

LG Bielefeld zur heilmittelwerberechtlichen Zulässigkeit eines „Marktforschungs-Rabattes“

Mit Urteil vom 11.01.2013 hat das Landgericht (LG) Bielefeld (Az.: 15 O 173/12) im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens einem Apotheker untersagt, den Kunden seiner Versandapotheke einen „Marktforschungs-Rabatt“ in Höhe von 5,00 € für die Beantwortung von drei Fragen auszuloben, der bei der nächsten Bestellung gewährt werden würde.

„Marktforschungsrabatt“ für drei Antworten?

Ein Apotheker betrieb neben seiner Apotheke zugleich auch eine Versandapotheke. Im Dezember 2012 bewarb er ausgewählte von ihm in seiner Versandapotheke angebotene Arzneimittel dahingehend, dass er die Kunden aufforderte, drei kurze Fragen zu beantworten, wofür er ihnen einen „Marktforschungs-Rabatt“ in Höhe von 5,00 € in Aussicht stellte. Dieser Rabatt sollte dann bei der nächsten Bestellung berücksichtigt werden. So fragte er, ob der Kunde auch bei anderen Versandapotheken kaufe, ob er bestimmte Wünsche habe und ob er den Newsletter bestellen wolle.

Der Apotheker wurde sodann von einem Wettbewerbsverband abgemahnt und aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Nachdem dies nicht geschah, beantragte der Wettbewerbsverband beim LG Bielefeld den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das Gericht gab dem Antrag nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung statt und untersagte dem Apotheker mit einem „Marktforschungs-Rabatt“ bei Beantwortung der drei kurzen Fragen zu werben bzw. einen solchen ausgelobten Rabatt zu gewähren.

Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes

Das Gericht folgte der Auffassung des Wettbewerbsverbandes, dass es sich bei dem „Marktforschungs-Rabatt“ um eine unentgeltliche Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) handeln würde. Der Apotheker hatte demgegenüber eingewandt, der Gewährung dieses Betrages würde eine adäquate Gegenleistung – namentlich die Beantwortung der drei Fragen – gegenüberstehen, so dass es sich nicht um eine unentgeltliche Zuwendung handeln würde. Dieser Einschätzung folgte das Gericht nicht, weil es feststellte, dass es sich um lediglich drei belanglose, banale Fragen handeln würde.

5,00 €: Keine geringwertige Zuwendung mehr

Nachdem das Gericht erkannt hatte, dass der Anwendungsbereich des HWG eröffnet war, stellte es fest, dass Zuwendungen nach § 7 Abs. 1 HWG grundsätzlich unzulässig seien, es sei denn einer der in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG genannten Ausnahmetatbestände läge vor. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

Das LG Bielefeld folgte somit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), welcher mit verschiedenen Urteilen vom 09.09.2010 (vgl. **RP-Newsletter Nr. 7/2010**) ausgeführt hatte, dass eine Zuwendung mit einem Wert von 5,00 € keine geringwertige Kleinigkeit (mehr) darstellen würde. Folglich sei der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG nicht eröffnet.

Müssen Rabatte geringfügig sein?

Der Apotheker hatte die Zuwendung ausdrücklich als „Rabatt“ bezeichnet. Er verwies folglich auf die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG, nach welchem die Gewährung von Geld- oder Mengenrabatten zulässig seien. Dies sei zulässig. Mit seiner Auslobung würde er auch keine arzneimittelrechtlichen Preisvorschriften verletzen. Bei den Arzneimitteln, auf die sich die Werbung bezog, handele es sich ausnahmslos um sog. OTC-Ware („over the counter“), die allesamt der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) nicht unterworfen waren.

Das LG Bielefeld stellte auf die Frage der verbindlichen arzneimittelrechtlichen Preisvorgaben nicht ab, sondern betonte in diesem Zusammenhang, dass es angezeigt sei, die Frage der Geringwertigkeit auch im Zusammenhang mit der Rabattgewährung zu thematisieren. Es sei folglich lediglich zulässig, Rabatte zu gewähren, die ebenfalls unterhalb der Geringwertigkeitsgrenze lägen, die vom BGH in den Entscheidungen vom 09.09.2010 im Ergebnis mit 1,00 € gezogen wurde. Dies gelte jedenfalls bei der Publikumswerbung, d.h. der Werbung gegenüber dem Endverbraucher.

