DeguSmiles&more: Keine Prämien für den Bezug von Medizinprodukten

Amtlicher Leitsatz:

Das Ausloben und Gewähren von Prämien für den Bezug von Medizinprodukten stellt beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 HWG eine produktbezogene und daher nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a, § 7 HWG verbotene Werbung dar unabhängig davon, ob die für die Gewährung der Prämien erforderlichen Prämienpunkte allein für genau benannte Medizinprodukte, für eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl von Medizinprodukten oder sogar für das gesamte, neben Medizinprodukten auch andere Produkte umfassende Sortiment angekündigt wird.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 26.03.2009

Az.: I ZR 99/07

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2009 durch dem Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Koch für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 31. Mai 2007 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte steht mit der Klägerin auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von Materialien für Zahnersatz im Wettbewerb. Sie betreibt für ihre Produkte ein

Bonusprogramm, das sie in der Presse und in ihrem insoweit nachstehend auszugsweise wiedergegebenen Internet-Auftritt bewirbt:

Die erworbenen Prämienpunkte können in Sachprämien, Dienstleistungsprämien oder Gutscheine aus dem aktuellen Prämienkatalog der Beklagten eingelöst werden. Eine Bargutschrift der gesammelten Punkte ist dagegen ebenso ausgeschlossen wie deren wertmäßige Verrechnung.

Die Klägerin sieht das Bonusprogramm der Beklagten, soweit es sich auf Edelmetall-Dentallegierungen, Verblend- und Strukturkeramiken, Konstruktionselemente sowie künstliche Zähne bezieht, wegen Verstoßes gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot der Wertreklame als wettbewerbswidrig an. Sie hat zuletzt beantragt,

1. der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr mit Produkten aus dem Gebiet der Zahntechnik für den Kauf von Edelmetall-Dentallegierungen, Verblendkeramiken, Strukturkeramiken, Konstruktionselementen und künstlichen Zähnen Prämienpunkte und/oder Prämien, die gegen diese Prämienpunkte eingelöst werden können, anzubieten, anzukündigen und/oder zu gewähren, wie nachstehend wiedergegeben:

(Es folgt die Wiedergabe der Präsentation des Bonusprogramms der Beklagten in deren Internet-Auftritt.)

2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von den Kosten der vorgerichtlichen Abmahnung in Höhe von 1.050,25 € freizustellen.

Die Beklagte hält ihr Bonusprogramm demgegenüber für zulässig. Sie gewähre die ausgelobten Prämien nicht für den Umsatz mit bestimmten Produkten, sondern werbe, da die Prämienpunkte durch den Nachweis eines Umsatzes aus verschiedenen Produktgruppen erworben werden könnten, lediglich für eine

Gattung von Produkten. Der Erwerb der Prämienpunkte sei an den Umsatz gekoppelt und daher keine von einer Gegenleistung unabhängige Zuwendung oder Werbegabe. Das Bonusprogramm führe auch nicht zu einer unsachlichen Beeinflussung der Therapieentscheidung des Zahnarztes. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei zudem verjährt sowie verwirkt.

Das Berufungsgericht hat das stattgebende Urteil des Landgerichts im Umfang der zuletzt gestellten Klageanträge bestätigt (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2007, 299).

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin im Berufungsverfahren weiterhin geltend gemachten Ansprüche nach §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG 2004 i.V. mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG 2004 für begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

Die Beklagte werbe mit ihrem Prämiensystem für Medizinprodukte im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG und nicht lediglich in allgemeiner Form für ihr Unternehmen, ohne auf bestimmte Produkte Bezug zu nehmen. Auch wenn sie die Prämien nicht nur für einzelne, sondern für alle bei ihr erhältlichen Medizinprodukte und sonstigen Erzeugnisse gewähre, stünden die umsatzabhängigen Prämien in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Absatz dieser Produkte. Die Frage, ob eine Zuwendung geeignet sei, den Absatz eines Medizinprodukts unsachlich zu beeinflussen, hänge nicht davon ab, ob die Zuwendung für ausdrücklich genannte Medizinprodukte, für eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl solcher Produkte oder für das gesamte Sortiment einschließlich der Medizinprodukte erfolge. Entscheidend sei allein, dass die Zuwendung an den Absatz eines Medizinprodukts gekoppelt sei, da dies zu einer unsachlichen Beeinflussung führen könne, die die Regelung des

§ 7 Abs. 1 Satz 1 HWG verhindern wolle.

