

Keine Handtaschen und Kosmetika: OLG Nürnberg untersagt Preisausschreiben für PTA im Rahmen der Arzneimittelwerbung

Mit Urteil vom 20.12.2011 (Az.: 3 U 1429/11) hat das Oberlandesgericht (OLG) Nürnberg einen Arzneimittelhersteller verurteilt, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, für ein Arzneimittel mit einem Gewinnspiel zu werben, welches sich an pharmazeutische Assistenten/Assistentinnen (PTA) richtete, und bei denen man Handtaschen und Gutscheine einer Parfümerie gewinnen konnte.

Der Fall

Ein Arzneimittelhersteller warb im Oktober 2010 in der Zeitschrift „PTA heute“, die sich an das Personal von Apotheken wendet, indem er einen Faltprospekt beilegte, in welchem ein Gewinnspiel angekündigt wurde. Für die richtige Beantwortung von drei Fragen lobte er 25 Handtaschen mit einem Wert von jeweils 9,90 € sowie Gutscheine einer Parfümerie zu einem Wert von jeweils 5 € aus.

Unterlassungsklage vor dem LG Nürnberg-Fürth

Der Arzneimittelhersteller wurde daraufhin von einem Wettbewerbsverein vor dem Landgericht (LG) Nürnberg-Fürth auf Unterlassung in Anspruch genommen. In diesem gerichtlichen Verfahren vertrat der Arzneimittelhersteller die Ansicht, dass alle Preise einen geringen Wert aufweisen würden und insoweit als geringwertige Kleinigkeiten heilmittelwerberechtlich unbedenklich seien. Würden die Angestellten einer Apotheke angesprochen, müsse ein großzügigerer Maßstab als bei der sog. Publikumswerbung gegenüber dem Verbraucher angelegt werden. Darüber hinaus bestünde durch das Preisausschreiben auch nicht die Gefahr, dass die angesprochenen Mitarbeiter der Apotheken unsachlich beeinflusst würden, so dass eine Beeinträchtigung von Patienteninteressen nicht zu befürchten sei.

Das LG Nürnberg-Fürth schloss sich der Auffassung des beklagten Arzneimittelherstellers an und wies die Klage mit Urteil vom 30.06.2011 (Az.: 1 HKO 10111/10) ab.

Berufung zum OLG Nürnberg

Der klagende Wettbewerbsverein legte gegen die Entscheidung Berufung ein, über welches das OLG Nürnberg mit Urteil vom 20.12.2011 entschied. Das Berufungsgericht hob die erstinstanzliche Entscheidung auf und verurteilte den Arzneimittelhersteller vollumfänglich zur Unterlassung.

Weiter Begriff der Heilmittelwerbung

Zunächst stellte das OLG Nürnberg fest, dass der Begriff der „Werbung“ im heilmittelwerblichen Sinne weit auszulegen sei. Hierunter fielen alle Maßnahmen zur Information, zur Marktunterrichtung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Ausschlaggebend ist die Zielrichtung der Förderung des Absatzes. Hiervon sei im konkreten Fall bei der strittigen Broschüre, in der sich das Gewinnspiel befand, auszugehen. Nach Ansicht des Berufungssenates bestünde zwischen der ausgelobten Zuwendung und der Arzneimittelwerbung ein ausreichender Zusammenhang. Die Auslobung der Taschen und der Gutscheine sei als Versprechen eines materiellen Vorteils geeignet, ein wirtschaftliches Interesse an der Abgabe gerade dieses Arzneimittels zu wecken. Und die Regelungen der Apothekenbetriebsordnung (ApoBetrO) ließen es zu, dass PTA Arzneimittel in Apotheken abgeben.

Mittelbare Gesundheitsgefährdung ausreichend

Das Gericht erkannte in diesem Zusammenhang auch eine Gefahr, dass die durch das Preisausschreiben beeinflusste PTA das beworbene Mittel einem Kranken empfehlen würde, obwohl im Zweifelsfall die Konsultation eines Arztes zur Vermeidung gesundheitlicher Nachteile angezeigt wäre. Der Kunde würde immer davon ausgehen, dass die Empfehlung unvoreingenommen erfolgt. Diese mittelbare Gesundheitsgefährdung erachtete der Berufungssenat als genügend, um die Unterlassungsverpflichtung zu stützen.

