10 - Euro - Gutschein als Abholerentschädigung wettbewerbswidrig

Eigener Leitsatz:

Eine Apotheke, die mit der Aussage wirbt, dass Kunden einen 10-Euro-Gutschein bei Einlösung eines verschreibungspflichtigen Rezepts als Abholerentschädigung erhalten, wenn sie das verschriebene Arzneimittel aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit im Lager der Apotheke nicht sofort erhalten und nicht von der Möglichkeit einer Lieferung Gebrauch machen, sondern das Arzneimittel selbst abholen, handelt wettbewerbswidrig. Hierin liegt trotz des korrekten Preises für das preisgebundene Arzneimittel ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung vor, da dem Kunden gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb günstiger erscheinen lassen.

Landgericht München I

Urteil vom 20.11.2012

Az.: 33 O 571/12

In dem Rechtsstreit (...)

wegen Unterlassung

erfasst das Landgericht München I -33, Zivilkammer- durch die Richter (...) folgendes

Endurteil:

I.
Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meldung eines für jeden

Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 25.0.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr

a) gegenüber Verbrauchern für den Erwerb verschriebener Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten mit der Aussage zu werben, sie erhielten einen 10- Euro-Gutschein zur Einlösung gegen alle Artikel aus der Selbstbedingungszone, falls der Kunde das ihm verschriebene Arzneimittel aufgrund einer fehlenden Verfügbarkeit im Lager des Beklagten nicht sofort erhält und der Kunde außerdem nicht Gebrauch von der Möglichkeit einer Lieferung am selben Tag macht, sondern das Arzneimittel beim Beklagten abholt, und falls sich diese Werbung auf verschreibungspflichtige Arzneimittel und/oder nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse abgegeben werden, bezieht,

insbesondere wenn diese Werbung erfolgt, wie nachfolgend eingeleuchtet:

(Abbildung)

und/oder

b) entsprechend der Werbung gemäß a) Gutscheine an Kunden im Zusammenhang mit der Abgabe verschriebener, verschreibungspflichtiger und/oder nicht verschreibungspflichtiger, zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse abgegebener Arzneimittel auszugeben.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 219,35 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.02.2012 zu bezahlen.

Ill. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen,

IV. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger $\frac{1}{4}$ und die Beklagte $\frac{3}{4}$

V. Das Urteil ist in Ziffer I. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 30.000,00 und in Ziffern II. und IV. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Unterlassung einer angeblich wettbewerbswidrigen Werbung,

Der Kläger ist ein eingetragener ... zur Förderung gewerblicher Interessen, insbesondere zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Zu seinen über 2.000 Mitgliedern zählen unter anderem die Industrie- und Handelskammern, sowie die meisten Handwerkskammern.

Der Beklagte ist Inhaber einer Präsenzapothek in der Fußgängerzone ... Die Apotheke verfügt insgesamt über ca. 1.000 qm. Von diesen entfallen rund 320 qm auf den Verkaufsraum. Insgesamt hält der Beklagte rund 12.500 verschiedene Artikel vorrätig mit einem Warenwert von rund EUR 500.000,00. Im Zeitraum April 2011 bis März 2012 war der Beklagte in der Lage, an seine Kunden bei ihrem ersten Besuch in der Apotheke 94,2 % sämtlicher verordneter Arzneimittelpackungen unmittelbar auszuhändigen.

Der Beklagte warb auf Aushängen in seinen Verkaufsräumen und im Internet unter www.xxx im Urteilstenor unterklageantrag 1.a. abgebildet.

Daraufhin mahnte der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 26.09.2011 (Anlage K2) ab. Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 11.10.2011 über seinen anwaltlichen Vertreter die Abgabe der geforderten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ab (Anlage K3).

Durch eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung entstehen dem

Kläger durchschnittlich Kosten in Höhe von EUR 308,34 (ohne MwSt.):

Der Kläger ist der Auffassung, die geltend gemachten Unterlassungsansprüche bestünden nach §§ 2, 3 Abs. 1, Nr. 2 LIKlaG und außerdem nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG jeweils in Verbindung mit 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 AMG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 AMPreisV sowie mit § 7 Abs. 1 HWG und 19 Nr. 3, 20 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ApoB0 Bayern und außerdem nach §§ 3, 4 Nr. 1, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG.