Die versprochenen Sachprämien stellten auch keinen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a HWG zulässigen Geldrabatt dar. Dieser werde vom Gesetz privilegiert, weil der Wert der Zuwendung bei ihm anders als bei Sachleistungen leicht erkennbar sei. Da die von der Beklagten ausgelobten Prämien fast ausschließlich für den privaten Bedarf bestimmt seien, seien sie auch nicht als Zubehör oder Nebenleistungen zu Medizinprodukten i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HWG einzustufen. Bei dem abstrakten Gefährdungstatbestand des § 7 HWG komme es ferner nicht darauf an, ob das Prämiensystem der Beklagten den angesprochenen Verkehr tatsächlich unsachlich beeinflusse.

Die Bestimmung des § 7 HWG stelle eine Marktverhaltensregelung dar, wobei im Streitfall auch die Bagatellgrenze des § 3 UWG 2004 überschritten sei. Der Unterlassungsanspruch sei weder verjährt noch verwirkt. Die Klägerin könne nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG 2004 außerdem die Freistellung von den anteiligen Kosten der Abmahnung in dem von ihr zuletzt geltend gemachten Umfang verlangen.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Klägerin hat ihr Unterlassungsbegehren auf Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG 2004 gestützt. Auf ihr in die Zukunft gerichtetes Unterlassungsbegehren sind daher die Bestimmungen des UWG 2008 anzuwenden. Der Unterlassungsanspruch besteht aber nur dann, wenn das von der Klägerin beanstandete Verhalten auch schon auf der Grundlage des UWG 2004 wettbewerbswidrig war.

2. Die beanstandete Werbung stellt – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – nicht nur eine auf Imagepflege und Ansehenssteigerung gerichtete allgemeine Unternehmenswerbung, sondern eine produktbezogene Werbung für Medizinprodukte i.S. der § 1 Abs. 1 Nr. 1a, § 7 HWG dar. Denn sie ist auf den

Absatz konkreter Medizinprodukte wie der vom Bonusprogramm erfassten Edelmetall-Dentallegierungen, Verblend- und Strukturkeramiken, Konstruktionselemente sowie künstlichen Zähne gerichtet.

a) Die Revision zieht mit Recht nicht in Zweifel, dass es sich bei Edelmetall-Dentallegierungen, Verbundkeramiken, Strukturkeramiken und Konstruktionselementen als Zahnwerkstoffen zur Behandlung von Krankheiten gemäß § 3 Nr. 1 lit. a des Gesetzes über Medizinprodukte vom 7. August 2002 (BGBI. I S. 3146; Medizinproduktegesetz – MPG) und bei künstlichen Zähnen als Produkten zur Ersetzung des anatomischen Aufbaus gemäß § 3 Nr. 1 lit. c MPG jeweils um Medizinprodukte handelt (vgl. Schorn, Medizinprodukte-Recht, Bd. 3, 22. Aktualisierungslieferung Oktober 2007, § 2 MPG Rdn. 48; Rehmann in Rehmann/Wagner, MPG, § 3 Rdn. 1; Frankenberger in Anhalt/Dieners, Handbuch des Medizinprodukterechts, § 4 Rdn. 26 und 86). Die Werbung für diese Produkte unterliegt, soweit sie produktbezogen erfolgt (vgl. dazu sogleich unter II 1 b und c), gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG grundsätzlich den auf dem Gebiet des Heilwesens bestehenden Beschränkungen.

b) In den Geltungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes einbezogen ist allein die produktbezogene Werbung (Produkt- und Absatzwerbung), nicht dagegen die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt (vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 221/90, GRUR 1992, 873 = WRP 1993, 473 – Pharma-Werbespot; Urt. v. 15.12.1994 – I ZR 154/92, GRUR 1995, 223 = WRP 1995, 310 – Pharma-Hörfunkwerbung; Urt. v. 31.10.2002 – I ZR 60/00, GRUR 2003, 353, 355 = WRP 2003, 505 – Klinik mit Belegärzten). Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt danach maßgeblich davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder aber die

Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (BGH GRUR 1992, 873 – Pharma-Werbespot; GRUR 1995, 223 – Pharma-Hörfunkwerbung; GRUR 2003, 353, 355 f. – Klinik mit Belegärzten). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch für die in § 7 HWG geregelte Werbung mit Werbegaben (vgl. BGH, Urt. v. 21.6.1990 – I ZR 240/88, GRUR 1990, 1041, 1042 = WRP 1991, 90 – Fortbildungskassetten; Urt. v. 4.7.2002 – I ZR 38/00, GRUR 2002, 1088, 1091 = WRP 2002, 1269 – Zugabenbündel, m.w.N.). Die Bestimmung des § 7 HWG ist daher nur dann anwendbar, wenn gewährte Werbegaben sich aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs als Werbung für konkrete Heilmittel darstellen (Gröning, Heilmittelwerberecht, Bd. 1, 1. Ergänzungslieferung Dezember 2003, § 7 HWG Rdn. 11 m.w.N.).

