gegen die Marktverhaltensregel des § 7 Abs. 1 HWG bejaht. 6

Wie in dem eine andere Ausgabe der gleichen Werbebeilage betreffenden Senatsurteil vom 10.12.2010 (GRUR-RR 2011, 380) und den ähnlich gelagerten Entscheidungen des OLG Karlsruhe vom 08.12.2010 – 6 U 126/10 –sowie des OLG Nürnberg vom 20.12.2011 – 3 U 1429/11 – geht es im Streitfall um eine produktbezogene Werbung für ein Medikament innerhalb der Fachkreise, für die § 11 Nr. 13 HWG keine vorrangige Sonderregelung darstellt. Prüfungsmaßstab ist vielmehr § 7 Abs. 1 HWG, der im Rahmen einer solchen Werbung das Anbieten, Ankündigen oder Gewähren von Werbegaben grundsätzlich verbietet. Da keine der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen eingreift, den verlosten Damen-Geldbörsen insbesondere der nach § 7 Abs. 1 S. 2 HWG erforderliche Bezug zur beruflichen Tätigkeit der angesprochenen pharmazeutisch-technischen Assistenten fehlt (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O., sub Nr. 6 und 7), kommt es für den Erfolg der Klage – wie auch die Beklagte nicht verkennt – letztlich nur darauf an, ob die Auslobung der Verlosungsgewinne als Werbegabe im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils und entgegen der Auffassung der Beklagten ist dies der Fall. 7

Im Berufungsrechtszug erläutert und vertieft die Beklagte ihren schon in erster Instanz vertretenen Rechtsstandpunkt, wonach bei verfassungskonformer Auslegung des § 7 Abs. 1 HWG das erhebliche Ausmaß der von den Teilnehmern zu erbringenden Leistung und die Relevanz der Antworten für die Unternehmenskommunikation stärker zu berücksichtigen seien, die einer unsachlichen Beeinflussung des Apothekenpersonals entgegenstünden. 8

Dem gegenüber ist mit der am Tag der Verkündung des angefochtenen Urteils ergangenen Entscheidung „Arzneimitteldatenbank“ des Bundesgerichtshofs (GRUR 2011, 1163 = WRP 2011, 1590) zu betonen, dass der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 S. 1 HWG weit auszulegen ist und grundsätzlich *jede* unentgeltliche Vergünstigung erfasst, die im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel gewährt wird. Normziel ist es, durch weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, wobei für die Frage, ob zwischen der Zuwendung und der Heilmittelwerbung ein Zusammenhang besteht, auf die Sicht der 9

Empfänger abzustellen ist, also darauf, ob die Angehörigen der Heilberufe, die als Empfänger in Betracht kommen, in der fraglichen Zuwendung ein Werbegeschenk sehen. Auch die unionsrechtlichen Bestimmungen (Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG), nach denen es verboten ist, den zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, die nicht nur von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind, sollen Verkaufsförderungspraktiken verhindern, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken.

Vor diesem Hintergrund unterfällt die Verlosung von Geldbörsen einer bekannten Marke, die aus Sicht der Adressaten weder von erkennbar geringem Wert sind – nach den Angaben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der Berufungsverhandlung soll der Anschaffungspreis einer einzelnen Geldbörse zwar nur 12,00 € betragen, auf Grund der Abbildung und des handelsüblichen Preisniveaus solcher Markenartikel werden die angesprochenen pharmazeutisch-technischen Assistentinnen ihnen aber einen deutlichen höheren Wert beimessen – noch in irgend einer relevanten Beziehung zu ihrer beruflichen Tätigkeit stehen, sehr wohl dem Schutzzweck der Norm, ohne dass die Berufsausübungs- und Werbefreiheit der Beklagten (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 S. 2 GG) eine andere Beurteilung gebietet. Deren Werbung beschränkt sich gerade nicht auf die kostenlose Überlassung von – auf das eigene Produkt bezogenen oder darüber hinausgehenden – Fachinformationen oder auf das Angebot, dadurch erworbene Kenntnisse mit Hilfe von Testfragen zu überprüfen. Vielmehr setzt die Beklagte schon auf der Titelseite der Zeitschriftenbeilage mit dem hervorgehobenen Text „Gewinnen Sie durch Wissen“ und erneut mit der Überschrift der letzten Seite „Gewinnen Sie mit B.“ aleatorische Anreize, die jedenfalls objektiv – auch – dazu dienen, die Adressatinnen in sachfremder Weise zur intensiven Beschäftigung mit dem Inhalt der Werbebeilage zu motivieren. 10

