

# **Irreführende Preiswerbung mit „unverbindlichem Apothekenverkaufspreis“**

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main**

**Urteil vom 20. März 2014**

**Az.: 6 U 237/12**

## **Tenor**

Die Berufung des Beklagten gegen das am 5.9.2012 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe 30.000,- € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## **Entscheidungsgründe**

### **I.**

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Unterlassung einer bestimmten Preiswerbung.

Die Klägerin ist ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugter Verband. Der Beklagte ist Inhaber der X-Apotheke in 01. Er verteilte die aus der Anlage K2 ersichtlichen Werbefaltblätter. Dort werden rezeptfreie Arzneimittel und andere Produkte beworben. Die angegebenen Preise werden jeweils einem als „AVP\*\*“ bezeichneten höheren Preis gegenübergestellt und es wird die prozentuale Abweichung

angegeben. Bei den beworbenen Arzneimitteln entspricht der AVP dem von den pharmazeutischen Unternehmen mitgeteilten einheitlichen Abgabepreis i.S. des § 78 Abs. 3 S. 1. 2. HS AMG. Bei dem Präparat „Basica Vital“, bei dem es keinen einheitlichen Abgabepreis i.S. dieser Bestimmung gibt, verbirgt sich hinter dem AVP der vom Hersteller empfohlene Verkaufspreis.

Im Fußnotentext zu dem Störer \*\* heißt es:

„\*\*Unverbindlicher Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauertaxe.“

Unter der Überschrift „50% Rabatt\*“ heißt es:

... „Alle Preise liegen weit unter dem unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauertaxe (AVP).“

Im Fußnotentext zu dem Störer \* heißt es:

„\*Für rezeptpflichtige Arzneimittel gelten einheitliche Abgabepreise. Rabatte beziehen sich auf den UVP bzw. auf den unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe (AVP).“

Die in dem Werbeflyer erwähnte Lauer-Taxe ist ein Verzeichnis für Arzneimittel, in dem alle bei der Informationsstelle für Arzneispezialitäten gemeldetem Fertigarzneimittel aufgeführt sind. In dem Verzeichnis kann für jedes Arzneimittel ein „gesetzlicher VK“ und/oder „empfohlener VK“ angegeben werden (Anlage K3).

Die Klägerin ist der Ansicht, die Preiswerbung mit der Angabe des „AVP“ suggeriere den angesprochenen Verkehrskreisen, es handle sich dabei um eine unverbindliche Preisempfehlung des Arzneimittelherstellers.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen ( § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen,

im Rahmen einer Preiswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel, für die in der Lauer-Taxe in der Rubrik „empfohlener VK“ keine Preisangabe hinterlegt ist, auf einen höheren unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers Bezug zu nehmen, wenn dies geschieht wie folgt:

„Rabatte beziehen sich auf den UVP bzw. auf den unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe (AVP).“,

wenn dies geschieht wie in der Anlage 2,

und/oder

„Alle Preise liegen weit unter dem unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe (AVP).“,

wenn dies geschieht wie in der Anlage 2,

und/oder

„Unverbindlicher Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe.“,

wenn dies geschieht wie in der Anlage 2,

Außerdem hat das Landgericht den Beklagten zur Erstattung der Abmahnkostenpauschale in Höhe von 219,35 € verurteilt.

Mit der Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. In der Berufungsinstanz wiederholen und vertiefen die Parteien ihr Vorbringen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 05.09.2012, Az. 2-08 0 28/12 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

## **II.**

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Der Unterlassungsantrag, der auf die konkrete Verletzungsform Bezug nimmt, ist hinreichend bestimmt. Der Beklagte soll nicht mit einem höheren unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis werben dürfen, wenn einer der drei eingeblendeten Texte Verwendung findet. Denn dadurch wird nach Ansicht der Klägerin die Fehlvorstellung erzeugt, es handle sich bei dem AVP um eine unverbindliche Preisempfehlung. Ausdrücklich nicht verboten soll es sein, mit einem höheren empfohlenen Apotheken-Verkaufspreis zu werben, sofern ein solcher tatsächlich existiert (= „Empfohlener VK“).

2. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 5 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG zu. Dem Beklagten kann zwar nicht generell verboten werden, für seine Preise mit der Bezugnahme auf den einheitlichen Abgabepreis für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel als Vergleichsgröße zu werben. Die konkrete Ausgestaltung der aus der Anlage K2 ersichtlichen Werbung vermittelt jedoch den unzutreffenden Eindruck, der AVP sei eine unverbindliche Herstellerpreisempfehlung.

a) Die Bezugnahme auf den „AVP“ in Verbindung mit der Angabe „unverbindlicher Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe“ ist irreführend im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

aa) Die von der Werbung (Anlage K2) angesprochenen Verbraucher fassen die mit „AVP“ bezeichneten Referenzpreise als unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers auf. Darauf deutet die Formulierung „unverbindlicher Apotheken-

Verkaufspreis des Herstellers nach Lauer-Taxe“ hin. Der angemessen informierte Durchschnittsverbraucher, zu dem sich auch die Mitglieder des Senats zählen, kennt die Lauer-Taxe nicht. Er weiß auch nicht, wie die Preisgestaltung auf dem Markt für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel beschaffen ist. Dem Verkehr ist hingegen die Angabe „UVP“ im Zusammenhang mit Preisgegenüberstellungen als gängige Abkürzung einer „Unverbindlichen Preisempfehlung“ bekannt (BGH, Urt. v. 7.12.2006 – I ZR 271/03, Rn. 23, juris). Liest er die Bezeichnung AVP im Zusammenhang mit Arzneimitteln, wird er darin eine Parallele zur UVP bei Konsumgütern vermuten und von einer unverbindlichen Herstellerpreisempfehlung für Apotheken ausgehen. Dieses Verständnis wird dadurch bestärkt, dass der Beklagte zur Erläuterung selbst die Abkürzung UVP verwendet. Im Erläuterungstext zu dem Störer \* heißt es, die Rabatte bezögen sich „auf den UVP bzw. auf den unverbindlichen Apotheken-Verkaufspreis des Herstellers“. Die Konjunktion „bzw.“ kann der Verkehr in diesem Zusammenhang nur im Sinne von „anders gesagt“ oder „genauer gesagt“ auffassen. Er nimmt also an, dass der AVP einer UVP entspricht. Dazu passt, dass in dem Werbeflyer einheitlich alle Preise einem „AVP“ gegenübergestellt werden, egal ob es sich um Arzneimittel, Hygieneartikel, Nahrungsergänzungsmittel oder Kosmetika handelt. Zum Beispiel verwendet der Beklagte die Bezeichnung AVP auch bei Produkten wie „Tena Lady extra“ und „Celyoung Falten Filter“, bei denen es sich erkennbar nicht um Arzneimittel handelt (vgl. Anlage K2).

bb) Bei den in der Werbung mit „AVP“ bezeichneten Referenzpreisen handelt es sich nicht um unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers, soweit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel beworben werden (Maaloxan, Voltaren Schmerzgel, Aspirin plus C, Paracetamol-ratio, Elmex Gelée). Bei diesen Produkten verbirgt sich hinter dem angegebenen AVP in Wahrheit der einheitliche Abgabepreis i.S. des § 78 Abs. 3 S. 1. 2. HS AMG. Für verschreibungspflichtige Arzneimittel müssen pharmazeutische

Unternehmen stets einen einheitlichen Abgabepreis sicherstellen. Diese Preisbindung gilt zwar nicht (mehr) für rezeptfreie Arzneimittel. Trotzdem müssen die Hersteller auch bei ihnen, soweit sie zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden können, gemäß § 78 Abs. 3 S. 1. 2. HS AMG zum Zwecke der Abrechnung der Apotheken mit den Krankenkassen einen einheitlichen Abgabepreis angeben. Denn die Krankenkassen haben in bestimmten Fällen auch die Kosten für nicht verschreibungspflichtige, gleichwohl ärztlich verordnete Arzneimittel zu tragen. Dies gilt etwa dann, wenn es sich bei dem Patienten um ein Kind von unter 12 Jahren handelt. Der mitzuteilende einheitliche Abgabepreis (= gesetzlicher Verkaufspreis) wird von der Informationsstelle für Arzneispezialitäten in ein Verzeichnis der Fertigarzneimittel, die so genannte Lauer-Taxe, aufgenommen. Die Lauer-Taxe unterscheidet zwischen der Angabe „gesetzlicher VK“ und der Angabe „empfohlener VK“ (vgl. Anlage K3). Der „gesetzliche VK“ ist der mitzuteilende einheitliche Abgabepreis. Unter „empfohlener VK“ können Preise hinterlegt werden, die vom Hersteller an die Apotheken als Preisempfehlung angegeben werden.

