BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 142/00

Verkündet am:
30. Januar 2003
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Kleidersack

HeilmittelwerbeG § 7 Abs. 1

Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Wertwerbung ausgehen kann, erfordert es, den Begriff der Werbegabe nicht eng zu verstehen. Eine Werbegabe kann aber entsprechend dem Wortsinn nur angenommen werden, wenn die Vergünstigung unentgeltlich gewährt wird.

UWG § 1

Ein Unternehmen, das ein Erzeugnis auf den Markt bringt, kann grundsätzlich auch für ein wettbewerbswidriges Verhalten der das Erzeugnis vertreibenden Händler in Anspruch genommen werden, wenn es deren Wettbewerbsverstoß

durch sein eigenes Verhalten gefördert oder gar erst ermöglicht hat, indem es zumindest bedingt vorsätzlich zu einer Lage beigetragen hat, die nach der Lebenserfahrung zu einem bestimmten wettbewerbswidrigen Verhalten seiner Abnehmer führt.

BGH, Urt. v. 30. Januar 2003 - I ZR 142/00 - OLG Köln
LG Köln

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2003 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Starck, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Büscher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. Mai 2000 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 24. September 1999 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß sich das Unterlassungsgebot auf die nachfolgend in Ablichtung wiedergegebene Werbung bezieht.

E

U I/U FORTE im Goldpfeil Kleidersack:
E T W

Artikel-nummer	Packungsart	Inhalt	Packungs-gebinde	Einkaufs-* Listenpreis in DM	Unverbindliche* Preisempfehlung in DM
015000	Aktionspaket U Kleidersack	20 Dosen U 1 Kleidersack	1	834,--	769,--
015100	Aktionspaket U FORTE Kleidersack	20 Dosen U FORTE 1 Kleidersack	1	834,--	769,--
201053	Einzelpackung Kleidersack	1 Kleidersack	1	95,--	119,--

Aktionszeitraum 01.10. - 31.12.1998 *zzgl. MwSt

Die Kosten der Rechtsmittel hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber beim Vertrieb von Fertigarzneimitteln der Dentalmedizin.

Die Beklagte warb im Jahre 1998 gegenüber dem Großhandel dafür, ihre in Zahnarztpraxen für die Lokalanästhesie verwendeten Fertigarzneimittel "U. " und "U. forte" in einer Werbeaktion als "Aktionspaket" zusammen mit einem Goldpfeil-Kleidersack zu vertreiben. Für die Werbung gegenüber den Zahnärzten stellte sie dem Großhandel auch einen Werbeflyer zur Verfügung.

Ein "Aktionspaket" aus 20 Dosen "U. " bzw. "U. forte" und einem Kleidersack sollte nach einem Werbeblatt der Beklagten für die Zahnärzte gemäß einer unverbindlichen Preisempfehlung 769 DM kosten. Als Einkaufslistenpreis eines solchen Gebindes waren 834 DM angegeben. Der Kleidersack sollte auch einzeln erhältlich sein, dann aber nach einer unverbindlichen Preisempfehlung 119 DM kosten. Als Einkaufslistenpreis wurden für den Kleidersack 95 DM angegeben.

Der Großhändler M. D. (im folgenden: M.) nahm das Angebot der Beklagten - ebenso wie andere Großhändler - zum Anlaß, die Gebinde aus 20 Dosen "U. " bzw. "U. forte" zusammen mit einem Goldpfeil-Kleidersack zu einem "Aktionspreis" zu bewerben. Die Werbeankündigung der M. ist im Klageantrag zu I. 1. in Ablichtung wiedergegeben. Es ist unstreitig, daß die Werbung der M. weder von der Beklagten stammte noch von ihr entworfen worden war und die M. ihre Preise selbständig festgesetzt hat.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, bei der Werbung der M. handele es sich um ein gemäß § 1 UWG unzulässiges verdecktes Kopplungsangebot. Zudem verstoße diese gegen die Vorschriften der Zugabeverordnung sowie gegen § 7 HWG i.V. mit § 1 UWG, weil der Zahnarzt, der das Sonderangebot der M. wahrnehme, den Kleidersack als unentgeltliche Zugabe erhalte. Hierfür sei die Beklagte verantwortlich, weil sie den Großhandel durch ihre im Klageantrag zu I. 1. auszugsweise wiedergegebene Werbung in die Lage versetze, die in Rede stehenden Fertigarzneimittel zusammen mit dem Goldpfeil-Kleidersack unter Verstoß gegen die zuvor genannten gesetzlichen Regelungen zu bewerben und zu vertreiben.