c) Das Berufungsgericht hat es für die im Streitfall in dieser Hinsicht vorzunehmende Abgrenzung mit Recht als entscheidend angesehen, dass die Beklagte die von ihr ausgelobten Prämien dadurch in einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Absatz der in Rede stehenden Medizinprodukte gebracht hat, dass sie die Gewährung der Prämien vom Erreichen bestimmter Umsätze mit den Medizinprodukten abhängig gemacht hat. Zutreffend hat es das Berufungsgericht dabei als unerheblich angesehen, dass die Kunden die für die Gewährung der Prämien erforderlichen Prämienpunkte nicht allein für mit den Medizinprodukten, sondern für alle bei der Beklagten getätigten Umsätze erhielten (vgl. OLG Hamburg OLG-Rep 2005, 698, 699 = MD 2005, 772; OLG München GRUR-RR 2007, 297, 299; OLG Nürnberg WRP 2009, 106; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 227; Schmid, Festschrift für Ullmann, 2006, S. 875, 885 f.). Die teilweise auch in der Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf WRP 2005, 135, 136; OLG Naumburg GRUR-RR 2006, 336 f. = WRP 2006, 132), vor allem aber im Schrifttum (Fezer/Reinhart, UWG, § 4-S4 Rdn. 429; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rdn. 11.135; MünchKomm.UWG/Köber, Anh. §§ 1-7 E Rdn. 31; Auerbach, PZ 2004, 552, 554; Kieser, PharmR 2004, 129, 132 f.; Mand, A&R 2006, 54, 56; Purnhagen, MedR 2006, 315, 319; Kappes, WRP 2009, 250, 252) vertretene gegenteilige

Auffassung, nach der eine produktbezogene Werbung nur bei Zuwendungen für einzelne oder abgegrenzte Teile des Sortiments vorliegt, Zuwendungen auf alle Produkte des Gesamtsortiments dagegen als unternehmensbezogene Werbung einzustufen sind, vernachlässigt demgegenüber den Zweck der Regelung des § 7 HWG. Dieser besteht vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen ausgehen kann (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.2003 – I ZR 142/00, GRUR 2003, 624 = WRP 2003, 886 – Kleidersack, m.w.N.). Das Berufungsgericht hat im Blick auf diesen Zweck mit Recht darauf hingewiesen, dass es keinen überzeugenden Grund gibt, den vom Gesetzgeber im Bereich der Heilmittelwerbung als grundsätzlich unerwünscht angesehenen Anreiz einer Wertreklame gerade dann hinzunehmen, wenn diese Form der Reklame für eine besonders große Zahl von Heilmitteln eingesetzt wird; denn die Eignung einer Zuwendung, den Absatz eines Heilmittels unsachlich zu beeinflussen, hängt nicht davon ab, ob die Zuwendung allein für genau benannte Heilmittel, eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl von Heilmitteln oder sogar für das gesamte, neben Heilmitteln auch andere Produkte umfassende Sortiment angekündigt und gewährt wird (vgl. auch Schmid aaO S. 886). Der Umstand, dass das von der Klägerin beanstandete, in Form eines Treueprogramms betriebene Kundenbindungssystem der Beklagten sich auf deren gesamtes Sortiment erstreckt, steht daher der Beurteilung des Berufungsgerichts, es handle sich um Absatzwerbung, nicht etwa zwingend entgegen (vgl. auch BGH GRUR 1995, 223, 224 – Pharma-Hörfunkwerbung). Dass dem Berufungsgericht bei seiner Annahme, die Adressaten verstünden die beanstandete Werbung aufgrund ihres Gesamterscheinungsbildes als Absatzwerbung, ansonsten ein revisionsrechtlich relevanter Fehler unterlaufen ist, macht die Revision nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

3. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler und von der Revision ebenfalls unbeanstandet davon ausgegangen, dass auch

die weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 HWG erfüllt sind. Bei den von der Beklagten in der beanstandeten Werbung versprochenen Sachprämien handelt es sich um Zuwendungen, die weder einen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a HWG zulässigen Geldrabatt noch – da die versprochenen Prämien fast ausschließlich Waren für den privaten Bedarf sind – handelsübliches Zubehör oder handelsübliche Nebenleistungen i.S. des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HWG darstellen.

