

# Fotos erlaubt – Prämien verboten

## Aktuelle Entscheidungen zum Heilmittelwerberecht

Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) zählt zu einem der wichtigsten Gesetze, die ein Apotheker zu beachten hat, wenn er Werbung betreibt. Bei jeder Werbemaßnahme ist zunächst zu prüfen, ob das Heilmittelwerbegesetz überhaupt anwendbar ist. Der Anwendungsbereich ergibt sich aus § 1 HWG. Danach unterliegt die Werbung für Arzneimittel den Beschränkungen des HWG, aber auch die Werbung für Medizinprodukte.

**A**uch andere Mittel (ausgenommen Lebensmittel), Verfahren, Behandlungen oder Gegenstände müssen sich an den Bestimmungen des HWG messen lassen, sofern die Werbeaussagen krankheitsbezogen sind. Umfangreich, zugleich aber auch für den Nichtjuristen gut lesbar, ist der Katalog des § 11 HWG, der eine Reihe von Werbeformen verbietet, die im Einzelhandel üblich sein mögen, im Gesundheitsbereich aber unerwünscht und daher verboten sind.

### Fotos mit weißem Kittel: jetzt erlaubt

Eine der Vorschriften lautet: »Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels.« (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG)

Der Gesetzgeber vertrat – ausgehend von einem noch etwas anderen Verbraucherleitbild als heute – die Auffassung, mit derartigen Abbildungen werde in suggestiver Form eine fachliche Autorität in Anspruch genommen. Der Leser werde, so meinte man, in die Abbildung eine fachliche, möglicherweise unzutreffende Empfehlung hineininterpretieren. Dazu war die Vorschrift, wie alle Vorschriften des Verbotskataloges, als abstrakter Ge-

fahrentatbestand ausgelegt. Das bedeutet, dass derjenige, der gegen diese Vorschrift verstieß, zugleich wettbewerbswidrig handelte, ohne dass jeweils geprüft werden musste, ob sich die Gefährdung im Einzelfall tatsächlich verwirklicht hatte. Die Vorschrift führte zu einigen kuriosen Fallgestaltungen. So ließ sich z. B. ein Zahnarzt im schwarzen Anzug neben seinem Behandlungsstuhl abbilden. Oder im Rahmen eines Abmahnverfahrens wurde gegenüber der Wettbewerbszentrale argumentiert, es handele sich nicht um weiße Berufskleidung, sondern um ein »ganz normales« weißes T-Shirt.

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bringt hier eine gewisse Erleichterung (Urteil vom 01.03.2007, Az. I ZR 51/04 – Krankenhauswerbung). Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Ein Krankenhaus gab eine Informationsschrift heraus, in der Ärzte in der typischen weißen Berufskleidung, zum Teil auch bei der Ausübung von ärztlichen Tätigkeiten, abgebildet waren. Entsprechende Darstellungen enthielt auch der Internetauftritt des Klinikums. Die Kläger hatten die Werbung im Hinblick auf die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG als wettbewerbswidrig beanstandet. Der Bundesgerichtshof sah dies anders. Er vertrat die Auffassung, dass man hier nicht wie früher quasi automatisch einen Wettbewerbsverstoß annehmen könne. Vielmehr müsse man die Vorschrift im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit ein-

schränkend auslegen. Die Richter verwiesen die Sache an das Berufungsgericht zurück und gaben diesem mit auf den Weg: Es müsse prüfen, ob der Verbraucher unsachlich beeinflusst und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung bewirkt werde.

Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für den werbenden Apotheker. Der typische Fall – ein Apotheker lässt sich hinter seiner Ladentheke im weißen Kittel abbilden – wird angesichts der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht mehr zu beanstanden sein. Denn in diesen Fällen kann dem Apotheker kaum vorgeworfen werden, er beeinflusse den Verbraucher unsachlich und gefährde damit zumindest mittelbar die Gesundheit des Verbrauchers. Es sind wenig Fälle vorstellbar, in denen diese Punkte zutreffen dürften.

Mehr zum Thema HWG und Verbraucherschutz steht in *Mitteilungen* 5-2009, Seite 22



### AUTORIN



Die Rechtsanwältin Christiane Köber ist Mitglied der Geschäftsführung der Wettbewerbszentrale und spezialisiert auf den Bereich Gesundheitswesen.

Die Wettbewerbszentrale ist die größte und einflussreichste Selbstkontrollinstitution für fairen Wettbewerb. Getragen wird die gemeinnützige Organisation von mehr als 1.200 Unternehmen und über 600 Kammern und Verbänden der Wirtschaft.

### Kontakt

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.  
RAin Christiane Köber  
Landgrafenstr. 24 B  
61348 Bad Homburg  
Telefon: 06172 1215-20  
Fax: 06172 84422  
E-Mail: koeber@wettbewerbszentrale.de

### Keine Werbung mit Empfehlungen

Vorsicht ist allerdings geboten bei offensiver Empfehlung von bestimmten Produkten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss nämlich das HWG europarechtskonform ausgelegt werden. Die Humanarzneimittelrichtlinie 2001/83/EG, die allerdings – wie ihr Name bereits besagt – nur für die Werbung für Arzneimittel gilt, sieht vor, dass Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel keine Elemente enthalten darf, die sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern beziehen. In der wettbewerbsrechtlichen Literatur gibt es Stimmen, die in der bildlichen Darstellung von Personen der Heilberufe sozusagen eine visuelle Empfehlung von Wissenschaftlern sehen, Entscheidungen hierzu gibt es allerdings noch nicht. Das Foto mit dem Apotheker im Kittel ist daher erlaubt, hielte der Apotheker deutlich sichtbar die Produktpackung des Medikaments XY in die Kamera, könnte dies auch weiterhin als »wissenschaftliche Empfehlung« unzulässig sein. Festzuhalten ist aber, dass die Entscheidung des BGH zu einer erheblichen Lockerung des ursprünglichen Abbildungsverbot geführt hat.

Damit stellt sich die Frage, ob die Erwägungen des BGH auch auf die anderen Bestimmungen des Verbotskatalogs anwendbar sind. Ist also etwa bei dem Verbot der Wiedergabe von Krankengeschichten (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 HWG) zu prüfen, ob diese im Einzelfall den Leser unsachlich beeinflussen und damit zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führen? Wann liegt eine unsachliche Beeinflussung vor? Und wann ist eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bejahen? Vermutlich wird der Bundesgerichtshof auch diese Vorschriften einschränkend, sprich, für den Werbenden weniger restriktiv auslegen. Wer allerdings auf der sicheren Seite sein will, sollte sich strikt an die übrigen Vorgaben des Verbotskatalogs halten, solange es keine Änderung der Rechtsprechung oder des Heilmittelwerbegesetzes selbst gibt.

### Bonus- und Prämiensysteme

So genannte Kundenbindungssysteme wie Bonus- oder Prämiensysteme sind in der Apotheke üblich geworden. Trotzdem werfen sie rechtliche Prob-

leme auf. Diese bestehen zum einen darin, dass ein großer Teil des Apothekensortiments aus rezeptpflichtigen, preisgebundenen Arzneimitteln besteht. Wirbt nun eine Apotheke mit der Ankündigung, dass der Kunde beim Einlösen eines Rezeptes einen 5-Euro-Gutschein oder Apothekentaler erhält, die er bei einem späteren Einkauf einlösen oder gegen Prämien eintauschen kann, so stellt sich die Frage, ob damit nicht der Preiswettbewerb eröffnet wird, den der Gesetzgeber doch gerade nicht wollte. Die Rechtsprechung ist hier vollkommen uneinheitlich. Manche Gerichte vertreten die Auffassung, dass die nach der Arzneimittelpreisverordnung vorgesehene Preisbindung nicht tangiert sei. Sie argumentieren, dass der Verbraucher genau den Preis zahlen müsse, den die Arzneimittelpreisverordnung vorsehe. Der Zusatzwert in Form von Talern oder Gutscheinen verwirkliche sich erst in einem späteren Geschäft. Ein anderer Teil der Gerichte vertritt dagegen die Auffassung, dass mit Gutscheinen oder Talern die strikte Preisbindung nach der Arzneimittelpreisverordnung umgangen werde. Eine Lösung wird vom Bundesgerichtshof erwartet, der hoffentlich im nächsten Jahr zu mehreren Fallgestaltungen entscheiden wird.

Unter heilmittelwerberechtlichen Gesichtspunkten wurden diese Gutschein- oder Taler-Systeme bisher immer als unproblematisch angesehen. Zwar sind im Gesundheitsbereich Zugaben und Rabatten in § 7 Grenzen gesetzt (siehe auch *Mitteilungen* 5-2009, Seite 24), zugleich findet das Heilmittelwerbegesetz aber nur bei einer produkt- oder leistungsbezogenen Absatzwerbung Anwendung, nicht bei einer Imagewerbung. Bisher galt die Auffassung, dass derartige Kundenbindungssysteme Unternehmens- oder Imagewerbung, nicht aber Produktwerbung sind.

### Achtung bei Kundenbindungssystemen mit Prämien

In einem aktuellen Urteil hat der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, ob ein Bonussystem als produktbezogene Werbung einzustufen ist und somit in den Geltungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes fällt. Ein Hersteller von Medizinprodukten, Dentallegierungen, Verblendkera-

miken, künstlichen Zähnen und Ähnlichem bewarb ein Prämienprogramm. Der Kunde erhielt, gekoppelt an den Umsatz, bestimmte Prämienpunkte. Die erworbenen Prämienpunkte konnten in Sachprämien, Dienstleistungen oder Gutscheinen aus dem aktuellen Prämienkatalog eingelöst werden. Die Richter bejahten in diesem Fall eine produktbezogene Werbung. Sie begründeten dies mit dem Zweck des § 7 HWG. Dieser bestehe 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. Der BGH wies darauf hin, dass, wenn der Gesetzgeber derartige Anreize im Gesundheitsbereich nicht hinnehmen wollte, dies erst recht gelten müsse, wenn die Zuwendung nicht nur für genau benannte Heilmittel, sondern sogar für das umfassende Sortiment angekündigt wird. Denn dann sei die Beeinflussung des Verbrauchers noch viel größer (BGH, Urteil vom 26.03.2009, Az. I ZR 99/07).

Sollte der BGH diese strenge Auffassung im Bereich der so genannten Wertreklame aufrechterhalten, so ist zu erwarten, dass er auch Gutscheine oder Taler, die bei Einlösung von Rezepten gewährt werden, als unzulässig einstuft. Bereits jetzt steht aber fest, dass nach dieser neuen Entscheidung des BGH Kundenbindungssysteme grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes fallen. Während Geldrabatte bei OTC-Arzneimitteln und Medizinprodukten grundsätzlich zulässig sind, dürfte die Entscheidung das Aus bedeuten für alle Kundenbindungssysteme, die Prämien vorsehen. Denn während Geldrabatte wegen der größeren Transparenz erlaubt sind, sind Zuwendungen (und dazu gehören Prämien) wettbewerbswidrig nach § 7 Abs. 1 HWG.

Die Entscheidung kann also für den Apotheker, der ein Kundenbindungssystem mit Prämien aufgebaut hat, erhebliche Konsequenzen haben. Er läuft Gefahr, von Mitbewerbern oder Verbänden abgemahnt zu werden. Es empfiehlt sich daher, rechtlichen Rat einzuholen, um das eigene Bonusprogramm den neuen rechtlichen Vorgaben anzupassen. 