Bei der Werbung gegenüber Angehörigen der Fachkreise kommt es auf die Geringwertigkeit nicht an

Der beklagte Arzneimittelhersteller hatte bereits erstinstanzlich eingewandt, es würde sich sowohl bei den ausgelobten Taschen als auch bei den Gutscheinen um geringwertige Zuwendungen handeln, so dass diese heilmittelwerberechtlich zulässig seien. Es könnten nicht die engen Maßstäbe angelegt werden, die bei der Publikumswerbung gelten würden.

Dieser Einschätzung vermochte sich das OLG Nürnberg nicht anzuschließen. Es wies – zutreffend – darauf hin, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 2 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) eine Zuwendung an Angehörige der Fachkreise nur dann statthaft sei, wenn diese einen Bezug zur beruflichen Tätigkeit aufweisen würde. Zu diesem Personenkreis zählten nicht nur Ärzte, Zahnärzte und Apotheker, sondern auch die Angehörigen der assistierenden Berufe, mithin die PTA.

Einen für die Zulässigkeit erforderlichen beruflichen Bezug der ausgelobten Zuwendungen vermochte der Berufungssenat weder bei den Handtaschen noch bei den Parfümeriegutscheinen zu erkennen.

Keine adäquate Gegenleistung in der Beantwortung der Fragen

Darüber hinaus sei nach Ansicht des OLG Nürnberg die hier beanstandete Werbung auch nicht deshalb zulässig, weil eine adäquate Gegenleistung erbracht würde. Um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, bedurfte es lediglich der Beantwortung dreier Fragen im Multiple-Choice-Verfahren. Irrelevant sei, dass diesem Zusammenhang in den Fragen Begriffe auftauchten, die ein Laie hinsichtlich des Bedeutungsgehaltes nicht ohne weiteres einordnen konnte. Denn das Gericht wies zutreffend darauf hin, dass die angesprochenen PTA aufgrund ihres in der Ausbildung erworbenen Kenntnisstandes durchaus ohne weiteres in der Lage waren, die Fragen zu beantwor-

ten. Sämtliche Antworten auf die gestellten Fragen seien zudem aus der streitgegenständlichen Broschüre zu entnehmen gewesen.

Verstoß gegen Marktverhaltensregelung

Das OLG Nürnberg erachtete in dem Gewinnspiel einen Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot des § 7 Abs. 1 HWG. Da es sich bei dieser Vorschrift um eine sog. Marktverhaltensregelung handelt, stelle dies über § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zugleich einen Wettbewerbsverstoß dar.

Fazit

Mit seiner Entscheidung vom 20.12.2011 setzt das OLG Nürnberg konsequent die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) um, welches mit Entscheidung vom 26.03.2009 – I ZR 99/07 – (DeguSmiles & more) festgestellt hat, dass eine mittelbare Gesundheitsgefährdung für eine heilmittelwerberechtliche Untersagung ausreicht. Das Gericht stellt zudem klar, dass Zuwendungen für Angehörige der Heilberufe nur dann statthaft sind, wenn diese im Rahmen der beruflichen Tätigkeit verwendet werden können. Ist dies nicht der Fall, kommt es auf die Frage der Geringwertigkeit nicht mehr an. Offengelassen wurde somit die Frage, ob die engen Maßstäbe, die der BGH im Rahmen der Publikumswerbung aufgestellt hat, d.h. die dort niedergelegte Wertgrenze von ca. 1 € (vgl. *RPmed Newsletter 7/2010*), auch bei der Werbung gegenüber den Angehörigen der Fachkreise Relevanz aufweist oder ob man hier einen großzügigeren Maßstab anlegen kann.

*Dr. Marc Sieper, Sindelfingen
Fachanwalt für Medizinrecht
sieper@rpmed.de*

www.rpmed.de

Impressum:

Ratajczak & Partner, Rechtsanwälte
Posener Str. 1, 70165 Sindelfingen
AG Stuttgart (PR 240005), Sitz Sindelfingen
USt.-Ident-Nr.: DE145149760

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Detlef Gurgel

E-Mail der Redaktion: redaktion@rpmed.de
Die Mitteilungen dieses Newsletters enthalten allgemeine Informationen zu rechtlichen Themen. Eine rechtliche Beratung im Einzelfall können sie nicht ersetzen. Für die Richtigkeit der Information übernehmen wir keine Haftung.