So verstoße die Beklagte mit der streitgegenständlichen Werbung bzw. deren Umsetzung gegen den gesetzlich vorgeschriebenen einheitlichen Apothekenabgabepreis. Zweck des § 78 Abs. 2 Satz 3 und 3 AMG sei die Gewährleistung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liege ein Verstoß gegen die bestehende arzneimittelrechtliche Preisbindung nicht nur im Falle einer direkten Rabattierung des jeweiligen Arzneimittels vor, sondern auch bei der Gewährung von Vorteilen, die mit dem Erwerb des Arzneimittels gekoppelt seien und diesen wirtschaftlich günstiger erscheinen ließen. Mit der streitgegenständlichen Werbung, wonach dem Kunden, gekoppelt mit dem Erwerb eines jeden verschriebenen Arzneimittels, ein Vorteil in Gestalt eines 10-Euro-Gutscheins gewährt werde bzw. mit der Ausgabe und Einlösung solcher Gutscheine verstoße der Beklagte folglich gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung.

Ein Verstoß gegen das zwingende Arzneimittelpreisrecht sei auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht schon dann zu verneinen, wenn der Vorteil nicht alleine für den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, sondern auch aus andere Anlass gewährt werde, etwa weil der Kunde beim Erwerb Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen müsse. Der vom Normzweck des Gesetzes zu unterbindende Preiswettbewerb unter den Apotheken entstünde nämlich auch

dann, wenn eine Apotheke die Ausgabe von Gutscheinen nicht ausschließlich an den Erwerb des Arzneimittels knüpfe, sondern auch an weitere Bedingungen, wie etwa der vorliegenden, dass ein nochmaliger Gang des Kunden in die Apotheke erforderlich sei. Der Beklagte spreche im Übrigen mit seiner Werbung unterschiedslos jeden potenziellen Kunden an, unabhängig davon, ob diesem für die gegebenenfalls erforderliche Abholung tatsächlich eine Unannehmlichkeit bzw. ein Nachteil entstünde oder nicht. Tatsächlich sei eine Eigenabholung für eine Vielzahl der Verbraucher mit keinerlei oder allenfalls sehr geringen Unannehmlichkeiten verbunden, insbesondere unter Berücksichtigung der Lage der Apotheke des Beklagten in der Münchner Innenstadt. Selbst wenn man also erwäge, eine konkrete Entschädigung für tatsächlich eingetretene Nachteile in konkreter Höhe zuzulassen, könne sich der Beklagte auf eine solche Ausnahme von der Arzneimittelpreisbindung hier nicht berufen.

Zu berücksichtigen sei auch die durchaus beachtliche Höhe des an die Rezepteinlösung gekoppelten Gutscheinbetrags von EUR 10,00 und zwar gerade in Relation zu den nur möglicherweise eintretenden Unannehmlichkeiten eines nochmaligen Kommens zur Apotheke des Beklagten.

Die streitgegenständliche Werbung sei auch so gestaltet, dass der Blick des Kunden auf den finanziellen Vorteil in Gestalt des 10-Euro-Gutscheins gelenkt werde, den ein Einkauf beim Beklagten für den Kunden haben könne. Damit stehe für den die Werbung betrachtenden Kunden keineswegs die Verfügbarkeit des Arzneimittels im Vordergrund. Ein jedenfalls nicht unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verbraucher werde sich also gerade deshalb für einen Arzneimittelerwerb beim Beklagten interessieren bzw. sich hierfür entscheiden, weil er – entsprechend der eindeutigen Intention der Werbung die Möglichkeit vor Augen habe, einen wirtschaftlichen Vorteil beim Arzneimittelerwerb zu erzielen, den er bei Konkurrenten des Beklagten von vornherein nicht erzielen könne. Aus der

Sicht der angesprochenen Kunden sei der Erwerb des 10 -Euro-Gutscheins also durchaus an die Einlösung der ärztlichen Verschreibung gekoppelt. Dies werde in der Werbung durch den blickfangmäßigen, grafisch gesondert auffallenden, nahtlosen Übergang des 10-Euro-Scheins in die ärztliche Verschreibung herausgestellt.