cc) Der in der Werbung (Anlage K2) mit „AVP“ bezeichneten Referenzpreis entspricht dem „gesetzlichen VK“ in der Lauer-Taxe. Ein „empfohlener VK“ wurde bei diesen Produkten vom Hersteller nicht mitgeteilt. Lediglich bei dem Präparat „Basica Vital“, bei dem es sich nicht um ein Arzneimittel handelt und bei dem folglich kein einheitlicher Abgabepreis existiert, verbirgt sich hinter dem „AVP“ der in der Lauer-Taxe angegebene vom Hersteller empfohlene Verkaufspreis.

b) Der Irreführung fehlt es nicht ausnahmsweise an der Relevanz. Wegen der zentralen Bedeutung des Preises einer Ware für die Kaufentscheidung ist die wettbewerbsrechtliche Relevanz einer irreführenden Preisangabe in der Regel ohne weiteres gegeben (BGH GRUR 2009, 788, Rn. 24 – 20% auf alles). Eine relevante Irreführung könnte allerdings dann nicht

angenommen werden, wenn letztlich die Erwartung des Verbrauchers nicht enttäuscht würde, weil den einheitlichen Abgabepreisen für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel die gleiche Funktion wie UVPs zukäme. Dies hat das LG Braunschweig in einem vergleichbaren Fall angenommen (Urt. v. 7.11.2013, Az. 22 O 1125/13, Anlage B5, nicht rechtskräftig).

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH ist es zulässig, auf unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers Bezug zu nehmen. Dem durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ist aufgrund der weitgehend üblichen Verwendung des Begriffs der „unverbindlichen Preisempfehlung“ insbesondere bekannt, dass Herstellerpreisempfehlungen grundsätzlich nicht bindend sind (BGH, Urteil vom 7.12.2006 – I ZR 271/03, Rn. 21 – UVP, juris). Die Bezugnahme ist nur dann als irreführend anzusehen, wenn die Empfehlung nicht auf der Grundlage einer ernsthaften Kalkulation als angemessener Verbraucherpreis ermittelt worden ist (BGH GRUR 2004, 246, 247 – Mondpreise?). Der in Bezug genommene Preis darf außerdem nicht mehrdeutig sein (Bornkamm in Köhler/Bornkamm, 31. Aufl., § 5 Rn. 7.58).

bb) Die mit „AVP“ bezeichneten Preise in der streitgegenständlichen Werbung sind von ihrer Funktion her nicht mit unverbindlichen Herstellerpreisempfehlungen vergleichbar. Bei dem einheitlichen Abgabepreis handelt es sich um eine Pflichtangabe, nicht um eine Empfehlung. Für die Abrechnung gegenüber Krankenkassen ist der Preis verbindlich, sofern nicht nach § 78 III S. 3 AMG ein Rabatt vereinbart wurde. Der Preis wird zwar auf Grundlage einer ernsthaften Kalkulation ermittelt, jedoch als Kassenpreis, nicht als angemessener Verbraucherpreis. Für die Abgabe gegenüber Verbrauchern entfaltet er überhaupt keine Wirkung. Apotheken können den Preis für Arzneimittel, die dem Verbraucher auf eigene Kosten abgegeben werden, frei kalkulieren. Unerheblich ist, dass bei den streitgegenständlichen Arzneimitteln die Hersteller zur Lauer-Steuer nur den einheitlichen Abgabepreis

mitgeteilt haben und die Kategorie „empfohlener VK“ frei blieb. Daraus kann nicht geschlossen werden, der einheitliche Abgabepreis sei zugleich als UVP gemeint gewesen.