Die Klägerin hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, ihre Vertriebspartner wie nachfolgend wiedergegeben

E

U / U FORTE im Goldpfeil Kleidersack:

E T W

Artikel-nummer	Packungsart	Inhalt	Packungs-gebinde	Einkaufs-* Listenpreis in DM	Unverbindliche* Preisempfehlung in DM
015000	Aktionspaket U Kleidersack	20 Dosen U 1 Kleidersack	1	834,–	769,–
015100	Aktionspaket U FORTE Kleidersack	20 Dosen U FORTE 1 Kleidersack	1	834,–	769,–
201853	Einzelpackung Kleidersack	1 Kleidersack	1	95,–	119,–

Aktionszeitraum 01.10. - 31.12.1996

*zzgl. MwSt

Bei Abnahme von 20 Ds Ubistasin durch den Deutschhandel konnte ein Kleidersack für DM 15,77 + MWSt. bezogen werden.

1 Ds. im EK 48,70 = DM 814,00
incl. Kleidersack DM 834,00

DM 20,00
./. 17% Fachhandel
./. 5% Sonderrat

ubl

in die Lage zu versetzen, die Fertigarzneimittel "U. " und "U. forte" zusammen mit dem Goldpfeil-Kleidersack zu einem Gesamtpreis von 738 DM zu vertreiben und wie nachstehend wiedergegeben zu bewerben:

U

U forte

20 Dosen Zylinderampullen verpackt in einem wunderschönen Goldpfeil Kleidersack.

20 Dosen
à 50 Zylinderampullen
U
Art.-Nr.
738,00 DM

20 Dosen
à 50 Zylinderampullen
U forte
Art.-Nr.
738,00 DM

Ultracain DS / Ultracain DS forte

Zylinderampullen	Ampullen	Flaschen
10 Packungen à 100 Zylinderampullen Ultracain DS	10 Packungen à 100 Ampullen Ultracain DS	10 Flaschen à 20 ml Ultracain DS
Art.-Nr. 44389	Art.-Nr. 41808	Art.-Nr. 44391
702,00 DM	795,00 DM	66,50 DM
10 Packungen à 100 Zylinderampullen Ultracain DS forte	10 Packungen à 100 Ampullen Ultracain DS forte	10 Flaschen à 20 ml Ultracain DS forte
Art.-Nr. 44390	Art.-Nr. 41820	Art.-Nr. 44392
702,00 DM	795,00 DM	66,50 DM

Selbstverständlich ist der Goldpfeil Kleidersack auch einzeln erhältlich!
Kleidersack, Stück (ohne Inhalt)
119,00 DM

Einmalkanülen transcoject

für Zylinderampullenspritzen, Kunststoff-Konus. Größen 40 x 10 und 40 x 23, auch zur intraligamentalen Anasthesie geeignet. Packung: 100 Stück

Diese Kanülen sind zertifiziert und entsprechen der europäischen Norm ISO/DIN 7885

17 x 23	Art.-Nr. 44581
17 x 42	Art.-Nr. 44582
30 x 23	Art.-Nr. 44583
30 x 42	Art.-Nr. 44584
40 x 10	Art.-Nr. 44585
40 x 23	Art.-Nr. 44586

14,90 DM
ab 10 Packungen
13,70 DM
ab 30 Packungen
12,90 DM

Das Ende der Flachspulen
... unsere Lösung für Sie!

Seit dem 14.06.1998 ist chirurgisches Nahtmaterial in Flachspulen für den Humanbereich nicht mehr erhältlich. Doch wir helfen Ihnen weiter. Sie können in Zukunft wählen zwischen Kurzfäden, oder Sie weichen auf Nadel-Faden-Kombinationen aus.

Wir haben in unserem umfangreichen Produktprogramm für Sie in beiden Fällen genau das Richtige!

Nähere Auskunft erteilt Ihnen gerne unser Außendienst!