Der Kläger meint weiter, auch das. Verbot des § 7 Abs. 1 HWG sei einschlägig, -da der Beklagte Zuwendungen in Gestalt eines 10-Euro-Gutscheins anlässlich der Abgabe verschriebener Arzneimittel bewerbe. Eine Ausnahme nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 HWG liege nicht vor. Die streitgegenständliche Marketingaktion sei auch nicht als reine Imagewerbung, sondern als produktbezogene Werbung einzustufen. Die Aushändigung des 10-Euro-Gutscheins sei ganz konkret daran geknüpft, dass ein vom Arzt verschriebenes Arzneimittel, das der Kunde beim Beklagten erwerben wolle, nichtvorrätig sei. Der Umstand, dass die Aktion des Beklagten nicht auf genau benannte Arzneimittel und auch nicht auf eine näher eingegrenzte Vielzahl von Arzneimitteln beschränkt sei, stehe dem nicht entgegen. Denn die Werbung beziehe sich eben ganz konkret auf Arzneimittel, die der Beklagte nicht vorrätig habe, wodurch eine ausreichende Individualisierbarkeit der Produkte gegeben sei. Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG, der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung durch unentgeltliche Zuwendungen vorzubeugen, stelle gerade nicht auf die „Beeinflussung“ der Zuwendung im jeweiligen Einzelfall ab. Deswegen sei auch unerheblich, ob und inwiefern der Kunde die Gewährung des Gutscheins beeinflussen könne oder nicht.

Die Beklagte verstoße gleichzeitig gegen § 19 Nr. 3 ApoB0 Bayern, wonach das Abweichen von zwingend vorgeschriebenen Abgabepreisen als verbotene Maßnahme gelte, die den Zweck verfolge, den Absatz in unlauterer Weise zugunsten der eigenen Apotheke zu beeinflussen. Außerdem handele es sich bei der streitgegenständlichen Werbung um eine unzulässige irreführende Werbung über zwingend vorgeschriebene Preise im

Sinne von § 20 Abs. 2 Nr. 1 ApoB0 Bayern.

Die vom Beklagten verletzten Normenstellten jeweils Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG bzw. Verbraucherschutzgesetz im Sinne von 2 UKlaG dar.

Schließlich beeinträchtigte der Beklagte mit der streitgegenständlichen Marketingaktion auch die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG. Ein Gutschein mit einem Gegenwert von EUR 10,00 führe in ganz erheblichem Maße zu einer unangemessenen Beeinflussung der angesprochenen Verbraucher.

Der Kläger beantragt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr

a) gegenüber Verbrauchern für den Erwerb verschriebener Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten mit der Aussage zu werben, sie erhielten einen 10-Euro-Gutschein zur Einlösung gegen alle Artikel aus der Selbstbedingungszone, falls der Kunde das ihm verschriebene Arzneimittel aufgrund einer fehlenden Verfügbarkeit im Lager des Beklagten nicht sofort erhält und der Kunde außerdem nicht Gebrauch von der Möglichkeit einer Lieferung am selben Tag macht, sondern das Arzneimittel beim Beklagten abholt,

insbesondere wenn diese Werbung erfolgt, wie nachfolgend eingeleuchtet:

(Abbildung)

und/oder

b) entsprechend der Werbung gemäß a) Gutscheine an Kunden im Zusammenhang mit der Abgabe verschriebener Arzneimittel auszugeben.

Hilfsweise:

den Beklagten gemäß der Klageanträge I. mit der Maßgabe zu verurteilen, dass es

unter Ziffer I. a) vor „insbesondere heißt: „(...) Und falls sich diese Werbung auf verschreibungspflichtige Arzneimittel und/oder nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden, bezieht (...),

und unter Ziffer I.b) vor „Arzneimittel“ heißt: „(...), verschreibungspflichtiger und/oder nicht verschreibungspflichtiger, zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse abgegebener (...)“.

II.

Der Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin EUR 219,35 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt:

Klageabweisung,

Der Beklagte macht geltend, die streitgegenständliche Werbeaktion ziele in erster Linie darauf ab, den großen Warenbestand des Beklagten herauszustellen. Außerdem würden die Kunden auf verschiedene Alternativen hingewiesen, falls das verschriebene Arzneimittel nicht vorrätig sein sollte. Zunächst werde auf den Lieferservice hingewiesen, dessen Kosten sich für den Beklagten auf EUR 7,90 (netto) pro

Lieferung beliefen. Erst als weitere Alternative werde die von dem Kläger beanstandete „Abholerentschädigung“ in Form eines Warengutscheins über EUR 10,00 angeboten. Aus Sicht der adressierten Apothekenkunden werde der Gutschein damit dafür ausgelobt, dass nicht von dem Lieferangebot Gebrauch gemacht, sondern das Arzneimittel selbst abgeholt werde. Ob ein solcher Fall eintreten werde, könne der Kunde vor Besuch der Apotheke nicht wissen. Der Gutschein stelle sich mithin aus Sicht der Kunden als eine Gegenleistung dafür dar, dass er der Apotheke den Aufwand und die Kosten für eine Lieferung erspare, jedoch selbst Zeit und eventuell Kosten für das Abholen aufwende.