cc) Der Beklagte kann im Streitfall auch nicht damit gehört werden, die Mehrheit der Apotheken orientiere sich bei der Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf Kosten des Verbrauchers an dem gesetzlichen VK. Die Klägerin bestreitet diese Behauptung. Der Beklagte muss die Umstände, die für die ausnahmsweise fehlende Relevanz der festgestellten Irreführung sprechen, beweisen. Er stützt seine Behauptung auf eine Studie der Verbraucherzentrale ... aus dem Jahr 2008 (Anlage B3). Danach halten viele Apotheken strikt an der starren Preissetzung fest. Rund 81% der ... Apotheken hätten das Präparat Aspirin mit einem Preis in Höhe der unverbindlichen Preisempfehlung abgegeben. Nach der Behauptung des Beklagten meint die Studie mit „unverbindlicher Preisempfehlung“ den vom Hersteller mitgeteilten gesetzlichen Abgabepreis. Die Klägerin bestreitet jedoch die Ergebnisse der Studie. Die Studie ist auch deshalb nicht verwertbar, weil sie sich nur auf Apotheken im Bundesland ... und auf einen anderen Untersuchungszeitraum bezog. Die streitgegenständliche Werbung erschien im Jahr 2011 in 01. Es kann angenommen werden, dass sich der Preiswettbewerb in den Jahren nach der Aufhebung der Preisbindung im Jahr 2004 erst langsam entwickelt, jedoch kontinuierlich Fahrt aufgenommen hat. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst eingeräumt, dass jedenfalls bei gängigen, umsatzstarken Arzneimitteln – zu denen die hier beworbenen Präparate gehören – inzwischen ein gewisser Wettbewerb stattfindet. Soweit der Beklagte erstmals mit Schriftsatz vom 20.01.2014 zum Beweis der Behauptung, der gesetzliche VK gemäß Lauertaxe sei im Raum 01 ein auf dem Markt allgemein üblich gewordener Durchschnittspreis für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, die Einholung eines Sachverständigengutachtens anbietet, ist er mit diesem neuen Verteidigungsmittel ausgeschlossen (§ 531 II Nr. 3 ZPO). Der Behauptung fehlt es außerdem an der Substanz. Es ist nicht

ersichtlich was der Beklagte mit „allgemein üblich gewordener Durchschnittspreis“ meint. Es ist unklar, ob praktisch jeder Apotheker den gesetzlichen VK verlangt, oder ob die verlangten Preise im Durchschnitt in etwa dem gesetzlichen VK entsprechen. Es ist auch unklar, ob sich die Behauptung auf alle nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel oder gerade auf die beworbenen Produkte bezieht.

2. Der aus der Anlage K2 ersichtliche Werbeflyer erzeugt daher mit den im Klageantrag aufgeführten Aussagen bei den angesprochenen Verbrauchern eine relevante Irreführung. Das bedeutet nicht, dass Apotheker mit einer Abweichung vom einheitlichen Abgabepreis grundsätzlich nicht werben dürften. Es muss nur darüber aufgeklärt werden, dass es sich bei dem Bezugspreis um den für die Apotheke für rezeptfreie Medikamente verbindlichen Festpreis für die Abrechnung gegenüber Krankenkassen handelt. Dies wird in der angegriffenen Werbung in keiner Weise deutlich. Deshalb verfängt auch nicht das Argument des Beklagten, der Wegfall der Preisbindung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel diene der Förderung des Wettbewerbs. Es sei deshalb legitim, auf die Unterschreitung des einheitlichen Abgabepreises hinzuweisen. Letzteres bleibt dem Beklagten unbenommen, solange er nicht die Fehlvorstellung hervorruft, bei dem als AVP bezeichneten Preis handle es sich um eine unverbindliche Herstellerpreisempfehlung.

3. Der Beklagte schuldet der Klägerin nach § 12 I S. 2 UWG außerdem Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 219,35 €. Die Abmahnung vom 13.12.2011 war berechtigt.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.