



DIEKMANN
RECHTSANWÄLTE

**Deutscher Apotheken
Recht Tag 2007**

04.12.2007

Frankfurt am Main

Die aktuelle Rechtsprechung zu Zugaben und Rabatten im Rahmen des § 7 HWG

Rechtsanwalt Thomas J. Diekmann, Hamburg

Überblick

- **Ausgangslage**
 - Streichung von Zugabenverordnung und RabattG
 - Änderung des § 7 HWG
- **Der neue § 7 HWG**
- **Unterscheidung RX und OTC**
- **Produkt- oder Unternehmenswerbung**

Überblick

- **Entscheidungen**

- 1.) BGH vom 6. Juli 2006 (I ZR 145/03)
- 2.) OLG Naumburg vom 26. 8. 2005 (10 U 16/05)
- 3.) OLG Naumburg vom 9. 6. 2006 (10 U 13/06)
- 4.) OLG Frankfurt am Main vom 31.05.2007 (6 U 157/06)
- 5.) OLG München vom 22.03.2007 (29 U 5300/06)
- 6.) OLG Hamburg Urteil vom 26. 7. 2007 (3 U 21/07)
- 7.) LG Ulm vom 16. 1. 2007 (10 O 157/06)
- 8.) OLG Saarbrücken vom 13.06.2007 (1 U 81/07-25)

- **Fazit**

- **Kontaktinformationen**

Ausgangslage

- **Streichung der ZugabenVO und des RabattG im Jahr 2001**
 - **Neue Spielräume für die Werbung und die Kundenbindung**
 - **Liberalere Bewertung der Wertreklame durch die Gerichte**
 - **BGH wendet sich von seinen bisherigen Verbraucherleitbild eines „flüchtigen und unkritischen Verbrauchers“ hin zu einem „durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt“ ab**
 - BGH GRUR 2000, 619, 621 - Orient-Teppichmuster
 - BGH GRUR 2000, 820, 821 - Space Fidelity Peep-Show
 - BGH GRUR 2000, 1106, 1108 - Möbel-Umtauschrecht

Ausgangslage

- **Änderung des § 7 HWG durch das Gesetz zur Verbesserung der Arzneimittelversorgung (AVWG) vom 26.04.2006**
 - Differenzierung zwischen Bar- und Naturalrabatten
 - Verbot von Naturalrabatten für apothekenpflichtige Arzneimittel
 - Ziele des § 7 HWG:
 - Schutz der Therapie- und Entscheidungsfreiheit der Heilberufler
 - Keine unsachliche Beeinflussung des Verbrauchers
 - sofortige Senkung der Arzneimittelausgaben,
 - Stabilisierung der Arzneimittelversorgung,
 - Transparenz der Preisgestaltung
 - Wettbewerb zu Gunsten der Endverbraucher,

Der „neue“ § 7 HWG (Stand 26.04.2006)

- „(1) Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, dass (...)

2. die Zuwendungen oder Werbegaben in
 - a) einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden **Geldbetrag** oder
 - b) einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden **Menge gleicher Ware** gewährt werden;

Zuwendungen oder Werbegaben nach Buchstabe a sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten; Buchstabe b gilt nicht für Arzneimittel, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist.“

Unterscheidung zwischen RX und OTC

- **Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG sind Zuwendungen oder Werbegaben nach Buchstabe a sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des AMG gelten.**
 - **Mit Preisvorschriften ist hier die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) gemeint. Also ist zwischen verschreibungspflichtigen Präparaten (RX) und freiverkäuflichen Präparaten (OTC) zu unterscheiden:**

Rabatte
für RX-Präparate



verboten

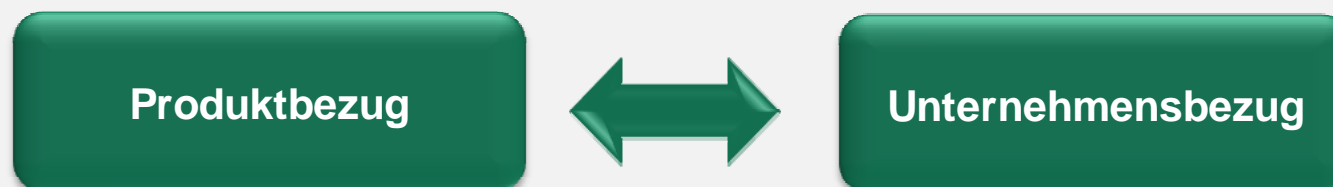
Rabatte
für OTC-Präparate



gestattet

Produkt- oder Unternehmenswerbung

- Notwendige Unterscheidung zwischen produktbezogener und unternehmensbezogener Werbung
- Gem. § 1 HWG findet das HWG nur Anwendung auf die Werbung für Arzneimittel im Sinne des § 2 AMG.
- Keine Anwendbarkeit des HWG auf unternehmensbezogene Werbung



Entscheidung 1

- **BGH vom 6. Juli 2006, I ZR 145/03 - Kunden werben Kunden**
 - **Sachverhalt:** Frage der Zulässigkeit der Werbeaktion eines Augenoptik-Filialisten, der seine Kunden in einem im Jahre 2002 verteilten Werbefaltblatt mit dem Titel „Kunden werben Kunden“ dazu aufgefordert hatte, neue Kunden für Gleitsichtgläser zu werben.
 - **Gründe:** Ein solcher die Unlauterkeit begründender Umstand besteht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs im vorliegenden Fall darin, dass sich die Werbeaktion der Beklagten auf Gleitsichtgläser bezieht, bei denen es sich um Medizinprodukte handelt, die den Werbebeschränkungen des Heilmittelwerbegesetzes unterfallen.
 - **Ergebnis:** BGH daher Produktbezug (+). Werbung war gem. § 7 Abs. 1 HWG und § 4 Nr. 1 UWG unlauter.

Entscheidung 2

- **OLG Naumburg vom 26. 8. 2005 (10 U 16/05) - Einkaufsgutschein**
 - **Sachverhalt:** Werbung eines Apothekers , der einen Fünf-Euro-Einkaufsgutschein bei der Einlösung eines Rezeptes für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel auslobte.
 - **Gründe:** kein ausreichender Produktbezug, da die Werbung ganz allgemein auf die Einlösung von Rezepten bezogen ist und sie damit ohne Unterschied alle verschreibungspflichtigen Medikamente betrifft. Keine unlautere Beeinflussung der Kaufentschließung des Kunden weil die die Entscheidung, welches Arzneimittel verordnet wird, allein bei dem behandelnden Arzt liegt.
 - **Ergebnis:** daher Produktbezug (-). Werbung war nicht gem. § 7 Abs. 1 HWG und § 4 Nr. 1 UWG unlauter.

Entscheidung 3

- **OLG Naumburg, Urteil vom 09.06. 2006 (10 U 13/06)**
Kaffeezuckertüten:
 - **Sachverhalt:** Eine Apotheke verteilte im Krankenhaus Gutscheine, die auf Kaffeezuckertüten gedruckt waren. Der Wert der Gutscheine betrug 0,50 € und sollten für einen Einkauf in der Apotheke ab einem Wert von 10 € gelten.
 - **Gründe:** Die Werbung ist ganz allgemein auf Einkäufe in der Apotheke bezogen. Es werden auch indirekt keine bestimmten Arzneimittelgruppen bezeichnet.
 - **Ergebnis:** Produktbezug (-) Die Werbung war nicht gem. § 7 Abs. 1 HWG unlauter.

Entscheidung 4

- **OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 31. 5. 2007 - 6 U 157/07 (nicht rechtskräftig):**
 - **Sachverhalt:** Hersteller verspricht Zahnlaboren für den Bezug seiner Dentalprodukte, darunter Medizinprodukte, umsatzabhängig Prämienpunkte, die gegen bestimmte Sachprämien eingelöst werden können.
 - **Gründe:** Die Prämien sind als produktbezogene Werbung einzustufen, weil sie gewährt werden, wenn der Kunde einen mit dem angebotenen Medizinprodukt bestimmten Umsatz erreicht und es keinen Unterschied machen kann dass der Werbende nicht nur einzelne sondern eine besonders große Anzahl von Produkten bewirbt. Damit steht die Prämie im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Absatz des Medizinprodukts.
 - **Ergebnis:** Produktbezug (+) Die Werbung war gem. § 4 Nr. 11 UWG iVm. § 7 Abs. 1 HWG unlauter.

Entscheidung 5

- **OLG München, Urteil vom 22. 3. 2007 (29 U 5300/06)**

- **Sachverhalt:** Eine Versandapotheke versprach für den Verkauf jedes zuzahlungsfreien Generikums auf Kassenrezept einen Bonus von 2,50 Euro. Eine Auszahlung des Bonus erfolgte erst bei Erreichen einer Bonussumme von 30 Euro.
- **Gründe:** Zuwendungsverbot gilt für jedes einzelne der von der Ag. vertriebene Arzneimittel dies muss insoweit auch für die Gesamtheit dieser Arzneimittel gelten.

Die Bezugnahme der Ag. auf Medikamente erfasst - anders als das bei reinen Pharmaherstellern der Fall ist - nicht deren gesamtes Unternehmensangebot, da auch andere Waren apothekenüblich sind.

- **Ergebnis:** Daher Produktbezug (+) Die Werbung war gem. § 4 Nr. 1 UWG sowie gem. § 7 Abs. 1 HWG unlauter.

Entscheidung 6

- **OLG Hamburg, Urteil vom 20.07.2007 – 3 U 21/07:**
 - **Sachverhalt:** Eine Apotheke warb mit einem Kundenbindungssystem (XY-Taler). Die Taler wurden immer dann gewährt, wenn der Kunde einen Artikel nachgeliefert bekam, wenn er länger als 20 Minuten auf eine Zubereitung warten musste oder wenn er eine Nachlieferung selbst abholte.
 - **Gründe:** Die Werbung hat keinen Bezug auf ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel. Die Prämienfälle sind „allgemein“ gehalten. Durch die Gutscheine soll nur die Leistungsfähigkeit des Unternehmens garantiert werden.
 - **Ergebnis:** Produktbezug (-) Die Werbung war nicht gem. § 7 Abs. 1 HWG unlauter.

Entscheidung 7

- **LG Ulm, Urteil vom 16.01. 2007 (10 O 157/06) - World in Balance :**
 - **Sachverhalt:** Arzneimittelhersteller der insbesondere Generika vertreibt warb für zwei Produkte und für sein Unternehmen mit der eigenen gemeinnützigen Initiative „World in Balance“.
 - **Gründe:** Der Werbende will auch mit einer unternehmensbezogenen Imagewerbung den Absatz seiner Produkte fördern. Entscheidendes Merkmal für die Annahme eines Produktbezuges ist lediglich, ob der Werbende ein bestimmtes Produkt in Bezug nimmt. Eine Werbung, die die gesamte Produktpalette in Bezug nimmt kann nicht zum Arzneimittelfehlgebrauch beitragen, der durch § 7 HWG verhindert werden soll.
 - **Ergebnis:** Produktbezug (-) Die Werbung war nicht gem. § 7 Abs. 1 HWG unlauter.

Entscheidung 8

- **OLG Saarbrücken vom 13.06.2007 (1 U 81/07-25) – Ärztebroschüre**
 - **Sachverhalt:** Eine Versandapotheke warb mit einer Broschüre, in der Vorteile für den Arzt und den Patienten für die Empfehlung der Apotheke durch den Arzt ausgelobt wurden.
 - **Gründe:** Kein hinreichender Grund für eine vom Arzt ausgesprochene Empfehlung der Versandapotheke. Bonussystems der Versandapotheke verstößt gegen § 4 Nr.11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 HWG. Für eine Bejahung des Produktbezuges ist es ausreichend wenn sich die Werbung auf sämtliche rezeptpflichtigen Arzneimittel aus dem Sortiment bezieht.
 - **Ergebnis:** Produktbezug (+) Werbung war gem. § 4 Nr.11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 HWG sowie gem. §§ 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 34 Abs. 5 MBO-Ä unlauter.

Entscheidung 9

- **OLG Hamburg vom 19. 7. 2007 (3 U 53/07)**
 - **Sachverhalt:** Ein Pharmaunternehmen warb für ein Arzneimittel zur Behandlung von Inkontinenz mit einem Werbeblatt gegenüber Ärzten. In dem es den Ärzten unter anderem zwei Reklamegegenstände mit Aufdruck (ein Koffergurt und ein Kofferanhänger mit einer Werbeaufschrift) für das Ausfüllen eines Formulars über die Zufriedenheit der Patienten versprach.
 - **Gründe:** Kein Verstoß gegen § 7 HWG, da das Ankündigen von Reklamegegenständen gegenüber Ärzten, für das Ausfüllen eines Formulars, keine unentgeltliche Zuwendung i.S. des § 7 I Satz 2 HWG darstellt.
 - **Ergebnis:** Werbung war nicht unlauter gem. § 7 I Satz 2 HWG.

Fazit

▪ **Bislang keine einheitliche Rechtsprechung**

- Bereits bei der Frage, ob eine Werbung als Produkt- oder Unternehmenswerbung einzustufen ist, gehen die Auffassungen der Gerichte auseinander.
- Nach der Auffassung der Gerichte soll eine Werbung mit einer Zugabe, die nur bei Gelegenheit des Verkaufs eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels gewährt wird, keinen Verstoß gegen § 7 HWG darstellen.
- Offen ist die Frage, wie weit der Kreis der geeigneten Gelegenheiten bei einer solchen Werbung gezogen werden kann und darf .
- Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 08.11.2007 Rs. C-374/05 – Gintec jüngst festgestellt, dass die Richtlinie 2001/83/EG den Bereich der Arzneimittelwerbung in der durch die Richtlinie 2004/27/EG geänderten Fassung vollständig harmonisiert hat.

Kontaktinformation

DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

Thomas J. Diekmann
DIEKMANN Rechtsanwälte
Ballindamm 35
20095 Hamburg

Telefon: (040) 33 44 36 90
Fax: (040) 33 44 36 99
E-Mail: info@diekmann-rechtsanwaelte.de
Web: www.diekmann.rechtsanwaelte.de