Nahtmaterial	USP	Anzahl / Fadenlänge in cm	Packungs-inhalt	Art.-Nr.	Preis DM
Synthofil®	4/0	3 x 45 cm	36	84557	257,00
	3/0	3 x 45 cm	36	84556	257,00
	2/0	3 x 45 cm	36	84555	257,00
Siliokam®	4/0	3 x 45 cm	36	84554	185,00
	3/0	3 x 45 cm	36	84553	178,00
	2/0	3 x 45 cm	36	84552	178,00
	0	3 x 36 cm	36	84551	178,00
Supramid®	4/0	3 x 45 cm	36	84550	217,00
	3/0	3 x 45 cm	36	84549	217,00
	2/0	5 x 45 cm	36	84548	217,00

2. der Klägerin Auskunft zu erteilen, in welchem Umfang sie, die Beklagte, die vorstehend unter Ziffer 1. bezeichneten Handlungen begangen hat, und zwar unter Angabe der Umsatzzahlen zum streitgegenständlichen Produkt sowie der Werbeträger, deren Auflagenhöhe und des Verbreitungszeitraums,

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr - der Klägerin - allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die in Ziffer I. 1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und zukünftig entstehen wird.

Die Beklagte hat ihre Verantwortlichkeit für die Werbung der M. in Abrede gestellt und die Auffassung vertreten, die konkrete Werbung sei weder unter wettbewerbs- noch unter heilmittelwerberechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, jedoch mit der Maßgabe, daß auf dem im Klageantrag zu I. 1. und dementsprechend im Unterlassungsausspruch des landgerichtlichen Urteils wiedergegebenen Werbeblatt der Beklagten die handgeschriebenen Zusätze entfallen sollen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat das Unterlassungsbegehren und die darauf bezogenen Folgeansprüche für unbegründet erachtet. Dazu hat es ausgeführt:

Die geltend gemachten Ansprüche wären selbst dann nicht gegeben, wenn die M. mit ihrer Werbung gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO, § 7 HWG oder § 1 UWG verstoßen hätte, da unstreitig sei, daß die Beklagte dem Großhandel weder die Preise vorgebe noch Einfluß auf die konkrete Gestaltung der Werbung nehme.

Die konkret angegriffene Werbung des Großhändlers M. erfülle aber auch nicht den Tatbestand der genannten Bestimmungen. Die Fertigarzneimittel und der Kleidersack seien Gegenstand eines Gesamtangebots, das zu einem Gesamtpreis beworben werde. Dies ergebe sich für den angesprochenen Verkehr insbesondere daraus, daß die Werbung in optisch hervorgehobener Weise angebe, daß der Kleidersack auch einzeln zu einem Stückpreis von 119 DM erworben werden könne.

Aus dem Umstand, daß es sich bei dem konkreten Angebot der M. um eine einheitliche Leistung handele, folge zugleich, daß auch keine gemäß § 7 HWG zu beanstandende Werbegabe vorliege. Ebensowenig könne die in den Klageantrag aufgenommene Werbung der M. als unzulässiges verdecktes Kopplungsgeschäft i.S. von § 1 UWG beanstandet werden. Ein aus verschiedenen Waren bestehendes Kombinationsangebot sei dann wettbewerbswidrig, wenn die Einzelpreise nicht bekannt seien und der Käufer sie auch nicht in Erfahrung bringen könne, weil er keinerlei Anhaltspunkte für deren Berechnung

habe. Das sei hier nicht der Fall, da der von der Werbung der M. angesprochene Zahnarzt ohne weiteres erkenne, daß er für den Kleidersack 119 DM bezahlen müsse; die Preise für die beworbenen Fertigarzneimittel seien ihm entweder bekannt, oder er könne sie jedenfalls unschwer in Erfahrung bringen.

II. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung mit der Maßgabe, daß sich das Unterlassungsgebot auf das im Tenor des Revisionsurteils in Ablichtung wiedergegebene Werbeblatt ohne handgeschriebene Zusätze bezieht.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, daß die in Rede stehende Werbung der M. nicht gegen § 7 Abs. 1 HWG verstoßen hat.

a) Nach dieser Vorschrift ist es unzulässig, für Humanarzneimittel mit "Zuwendungen und sonstigen Werbegaben (Waren oder Leistungen)" zu werben, soweit die Werbemittel nicht unter die in der Bestimmung selbst erschöpfend genannten Ausnahmetatbestände fallen. Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG besteht vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit Geschenken ausgehen kann (vgl. BGH, Urt. v. 21.6.1990 - I ZR 240/88, GRUR 1990, 1041, 1042 = WRP 1991, 90 - Fortbildungs-Kassetten; Doepner, Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl., § 7 Rdn. 6; Bülow/Ring, Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl., § 7 Rdn. 8; Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand Oktober 1998, § 7 HWG Rdn. 3). Diese Zielsetzung erfordert es, den Begriff der Werbegabe, bei dem es sich um den Oberbegriff für die "Zuwendungen und sonstigen Werbegaben" gemäß § 7 Abs. 1 HWG handelt, nicht eng zu verstehen. Eine Werbegabe kann aber entsprechend dem Wortsinn nur

angenommen werden, wenn die Vergünstigung unentgeltlich gewährt wird (vgl. BGH GRUR 1990, 1041, 1042 - Fortbildungs-Kassetten; Doepner aaO § 7 Rdn. 22; Kleist/Albrecht/Hoffmann, Heilmittelwerbegesetz, Stand Juni 1998, § 7 Rdn. 15).

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, daß das Angebot der M. , 20 Dosen der in Rede stehenden Fertigarzneimittel "in einem wunderschönen Goldpfeil-Kleidersack" verpackt für 738 DM zu erwerben, nicht mit einer gemäß § 7 Abs. 1 HWG unzulässigen Werbegabe verbunden war.

Es hat dazu festgestellt, bei dem Kombinationsangebot habe es sich um ein Gesamtangebot zu einem Gesamtpreis gehandelt, das nicht in eine Haupt- und Nebenleistung aufgeteilt werden könne. Das Angebot werde dahingehend verstanden, daß der Kleidersack in jedem Fall und nicht nur mit einem geringfügigen Scheinentgelt bezahlt werden müsse, gleichviel, ob er gesondert oder im Zusammenhang mit der Bestellung von "U. " bzw. "U. forte" erworben werde.

Diese tatrichterliche Würdigung ist rechtsfehlerfrei. Entgegen der Auffassung der Revision konnte das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde beurteilen, wie das in Rede stehende Angebot von Zahnärzten verstanden wird, auch wenn seine Mitglieder nicht zu dem unmittelbar angesprochenen Verkehrskreis gehören. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß Zahnärzte eine solche Werbung anders als Durchschnittsverbraucher auffassen.

2. Das Angebot der M. war jedoch wettbewerbswidrig i.S. des § 1 UWG, weil es die Zahnärzte bei ihrer Entscheidung über den Erwerb der beworbenen Fertigarzneimittel unsachlich beeinflussen sollte.

a) Die Anwendbarkeit des § 1 UWG wird nicht durch die Sonderregelung des § 7 Abs. 1 HWG ausgeschlossen. Die nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 HWG bußgeldbewehrte Vorschrift des § 7 Abs. 1 HWG regelt nur Fälle, in denen Angehörige der Heilberufe bei ihrer Entscheidung über den Einsatz und die Verschreibung von bestimmten Medikamenten gerade durch Werbegaben unsachlich beeinflußt werden sollen. Dies schließt die Anwendung des § 1 UWG auf sonstiges Wettbewerbshandeln mit derselben unlauteren Zielsetzung nicht aus. Die Anwendung des § 1 UWG auf Fälle der vorliegenden Art dient auch der Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. Nr. L 113/13), die auf der Grundlage des Art. 100a EGV (jetzt Art. 95 EG) erlassen worden ist. Nach dieser Vorschrift ist es verboten, den zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen im Rahmen der Verkaufsförderung eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, sie sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Entsprechend ihrem Wortlaut ist die Vorschrift des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG - anders als § 7 Abs. 1 HWG - nicht auf die Verkaufsförderung durch Werbegaben beschränkt, sondern bezieht sich auf finanzielle oder materielle Vorteile aller Art.

b) Das Angebot der M. war geeignet, die umworbenen Zahnärzte bei ihrer Entscheidung, ob sie die Fertigarzneimittel "U. " oder "U. forte" bei der M. erwerben sollen, unsachlich zu beeinflussen. Es sollte den Absatz der Fertigarzneimittel dadurch fördern, daß mit diesen gekoppelt ein Kleidersack als

ein hauptsächlich im privaten Bereich nutzbarer Gegenstand zu einem besonders günstigen Preis abgegeben wird. Eine derartige Vergünstigung kann die Angesprochenen veranlassen, die beworbenen Fertigarzneimittel nur wegen des damit verbundenen sachfremden Vorteils für den Praxisgebrauch zu erwerben.

Der Eindruck eines besonders günstigen Angebots ergab sich hier daraus, daß der Kleidersack bei einer Bestellung in Kombination mit den beworbenen Fertigarzneimitteln zu einem wesentlich günstigeren Preis als bei einem isolierten Kauf angeboten wurde. Das Kopplungsangebot der M. war seinerzeit auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten besonders günstig. Danach lag der Preis für 20 Dosen "U. " bzw. "U. forte" - von einem Anbieter mit einem Marktanteil von lediglich 3 % abgesehen - damals zwischen 694 DM und 718 DM. Den Kleidersack als solchen hat die M. zu einem Preis von 119 DM angeboten. Der Gesamtpreis von 738 DM für das Kombinationsangebot lag damit nur 44 DM über dem günstigsten Marktpreis für die angebotenen Arzneimittel.

3. Für diesen Wettbewerbsverstoß der M. ist auch die Beklagte wettbewerbsrechtlich verantwortlich. Sie haftet nicht nur als Störer beschränkt auf Unterlassung (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 22/99, GRUR 2002, 618, 619 = WRP 2002, 532 - Meißner Dekor, m.w.N.), sondern wegen eigenen schuldhaften wettbewerbswidrigen Verhaltens auch auf Auskunftserteilung und Schadensersatz.

a) Ein Unternehmen, das ein Erzeugnis auf den Markt bringt, kann grundsätzlich auch für ein wettbewerbswidriges Verhalten der das Erzeugnis vertreibenden Händler in Anspruch genommen werden, wenn es deren Wett-

bewerbsverstoß durch sein eigenes Verhalten gefördert oder gar erst ermöglicht hat, indem es zumindest bedingt vorsätzlich zu einer Lage beigetragen hat, die nach der Lebenserfahrung zu einem bestimmten wettbewerbswidrigen Verhalten seiner Abnehmer führt (vgl. BGH, Urt. v. 8.11.1972 - I ZR 25/71, GRUR 1973, 370, 371 = WRP 1973, 91 - Tabac, m.w.N.).

b) Eine solche Haftung der Beklagten ergibt sich aus dem Umstand, daß sie zu der wettbewerbswidrigen Werbung der M. als Teilnehmer vorsätzlich beigetragen hat. Die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung der M. besteht darin, daß sie - wie bereits dargelegt - den umworbenen Zahnärzten ein günstig erscheinendes Kopplungsgeschäft angeboten hat, bei dem ein Arzneimittel für den Praxisgebrauch mit einem als günstig erscheinenden Angebot einer Ware für den privaten Gebrauch gekoppelt wurde. Die Unterbreitung eines derartigen gegen § 1 UWG verstoßenden Angebots war in seinen wettbewerbsrechtlich wesentlichen Merkmalen von der Beklagten auch gewollt. Denn es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte mit ihrer Werbung gegenüber den Großhändlern einen anderen Zweck verfolgte, als diese zu veranlassen, Zahnärzten ein Kopplungsangebot der in Rede stehenden Art zu machen, bei dem der mit dem Bezug der Arzneimittel gekoppelte Erwerb des privat zu nutzenden Kleidersacks als besonders vorteilhaft erscheinen konnte. Arzneimittelgroßhändler vertreiben derartige Waren für den privaten Konsum im allgemeinen nicht.

Unerheblich für die wettbewerbsrechtliche Haftung der Beklagten ist es, daß die Werbung der M. weder von ihr stammte noch von ihr entworfen worden war und die M. ihre Preise selbständig festgesetzt hat.

III. Danach war auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil war mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

v. Ungern-Sternberg Starck Bornkamm

Pokrant Büscher