Diesen ist freilich klar, dass sie in den Genuss der ausgelobten Zuwendungen nur gelangen können, wenn sie die acht Testfragen richtig beantworten und außerdem das nötige Losglück haben. Das schließt jedoch nicht aus, dass sie die Gewinne als unentgeltliche Werbegaben der Beklagten auffassen, wobei ein nicht unbedeutender Effekt der Werbung bereits dadurch eintritt, dass die Adressatinnen, um sich des erhofften Gewinnes „würdig“ zu erweisen, die Werbeschrift gründlich durchlesen müssen. Eine aus ihrer Sicht die Unentgeltlichkeit der Vergünstigung ausschließende wirtschaftlich adäquate Gegenleistung, wie sie der Senat im Falle eines von den Adressaten durchzuführenden Praxistests angenommen hat (GRUR-RR 2008, 446 [447]), liegt darin nicht. Insoweit kommt es – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – auch nicht entscheidend darauf an, dass die Testfragen im Streitfall höhere Anforderungen an die Aufmerksamkeit und Auffassungsgabe der Gewinnspielteilnehmer stellen als im Falle des eingangs erwähnten Senatsurteils vom 10.12.2010 (GRUR-RR 2011, 380). Auf den zusätzlichen Nutzen der zurückgesandten Fragebögen für die Unternehmenskommunikation und die künftige Werbestrategie der Beklagten kommt es angesichts der vom Bundesgerichtshof (a.a.O.) betonten Maßgeblichkeit des Erwartunghorizonts der Werbeadressaten ebenfalls nicht entscheidend an. Eine abweichende Beurteilung wäre aber selbst dann nicht veranlasst, wenn dieser Zusatznutzen in die Betrachtung einbezogen würde, weil auch dann die selektive Belohnung von zehn Gewinnern offensichtich außer Verhältnis zu den Anstrengungen der einzelnen Gewinnspielteilnehmer stünde. 11

Die für die Annahme einer verbotenen Werbegabe ausreichende wenigstens abstrakte Gefahr der unsachlichen Beeinflussung (vgl. BGH a.a.O.) besteht im Streitfall angesichts der 12

sachlichen Unangemessenheit des aleatorischen Anreizes schon deshalb, weil die dadurch geförderte intensive Beschäftigung des Apothekenpersonals mit dem Präparat der Beklagten geeignet erscheint, eine bereits vorhandene positiv geprägte Beziehung zu dem Medikament und deren Anbieter affektiv zu verstärken. Dass die Teilnahme an dem Gewinnspiel nicht unmittelbar an den Erwerb des Produkts oder eine Abgabe von „B.“ an Apothekenkunden gekoppelt ist, steht dem nicht entgegen, weil das Vorliegen einer rechtlich unerwünschten Imagewerbung genügt. Ob bei verfassungskonformer Auslegung des § 7 Abs. 1 HWG über diese Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des Apothekenpersonals hinaus eine wenigstens mittelbare Gesundheitsgefährdung festgestellt werden muss, hat der Senat in seinem Urteil vom 10.12.2010 dahin stehen lassen und kann auch hier dahin gestellt bleiben. Denn eine solche wenigstens mittelbare Gefahr besteht hier schon deshalb, weil die Werbeadressatinnen in der Meinung, die Vor- und Nachteile des Schmerzmittels „B.“ nun genau zu kennen, dieses Präparat ihren Kunden auch in Fällen zu empfehlen geneigt sein können, in denen die Konsultation eines Arztes zur Vermeidung gesundheitlicher Nachteile angezeigt wäre. Der Einwand, dass sie durch die Werbung gerade zu einem sachgemäßen Einsatz des Präparat angehalten würden, kann der Beklagten insoweit nicht helfen.

III. 13

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 14

Es besteht kein Anlass, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. Das Urteil betrifft die tatrichterliche Beurteilung eines Einzelfalles anhand gefestigter Rechtsgrundsätze und weicht nicht von der Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte durch andere Obergerichte ab, so dass der Sache weder grundsätzliche Bedeutung zukommt noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof erfordert. 15

Streitwert für das Berufungsverfahren: 37.500,00 € 16

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE