

# Oberlandesgericht Karlsruhe

Urt. v. 6.9.2012, 4 U 110/12

## I. Tatbestand

Die Parteien streiten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes um wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche. Der Kläger ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, die Beklagte stellt Brillengläser her.

Im Rahmen ihres „Partnerprogramms“ bietet die Beklagte Augenoptikern ein „Gratis Beratungs-iPad“ (mit 16 GB im Wert von 428.- €) an, wenn diese im ersten Quartal 2012 mit Produkten der Beklagten einen um 3.000.- € höheren Umsatz als im Vorjahr erzielen. Auf dem iPad sind verschiedene Apps installiert, die nahezu ausschließlich in Bezug zu den Produkten der Beklagten und deren Vermarktung stehen. Gesperrt sind Apple iTunes, der App Store sowie Youtube. Für die Nutzung des App Centers der Beklagten ist eine Internetverbindung erforderlich, die über eine stationäre WLAN-Verbindung, jedoch nicht über das Mobilfunknetz, möglich ist .

Für die weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Beklagte verstoße damit gegen die Vorgaben des Heilmittelwerbegesetzes, da die Auslobung eines iPad eine unzulässige unentgeltliche Vergünstigung ankündige, die auch nicht ausnahmsweise gem. § 7 Abs. 1 S. 1 HWG erlaubt sei. Das iPad sei weder handelsübliches Zubehör noch beiläufige Nebenleistung.

Die Beklagte meint, § 7 HWG sei angesichts des seit 2006 nur noch fiskal- und sozialpolitisch motivierten Regelungszwecks auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, da die Kosten für Brillen von den Krankenkassen nicht mehr getragen werden. Außerdem bestehe keine konkrete Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung, da die Werbeadressaten geschäftserfahren seien. Die Auswahl der Gläser durch den Endkunden erfolge lediglich anhand des Preises ohne Rücksicht auf eine besondere Marke. Da § 7 Abs. S. 1 Nr. 2 HWG Geld- und Warenrabatte von dem allgemeinen Zuwendungsverbot ausdrücklich ausnehme, könne nichts anderes für eine Sachleistung gelten.

Die UGP-Richtlinie sei bei der Anwendung des HWG jedenfalls nach ihrem Grundgedanken zu berücksichtigen. Da nach der Rechtsprechung des EuGH ein allgemeines Zuwendungsverbot im Verhältnis zum Verbraucher unzulässig sei, müsse dies erst recht zwischen Unternehmern gelten.

Jedenfalls sei der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG erfüllt, da die Werbung handelsüblich sei und dem Hauptzweck des Vertrages zwischen Augentoptiker und der Beklagten als Herstellerin diene. Der für den Erhalt des iPad erforderliche Mehrumsatz sei leicht zu erreichen und falle nicht ins Gewicht.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, da nicht glaubhaft gemacht sei, dass der Nutzen des iPad über eine bloße Unterstützung der Verkaufsbemühungen der Augentoptiker hinausgehe. Eine eventuelle Nutzbarkeit für den privaten Email-Verkehr falle nicht ins Gewicht, ob das iPad als Telefon genutzt werden könne, sei offen und die Nutzung als Fotoapparat sei im Wesentlichen auf den Absatz der Brillengläser bezogen. Deshalb diene das iPad nicht als Anreiz für den Optiker, verstärkt Gläser der Beklagten zu vertreiben, sondern erleichtere nur den Verkauf der Gläser, für deren Empfehlung sich der Optiker aus anderen Gründen entschieden habe. Eine unentgeltliche Zuwendung liege darin nicht. Der für den Erhalt notwendige Mehrumsatz sei außerdem so geringfügig, dass diese Voraussetzung das iPad noch nicht als Werbegabe qualifiziere.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er die erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Für die weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

## II. Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist begründet.

Dem Kläger steht der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wegen Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG zu.

1. Der Anwendungsbereich des HWG ist gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 a HWG eröffnet, da es sich bei der streitgegenständlichen Aktion um Werbegaben für Medizinprodukte handelt.

a. Brillengläser sind gem. § 3 Nr. 1 MPG Medizinprodukte.

b. Da die Beklagte das iPad nur für den Fall einer Umsatzsteigerung mit den Brillengläsern der Beklagten anbietet, handelt es sich - aus der Sicht der angesprochenen Optiker - um eine unentgeltliche Werbegabe, die der Absatzförderung eines konkreten Produktes dient und deshalb in den Geltungsbereich des HWG fällt (BGH GRUR 2009, 1082 Rn. 16 - *DeguSmiles*). Die Verknüpfung mit einer auch nur geringen Erhöhung des Absatzes von Brillengläsern der Beklagten unterscheidet die vorliegende Maßnahme von zulässiger allgemeiner Firmenwerbung; eine die Anwendung des § 7 HWG ausschließende „Gegenleistung“ liegt in der Umsatzsteigerung nach allgemeinem Verständnis nicht. Die Beklagte wirbt im Übrigen selbst damit, das iPad sei „gratis“.

2. Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) sind gem. § 7 Abs. 1 S. 1 1. Hs. HWG grundsätzlich unzulässig (Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, Kommentar zum HWG, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 6 m.N.).

a. Der Anwendungsbereich des § 7 HWG ist im vorliegenden Fall nicht eingeschränkt. Zweck des § 7 HWG ist es, durch eine weitreichende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen ausgehen kann (BGH a.a.O.). Lediglich, wenn die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung gänzlich ausgeschlossen ist, kann eine teleologische Reduktion geboten sein (Brixius a.a.O., § 7 Rn. 10; offengelassen bei BGH a.a.O. Rz. 19). Dies ist nicht der Fall.