4. Nach den von der Revision gleichfalls nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts geht von der streitgegenständlichen Werbung der Beklagten eine konkrete Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des angesprochenen Verkehrs aus. Wegen des nicht unerheblichen Wertes der ausgelobten Sachprämien erscheine es – so das Berufungsgericht – nachvollziehbar, dass sich die angesprochenen Fachkreise bei einer Entscheidung für die Erzeugnisse der Beklagten nicht allein durch deren Qualität und Preiswürdigkeit, sondern auch durch die Aussicht beeinflussen ließen, nach Sammlung einer entsprechenden Punktezahl in den Genuss dieser Prämien zu gelangen. Es besteht insoweit zumindest die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der beim Erwerb von Material für den Zahnersatz drittverantwortlich handelnden Zahnärzte (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 1.84 m.w.N.).

Keiner Beantwortung bedarf im Streitfall daher die im Schrifttum umstrittene Frage, inwieweit die Vorschrift des § 7 HWG, auch wenn sie keine konkrete Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Adressaten der Werbung voraussetzt, dann nicht gilt, wenn die abstrakte Gefahr einer solchen Beeinflussung von vornherein nicht besteht (so für Warenproben Bülow in Bülow/Ring, HWG, 3. Aufl., § 7 Rdn. 7; enger Doepner, HWG, 2. Aufl., § 7 Rdn. 13).

5. Da das Berufungsgericht die konkrete Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des angesprochenen Verkehrs ohne Rechtsfehler bejaht hat, unterliegt seine Beurteilung 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 (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1226/06, GRUR 2007, 720, 721 f. [zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG]; BGH, Urt. v. 6.5.2004 – I ZR 265/01, GRUR 2004, 799, 800 = WRP 2004, 1163 – Lebertrankapseln [zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 HWG]; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.133).

6. Das Berufungsgericht hat das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG enthaltene Verbot mit Recht als Marktverhaltensregelung i.S. des § 4 Nr. 11 UWG 2004 angesehen (vgl. BGH, Urt. v. 6.7.2006 – I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Tz. 25 = WRP 2006, 1370 – Kunden werben Kunden). Da die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken gemäß ihrem Art. 3 Abs. 1 allein auf Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern anwendbar ist und die von der Beklagten mit ihrem Bonusprogramm angesprochenen Personen keine Verbraucher i.S. von § 2 Abs. 2 UWG 2008, § 13 BGB sind, gilt hier für das UWG 2008 nichts Abweichendes (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.6a).

7. Im Hinblick darauf, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen die konkrete Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des angesprochenen Verkehrs begründet, ist es auch geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer i.S. des § 3 UWG 2004 nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, und ebenso geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern i.S. des § 3 Abs. 1 UWG 2008 spürbar zu beeinträchtigen (vgl. OLG Oldenburg GRUR-RR 2006, 243, 244; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 11.134; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 209).

8. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beurteilung steht schließlich nicht in Widerspruch zum vorrangig anzuwendenden Gemeinschaftsrecht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Verbot des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG in der Richtlinie

2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. Nr. L 311 v. 28.11.2001, S. 67, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/29/EG [ABl. Nr. L 81 v. 20.3.2008, S. 51]) keine Entsprechung hat und dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften mit der Richtlinie 2001/83/EG auf dem Gebiet der Arzneimittelwerbung eine vollständige Harmonisierung erfolgt ist (EuGH, Urt. v. 8.11.2007 – C-374/05, Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 Tz. 39 und 62 = WRP 2008, 205 – Gintec). Im Streitfall geht es nicht um eine Werbung für Arzneimittel i.S. von Art. 1 Nr. 2, Art. 86 ff. der Richtlinie 2001/83/EG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG i.V. mit § 2 AMG, sondern um eine Werbung für Medizinprodukte i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG i.V. mit § 3 MPG. Die für den Bereich der Medizinprodukte ergangenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen sehen bis auf verschiedene Kennzeichnungsvorschriften keine besonderen Regelungen für die Werbung vor (vgl. Besen/Räpple in Anhalt/Dieners aaO § 21 Rdn. 2).

III. Nach allem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.10.2006, Az.: 3/11 0 82/06

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 31.05.2007, Az.: 6 U 157/06