

Unzulässige Zugabe eines Fieberthermometers beim Absatz von Arzneimitteln – OLG Frankfurt setzt „Apothekentaler-Entscheidungen“ des BGH um

Mit Beschluss vom 01.06.2011 hat das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main nach einem entsprechenden Hinweisbeschluss vom 26.04.2011 die Berufung gegen eine Entscheidung zurückgewiesen, die die Zugabe eines Fieberthermometers beim Absatz von Arzneimitteln für unzulässig erklärt hatte (Az.: 6 U 44/11).

Die „Apothekentalerentscheidungen“ des BGH

Mit mehreren Urteilen vom 09.09.2010 hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH) mit der Zulässigkeit von Kundenbindungssystemen in Apotheken zu befassen (Az.: I ZR 193/07, I ZR 37/08, I ZR 98/08, I ZR 125/08 und I ZR 26/09, vgl. [RP-Newsletter 07/2010](#)). Ungeachtet der ebenfalls in diesen Entscheidungen thematisierten Problematik, ob ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung gegeben war, ging es um die Frage, wann eine Zugabe noch als geringwertig im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) anzusehen sei. Der BGH sah Zugaben mit einem Wert von 1 € noch als heilmittelwerblich zulässig an, mit einem Wert von 5 € demgegenüber nicht mehr. Innerhalb dieser Spanne verblieb jedoch ein „Graubereich“.

Das OLG Frankfurt am Main hatte sich nunmehr mit der rechtlichen Beurteilung dieses „Graubereiches“ zu befassen, wobei es die Vorgaben des BGH aus den Entscheidungen zu den Apothekentalern konsequent umsetzte.

Zuwendung eines Fieberthermometers

Im Rahmen dieses auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahrens ging es um die Frage der Zulässigkeit eines Fieberther-

mometers als Zuwendung beim Kauf eines bestimmten Arzneimittels. Die Antragstellerin erachtete die Zugabe nicht mehr als geringwertig im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG und wies auf eine Gefahr der unsachlichen Beeinflussung der Verbraucher hin.

Das Landgericht (LG) Frankfurt am Main gab dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Urteil vom 03.02.2011 (Az.: 2/3 O 514/10) statt, wogegen die Antragsgegnerin Berufung zum OLG Frankfurt am Main erhob.

Hinweisbeschluss des Berufungssenats

Mit Beschluss vom 26.04.2011 wies der Berufungssenat darauf hin, dass er sich mit dem Gedanken trage, die Berufung einstimmig durch Beschluss zurückzuweisen, da sie keine Aussicht auf Erfolg habe. Der Antragsgegnerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das OLG Frankfurt am Main bezog sich auf die „Apothekentaler-Entscheidungen“ des BGH und wies darauf hin, dass seiner Ansicht nach der dort gebilligte Betrag von 1 € bereits an der Obergrenze des nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG zulässigen sei. Ein Wert, der diese Grenze jedenfalls nicht unwesentlich überschreite, übe auf den Durchschnittsverbraucher bereits eine Anziehungskraft aus, die bei der Beurteilung der Frage, ob hiermit die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung verbunden ist, nicht vernachlässigt werden dürfe.

Das im Streit stehende Fieberthermometer hatte einen Wert, der deutlich über 1 € lag. Im Verfahren wurden Unterlagen vorgelegt, dass derartige Fieberthermometer bei ebay zu Preisen zwischen 2,50 € und 6,29 € angeboten würden. Das OLG

Frankfurt am Main betonte, es komme auf den maßgeblichen Wert der Werbegabe an, wie dieser vom angesprochenen Verbraucher aufgenommen werde. Ob der Wert tatsächlich realistisch oder die Zuwendung von minderer Qualität sei und somit der Wert hinter den Erwartungen der angesprochenen Verkehrskreise zurückbleibe, sei irrelevant. Ausschlaggebend sei alleine die Erwartungshaltung der Durchschnittsverbraucher.

Die Antragsgegnerin machte von der Möglichkeit, eine weitergehende Stellungnahme abzugeben Gebrauch. Allerdings vermochte diese den Berufungssenat nicht umzustimmen. Mit Beschluss vom 01.06.2011 wies das OLG Frankfurt am Main die Berufung einstimmig als unbegründet zurück. Das Verfahren ist rechtskräftig.

Strenger Maßstab bei Zuwendungen in der Heilmittelwerbung

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 01.06.2011 schließt sich konsequent den Entscheidungen des BGH zu den Apothekentälern an. Es ist auch zu erwarten, dass noch andere Gerichte die strengen Vorgaben bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Heilmittelwerbung ansetzen werden. Auch nach Aufhebung der Zugabeverordnung im Jahr 2001 ist im Bereich der Heilmittelwerbung aus Gründen des Verbraucherschutzes ein strengerer Maßstab als in anderen Branchen einzuhalten. Zugaben und Zuwendungen beim Absatz von Heilmitteln sind grundsätzlich nach § 7 Abs. 1 HWG unzulässig, es sei denn einer der Ausnahmetatbestände ist

gegeben. Soweit es die Frage der Geringwertigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG angeht, hatte sich der BGH für sehr niedrige Beträge ausgesprochen, die eine unangemessene Beeinflussung der Verbraucher nicht erwarten lassen. Das OLG Frankfurt am Main geht hierüber noch hinaus, indem das, was der BGH gebilligt hat – die Zuwendung einer Werbegabe mit einem Wert von 1 € –, als an der Obergrenze des Zulässigen liegend bezeichnet wird.

Heilmittelwerbung und Berufsausübungsfreiheit

Die weitere Entwicklung auf dem Gebiet der Heilmittelwerbung und der Frage der zulässigen Zuwendungen bleibt abzuwarten. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob diese Wertgrenzen auch Anwendung finden, wenn höherwertige Medizinprodukte abgegeben werden oder sich die Werbung an Angehörige der Fachkreise richtet. Eine Zuwendung, die wegen ihres Wertes nicht geeignet ist, zu einer unsachlichen Beeinflussung zu führen, muss – da auch die Heilmittelwerbung unter die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit fällt – zulässig bleiben.

*Dr. Marc Sieper, Mag. rer. publ., 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.