LG Bielefeld: Richtlinienkonforme Auslegung erforderlich

Zur Begründung seiner Einschätzung verwies das LG Bielefeld auf die Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 06.11.2001, den sogenannten Humanarzneimittelkodex. Auf dieser Richtlinie beruhe das deutsche HWG. Im Rahmen einer insoweit angezeigten richtlinienkonformen Auslegung sei für Barrabatte in der Publikumswerbung die Geringfügigkeitsgrenze ebenfalls zu beachten.

Die europäische Richtlinie verlangt, dass die Arzneimittelwerbung einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern solle, in dem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstelle. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) habe in seiner sog. „Gintec-Entscheidung“ (Urt. v. 08.11.2007 – C-374/05) ausgeführt, dass eine Werbung für ein Arznei-

mittel mittels im Internet angekündigter Auslobung verboten sei. Dies würde die unzumutbare Verwendung dieses Arzneimittel fördern und zu seiner direkten Abgabe an die Öffentlichkeit sowie zur Abgabe von Gratismustern führen. Nach Ansicht des LG Bielefeld sei dem gleichzustellen, wenn den Patientinnen und Patienten eine Zuwendung in Form eines Barrabattes gewährt würde, was im Ergebnis auf den kostenlosen Erwerb dieses Arzneimittels hinauslaufen würde. Vor diesem Hintergrund sei es angezeigt, in die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a HWG die Geringwertigkeitsgrenze des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG hineinzulesen, jedenfalls im Rahmen der Publikumswerbung.

Zusammenfassung und Bewertung

Dass die heilmittelwerberechtlichen Regelungen von der Rechtsprechung richtlinienkonform im Sinne des sog. Humanarzneimittelkodex ausgelegt werden, war in den vergangenen Jahren nichts Ungewöhnliches. Die Gerichte hatten erkannt, dass auch die Heilmittelwerbung Teil der nach Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) geschützten Berufsausübungsfreiheit ist. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Verbote des HWG entgegen dem eindeutigen Wortlaut zugunsten der Werbetreibenden eingeschränkt ausgelegt worden. Diese insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgehende einschränkende Auslegung der heilmittelrechtlichen Werbeverbote ist letztlich Auslöser für eine zum 26.10.2012 in Kraft getretene umfassende Modernisierung der heilmittelwerberechtlichen Regelungen mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (AMRuaÄndG 2) (BGBl. I 2012, 2192 ff.) gewesen. Der Gesetzgeber hat das HWG somit an die Anforderungen der Rechtsprechung angepasst, und dies im Interesse der Werbetreibenden.

Im Zuge dieser Novelle hat er jedoch davon Abstand genommen, die Geringwertigkeitsgrenze des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG auch auf andere Ausnahmetatbestände des grundsätzlichen Zuwendungsverbot nach § 7 Abs. 1 HWG auszudehnen. Dass das LG Bielefeld dies nunmehr tut, überrascht. Der Wortlaut des Gesetzes deckt diese Auslegung jedenfalls

nicht. Das Gericht übersieht, dass der Gesetzgeber bewusst die verschiedenen Arten der Zuwendungen – Rabatte (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG) und geringwertige Zuwendungen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG) – in unterschiedlichen Tatbeständen geregelt. Einer solchen Differenzierung hätte es nicht bedurft, wenn hier in jedem Fall unabhängig von der Art der Zuwendung auf die Geringwertigkeit abzustellen wäre. Die vom LG Bielefeld vorgenommene Einschränkung ist auch nicht vor dem Hintergrund des besonderen Schutzbedürfnisses der Verbraucher in der Publikumswerbung angezeigt.

Der in diesem Verfahren unterlegene Apotheker hat davon Abstand genommen, gegen die Entscheidung vorzugehen und hat diese sogar als endgültige Regelung akzeptiert. Es wäre interessant gewesen zu erfahren, ob das Oberlandesgerichts (OLG) Hamm als Berufungsinstanz die Einschätzung des LG Bielefeld geteilt hätte.

Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten, insbesondere ob sich andere Entscheidungen diesem Urteil anschließen. Sofern sich die Auffassung des LG Bielefeld durchsetzen würde, hätte dies zur Folge, dass – jedenfalls im Bereich der Arzneimittelwerbung – Rabattierungen i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG weitgehend ausgeschlossen wären, und zwar auch für nicht preisgebundene Arzneimittel. Inwieweit dieses dann Auswirkungen auf andere Heilmittel, insbesondere Medizinprodukte und (zahn)ärztliche Behandlungen haben würde, bliebe dann weiter abzuwarten.

*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.