Der Beklagte meint, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei zu entnehmen, dass nicht jede Vergünstigung, die allgemein in Verbindung mit dem Erwerb eines preisgebundenen Arzneimittels gewährt werde, zwingend einen Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG. darstelle. Es komme vielmehr darauf an, ob aus Sicht des Apothekenkunden die Vergünstigung als Gegenleistung für seinen Kauf des preisgebundenen Arzneimittels erscheine. Dem gegenüber liege keine relevante, Kopplung vor, wenn die Vergünstigung lediglich anlässlich des Erwerbs eines preisgebundenen Arzneimittels für einen anderen Umstand gewährt werde. Im vorliegenden Fall bestünde ein solcher Entschädigungsanlass dafür, dass der Kunde sich ein ausnahmsweise nicht vorrätiges Arzneimittel nicht liefern lasse, sondern es später selbst in der Apotheke abhole. Dem Kunden entstünde durch eine Abholung in jedem Falle ein Mehraufwand, also eine Unannehmlichkeit, die durch das Angebot eines Lieferservices bzw. der „Abholerentschädigung“ aufgefangen werden solle. Es bestehe auch keine Veranlassung für einen Kunden, auf einen Fehlbestand zu spekulieren und zu hoffen, dass er bei einer Verschreibung einen Gutschein erhalte, zumal der Beklagte im letzten Jahr in über 94 % der Fälle eine verschriebene Arzneimittelpackung vorrätig gehabt habe. Nachdem das Angebot gerade nur für verschriebene Arzneimittel gelte, habe ein Kunde auch nicht die Möglichkeit, die Apotheke mehrmals hintereinander aufzusuchen und nach

einem von ihm immer wieder neu gewählten Arzneimittel zu fragen, bis er endlich ein Arzneimittel finde, das nicht vorrätig sei.

Der Beklagte ist der Auffassung, auch § 7 HWG greife vorliegend nicht ein, da keine produktbezogene Absatzwerbung für bestimmte oder bestimmbar Arzneimittel vorliege. Die streitgegenständliche Werbeaktion widerspreche auch nicht dem Sinn und Zweck des § 7 HWG. Eine Beeinflussung des Patienten und des Arztes in Bezug auf die Auswahlentscheidung finde durch die „Abholerentschädigung“ nicht statt, da weder der Patient, noch der Arzt wisse, welches Arzneimittel zum Zeitpunkt der Verordnung bzw. zum mutmaßlichen Zeitpunkt der Rezepteinlösung bei dem Beklagten vorrätig sei.

Gleichsam schieden auch Verstöße‘ gegen §§ 19 Nr. 3, 20 Abs. 2 Nr. 1, ApoB0 Bayern aus.

Schließlich liege auch keine unangemessene, unsachliche Beeinflussung gemäß § 4 Nr. 1 UWG vor. Es sei nicht erkennbar, dass durch das Angebot der „Abholerentschädigung“ eine rationale Entscheidung des Kunden – anders als beim Lieferservice – in sachlich unangemessener Weise beeinflusst werde.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die von den Prozessbevollmächtigten eingereichten Schriftsätze, nebst Anlagen, sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 23.10.2012 (BI. 94/95 d. A) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist im Hauptantrag zu Ziffer 1. unbegründet (dazu unten A.). Der Hilfsantrag zu Ziffer 1. (dazu unten B.) und der Antrag 11. (dazu unten C.) sind begründet.

A)

Der im Hauptantrag unter Ziffer I. geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht nicht.

I.

Auf §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG bzw. §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, jeweils in Verbindung mit § 78 Abs. 1.Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 AMG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 AMPPreisV bzw. mit § 7 Abs. 1 HWG bzw. mit § 19 Nr. 3; 20 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ApoB0 Bayern kann dieser Unterlassungsantrag nicht gestützt werden, da die vorgenannten Vorschriften tatbestandlich jeweils nicht einschlägig sind bei der Abgabe nichtverschreibungspflichtiger Arzneimittel, die nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherungen abgegeben werden (§ 78 Abs. 2 Satz 3 AMG). Bei nichtverschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherungen abgegeben werden im Sinne von § 78 Abs. 2 Satz 3 AMG, greift auch der Tatbestand des §7 Abs. 1 HGW wegen der Ausnahme in § 7 Abs. 1 Nr. 2 a HING nicht ein. Ebenso wenig sind in diesen Fällen § 19 Nr. 3 bzw. § 20 Abs. 2 Nr. 1 ApoB0 Bayern einschlägig. Nachdem der Unterlassungsantrag Ziffer I. der Klage im Hauptantrag nicht zwischen verschreibungspflichtigen und nichtverschreibungspflichtigen Arzneimittel, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden und sonstigen verschriebenen Arzneimitteln differenziert, ist er im Hinblick auf die vorgenannten Normen zu weit gefasst.

