

# **Arzneimittelwerbung mit Gewinnspiel ist rechtswidrig**

## **Eigener Leitsatz:**

Für ein nicht verschreibungspflichtiges Arzneimittel darf in Fachzeitschriften für pharmazeutisch-technische Assistentinnen (PTA) nicht in Kombination mit einem Gewinnspiel geworben werden. Es liegt insofern ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG vor, wonach Zuwendungen an Fachpersonal verboten sind. Vorliegend bestand insbesondere die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung, da die ausgelobten Preise deutlich über der Schwelle der Geringfügigkeit lagen und somit geeignet waren eine affektive, positiv geprägte Beziehung des Empfängers zu dem Produkt herzustellen, das den Gewinn ermöglicht hat. Infolgedessen könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine durch das Gewinnspiel beeinflusste PTA das beworbene Produkt einem Patienten empfiehlt, obwohl im Zweifelsfall die Konsultation eines Arztes notwendig gewesen wäre.

## **Oberlandesgericht Köln**

**Urteil vom 10.12.2010**

**Az.: 6 U 85/10**

### **Tenor:**

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 22.4.2010 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 0 728/09 – wird zurückgewiesen.

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungsausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe

leistet. Die Vollstreckung der Kostenentscheidung kann die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Die Beklagte stellt u.a. das nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel "B" her, das der Bekämpfung von Sodbrennen dient. Sie bewarb dieses in der Zeitschrift *"PTAheute – Zeitschrift der DAZ für die Pharmazeutisch-technische Assistentin"* mit einer ganzseitigen Anzeige, die ein Gewinnspiel enthielt. Um an diesem Gewinnspiel teilzunehmen, waren drei Fragen zu beantworten; die Lösungen ergaben sich jeweils aus dem weiteren Text der Anzeige. Als Preise waren drei MP3-Player (Wert: jeweils 21,91 €) und sieben USB-Flashlaufwerke (Wert: jeweils 5,99 €) ausgelobt.

Der klagende Wettbewerbsverband sieht in der Werbung mit dem Gewinnspiel einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Das Landgericht hat die Beklagte Antragsgemäß zur Unterlassung der Werbung mit der Ankündigung eines Gewinnspiels in der konkreten Verletzungsform verurteilt. Mit der Berufung, mit der die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt, macht sie insbesondere geltend, das Landgericht habe die Tragweite von Art. 12 GG verkannt. Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

Im Übrigen wird wegen des Sachverhalts gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

## II.

Die Berufung hat keinen Erfolg.

1. § 7 Abs. 1 HWG ist eine Markverhaltensvorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG (Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rdn. 11.135). Die Beklagte zieht zu Recht nicht in Zweifel, dass die angegriffene Werbung produktbezogen ist. Die Anwendung des § 7 Abs. 1 HWG scheitert auch nicht daran, dass Gewinnspiele in § 11 Nr. 13 HWG einer gesonderten Regelung für die Werbung außerhalb der Fachkreise unterworfen sind. Die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts zu dieser Frage hat die Berufung nicht angegriffen, so dass hierauf Bezug genommen werden kann.

2. Die ausgelobten Preise sind Werbegaben im Sinne des § 7 Abs. 1 HWG. Den Preisen steht keine gleichwertige Gegenleistung der Teilnehmer an dem Gewinnspiel gegenüber. Dabei kann es dahinstehen, ob dem Schutzzweck des § 7 Abs. 1 HWG entsprechend auf den Aufwand der Empfänger der Werbegaben abzustellen ist oder auf den Nutzen, den der Werbende aus den Antworten der Teilnehmer ziehen kann.

Der Aufwand für die Empfänger ist gering. Von ihnen wird lediglich verlangt, den ungefähr die Hälfte einer Spalte füllenden Werbetext zu lesen und diesem die abgefragten zentralen Werbeaussagen zu entnehmen. Das kann allenfalls wenige Minuten in Anspruch nehmen. Dieser Aufwand wird durch die ausgelobten Preise überkompensiert.

Auch wenn man auf den Wert der von der Beklagten durch das Preisausschreiben gewonnenen Marktinformationen abstellt, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Denn der finanzielle Aufwand für die Beklagte ist zwar gering, nützliche Informationen kann die Beklagte aus den einzusendenden Antworten aber nicht ziehen, denn die Beantwortung der Fragen erfordert kein vertieftes Textverständnis, sondern setzt eine Lesefähigkeit voraus, die bei pharmazeutisch-technischen Assistentinnen (PTA) generell vorhanden sein wird. Aus Anzahl und Anteil der korrekten Antworten lassen sich daher keine

Schlüsse ziehen. Welchen Wert die Information, wie viele Personen an dem Gewinnspiel teilgenommen haben, für die Beklagte haben soll, ist ebenso nicht ersichtlich. Der Nutzen des Gewinnspiels für die Beklagte liegt daher allein darin, die PTAs dazu zu veranlassen, die Werbebotschaften der Beklagten zur Kenntnis zu nehmen. Ein solcher Nutzen muss aber bei der Prüfung, ob eine Werbegabe vorliegt, außer Betracht bleiben.

3. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG setzt weiter voraus, dass von der streitgegenständlichen Werbung der Beklagten eine konkrete Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des angesprochenen Verkehrs ausgeht (vgl. BGH, GRUR 2009, 1082 Tz. 18 – DeguSmiles & more). Auch diese Voraussetzung hat das Landgericht zutreffend bejaht. Die ausgelobten Preise, namentlich die Hauptpreise, liegen deutlich über der Schwelle der Geringwertigkeit. Ist nach der Rechtsprechung des FS Arzneimittelindustrie e.V. ein Betrag von 30 €, der Ärzten gewährt wird, nicht mehr geringfügig, so gilt dies erst recht bei einem Sachgeschenk im Wert von 22 € an eine PTA, dürfte dies doch ihren Stundenlohn deutlich übersteigen. Der Preis steht daher nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der von der PTA zu erbringenden Leistung, die nur wenige Minuten in Anspruch nehmen wird und keine Schwierigkeiten aufweist.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass unter Anwendung von § 23 des FSA-Kodex' keine andere Beurteilung angezeigt wäre. Denn die Teilnahme hängt nicht von einer wissenschaftlichen oder fachlichen Leistung ab – das gilt auch dann, wenn man hieran nur ganz geringe Anforderungen stellt, denn die abgefragte "Leistung" könnte auch ein Laie erbringen – und der in Aussicht gestellte Preis steht nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dieser Leistung. Dabei ist eine Werbung mit einem Gewinnspiel nach § 23 FSA bereits dann unzulässig, wenn eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist.

Entgegen der Ansicht der Berufung ist die Gewährung nicht nur geringfügiger Gaben auch dann geeignet, den Empfänger

unsachlich zu beeinflussen, wenn diese nicht von weiteren Bedingungen, wie etwa dem Bezug des Mittels, abhängig ist. Auch wenn kein Bezug der Vorteilsgewährung zu einer konkreten Maßnahme besteht, ist diese doch geeignet, eine affektive, positiv geprägte Beziehung des Empfängers zu dem Produkt herzustellen, das den Gewinn ermöglicht hat.

4. Ob es darüber hinaus erforderlich ist, dass die angegriffene Maßnahme geeignet ist, zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken (vgl. BGH GRUR 2007, 809 Tz. 19 – Krankenhauswerbung mwN.), ist fraglich. Der Bundesgerichtshof hat in einer jüngeren Entscheidung bereits daraus, dass die konkrete Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung bestand, gefolgert, in diesem Fall unterliege ein Verbot auch im Blick auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Beklagten und auf deren Recht auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG keinen Bedenken (BGH, GRUR 2009, 1082 Tz. 20 – DeguSmiles & more). Das kann aber dahinstehen, weil die dargestellte Beeinflussung geeignet ist, eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken. Denn es besteht die Gefahr, dass die durch das Gewinnspiel beeinflusste PTA das beworbene Mittel einem Kunden empfiehlt, obwohl im Zweifelsfall etwa die Konsultation eines Arztes zur Vermeidung gesundheitlicher Nachteile angezeigt gewesen wäre. Insofern trifft es zwar zu, dass eine PTA keine Medikationsentscheidung trifft. Ein Kunde wird aber der fachkundigen und vermeintlich nicht unsachlich beeinflussten Beratung durch die PTA in vielen Fällen folgen. Besteht dabei die Möglichkeit der Behandlung der Beschwerden mit einem nicht verschreibungspflichtigen Medikament, so hängt von der Beratung durch die PTA auch ab, ob der Kunde einen Arzt aufsuchen wird. Dies kann aber bei Sodbrennen durchaus angezeigt sein, denn dieses kann, wie sich aus der Fachinformation zu B (Anlage B 1, Bl. 41) ergibt, ein Symptom sehr ernster Grunderkrankungen sein.

Dass an die Eignung der Gesundheitsgefährdung strengere

Maßstäbe anzulegen wären in dem Sinne, dass eine konkrete Gesundheitsgefährdung festgestellt werden müsste, lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entnehmen. Vielmehr genügt eine nur mittelbare Gesundheitsgefährdung, die etwa darin liegen kann, dass ein Patient von einem eigentlich angezeigten Arztbesuch absieht (vgl. BGH, GRUR 2004, 799, 800 – Lebertrankapseln; s. auch BGH, GRUR 2009, 1189 Tz. 17 – Blutspendedienst).

### III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

2. Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung der hinreichend geklärten Grundsätze zu § 7 HWG.