Aus dem in der Vorschrift ausdrücklich angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis folgt, dass im Hinblick auf diesen Schutzzweck Sachleistungen anders zu behandeln sind als Geld- oder Warenrabatte. Anders als Rabatte oder Warenleistungen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a. und b. HWG), die unmittelbar auf das beworbene Heilmittel gewährt werden und deshalb in der Regel (jedenfalls auch) dem Endkunden zu Gute kommen können, wohnt Sachleistungen, die bei den angesprochenen Händlern verbleiben, eine besondere und konkrete Gefahr unsachlicher Beeinflussung zu Lasten der geschützten Gesundheitsinteressen inne. Sachleistungen bergen, wie im vorliegenden Fall, das Risiko, dass die angesprochenen Fachkreise, hier die angesprochenen Optiker, bereits eine Vorauswahl der anzubietenden Gläser zu Gunsten der Produkte der Beklagten treffen, um in den Genuss des iPad zu kommen, und damit eine allein auf sachlichen Gründen beruhende Entscheidung des Verbrauchers verhindern. Diese Gefahr wird nicht dadurch ausgeräumt, dass der Kunde - wie die Beklagte meint - mit Hilfe des iPad „optimal beraten“ werden kann; diese „optimale“ Beratung beschränkt sich nämlich allein auf die von der Beklagten vertriebenen Produkte.

Dass der Kunde seine Auswahl (angeblich) allein anhand des Preises und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Marke trifft, räumt die Gefahr einer durch den Optiker von vorneherein nur eingeschränkt eröffneten Auswahl unter verschiedenen Produkten nicht aus.

Schließlich verfolgt das Gesetz auch nicht - wie die Beklagte meint - lediglich sozial- und fiskalpolitische Zwecke, sondern dient gerade im Bereich der Medizinprodukte, die vielfach von den Kassen nicht mehr erstattet werden, weiterhin der öffentlichen Gesundheit bzw. den Belangen des Patientenschutzes (Bundestags-Drs. 14/6281 S. 39). Eine einschränkende Auslegung für Werbegaben im Zusammenhang mit Brillengläsern gebietet der Gesetzeszweck deshalb nicht.

b. Der Anwendung des § 7 HWG steht im konkreten Fall auch nicht die UGP-Richtlinie entgegen, die nur im Verhältnis „Business to Consumer“, nicht aber auf der vorgelagerten Handelsstufe gilt (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, Einl. Rn. 3.56). Darüber hinaus bleiben die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte betreffenden nationalen Rechtsvorschriften ausweislich Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie sowie des Erwägungsgrundes 9 von der Richtlinie (und damit auch von dem daraus abgeleiteten Grundsatz einer Vollharmonisierung) unberührt.

3. Die streitgegenständliche Aktion erfüllt keinen der Ausnahmetatbestände des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG.

a. Es handelt sich bei der Auslobung des iPad für Umsatzsteigerungen nicht um einen Rabatt in Geld (Nr. 2a.) oder in einer bestimmten Menge gleicher Waren (Nr. 2.b.). Soweit die Beklagte geltend macht, Sachleistungen seien nicht anders zu behandeln als Geld- oder Warenrabatte, erlauben der Wortlaut und die Regelungssystematik der Vorschrift weder eine ergänzende Auslegung noch eine Analogie. Der Wortlaut - als Auslegungsgrenze - ist eindeutig, für eine Analogie fehlt es sowohl an einer Regelungslücke als auch (und insbesondere) an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte (vgl. oben unter 2.a.).

b. Das iPad ist schließlich weder handelsübliches Zubehör *zur Ware* noch - als bloße Verkaufshilfe - handelsübliche Nebenleistung i.S. des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HWG.

(1) Zubehör für den Verkauf erfasst der Wortlaut des Ausnahmetatbestands offensichtlich nicht

(2) Wegen des über eine bloße Verkaufshilfe hinausgehenden Nutzens für den Optiker ist das iPad auch keine handelsübliche Verkaufshilfe. Insbesondere der

private Zweitnutzen, der besteht, obwohl das iPad für den Zugang zu iTunes, zum AppStore und zu Youtube gesperrt ist, schließt die Annahme einer bloßen Nebenleistung aus (Brixius, a.a.O. § 7 Rn. 28 für die Zubehörerschaft). Eine dennoch unstreitig eröffnete Internetnutzung über stationäre WLAN-Verbindungen, die vielerorts (z.B. in Hotels, an Flughäfen oder über öffentliche „Hotspots“) zugänglich sind, bietet nicht unerhebliche Vorteile für den Optiker im privaten Bereich. Die leichte Handhabbarkeit und der einfache Transport des Gerätes sind daneben besondere Vorzüge gegenüber einem „normalen“ Laptop. Dass dem Optiker die Besonderheiten eines Apple-Produktes (vor allem die Installation von Apps) verschlossen bleiben, entwertet das wie ein internetfähiges Laptop (ohne Zugang zu Youtube) zu gebrauchende iPad nicht vollständig.

Darin liegt der (für die Werbewirksamkeit der Aktion notwendige) Anreiz für eine Umsatzsteigerung mit Brillengläsern der Beklagten ohne Rücksicht auf sachliche Auswahlkriterien wie Qualität oder Preis.

Gegen eine bloße Verkaufshilfe spricht zuletzt auch die Art und Weise der Anpreisung des iPad und die Verknüpfung der (besonderen) Werbegabe mit einer Umsatzsteigerung.

Im Ergebnis kann deshalb dahinstehen, ob es zutrifft, dass weitere zwei Brillenglashersteller ähnliche Werbemaßnahmen ergriffen haben, zumal sich ein handelsübliches Verhalten daraus (noch) nicht schließen ließe.

### **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.