II.

Der Unterlassungsantrag ist im Hauptantrag auch nicht gemäß § 4 Nr. 1 UWG begründet, da keine unangemessene unsachliche Beeinflussung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt.

1.

Gemäß § 4 N . 1 UWG handelt unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Vorliegend käme allenfalls die letzte Tatbestandsvariante eines „sonstigen

unangemessenen unsachlichen Einflusses" in Betracht. Ein derartiger Einfluss liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Kaufentscheidung völlig in den Hintergrund tritt, also die freie Entscheidung des Verbrauchers beeinträchtigt ist (BGH GRUR 2009; 875 – Jeder 100. Einkauf gratis; BGH GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II). Dabei ist § 4 Nr. 1 UWG richtlinienkonform im Lichte von Art. 8 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) auszulegen (Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 30. Aufl. 2012, § 4 Rdnr. 1.147). Artikel 8 der UGP-Richtlinie nennt als unzulässige Geschäftspraktiken ausdrücklich „Belästigung, Nötigung, Anwendung körperlicher Gewalt“. Nach der Definition in Art. 2 j) der UGP-Richtlinie ist „unzulässige Beeinflussung“ die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck auch ohne die Anwendung und Androhung von körperlicher Gewalt in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt“. Die von einer Werbung mit Gutscheinen oder Geschenken ausgehende Anlockwirkung stellt nach diesen Grundsätzen in der Regel noch keine unangemessene unsachliche Beeinflussung dar (Köhler/Bornkamm, a.a.O.). Diese Wertung wird bestätigt durch einen Vergleich mit den -in § 4 Nr. 1 UWG ausdrücklich genannten Beeinflussungen in Form von „Ausübung von Druck“ bzw. „in menschenverachtender Weise“. Eine unangemessene unsachliche Beeinflussung durch die Gewährung von Zugaben kommt allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht, wenn über die Gewährung des Geschenks hinaus zusätzliche Umstände vorliegen, die den Verbraucher veranlassen könnten, eine Ware zu erwerben, die er an sich gar nicht haben wollte.

2.

Im Streitfall ist ein unangemessener unsachlicher Einfluss im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG zu verneinen, Die Gewährung eines 10-Euro-Gutscheins für den Fall, dass ein verschriebenes Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten nicht vorrätig ist

und der Kunde dieses nach Bestellung in der Apotheke des Beklagten abholt, ist nicht geeignet, die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Verbraucher unsachlich oder unangemessen zu beeinträchtigen, wie dies etwa bei „Ausübung von Druck“, oder Beeinflussung „in menschenverachtender Weise“ der Fall wäre. Nachdem für die Kunden des Beklagten auch nicht vorhersehbar ist; ob ein verschriebenes Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten vorrätig ist oder nicht, kann hier – im Unterschied zu dem vom OLG München mit Urteil vom ... Az.: : xxx (Anlage K10) entschiedenen Fall – auch nicht angenommen werden, dass die streitgegenständliche Werbung bei den angesprochenen Kunden die Motivation begründet, unabhängig von der medizinischen Notwendigkeit möglichst viele Arzneimittelverschreibungen vorzulegen. Eine derartige Spekulation darauf, dass ein verschriebenes Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten nicht vorrätig ist, würde sich im Verhältnis zu dem mit der Erlangung von Verschreibungen verbundenen Aufwand nicht lohnen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die angesprochenen Werbeadressaten hier eine rationale Entscheidung völlig ausblenden und sich nur noch von der Aussicht auf die versprochene Vergünstigung leiten lassen.

B)

Der Unterlassungsantrag I. ist im Hilfsantrag begründet. Der Unterlassungsanspruch folgt aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1, § 3 AMPPreisV.

In dem klägerischen Unterlassungsbegehren des Hilfsantrags liegt ein einheitlicher Streitgegenstand, den der Kläger auf eine konkrete Verletzungshandlung stützt und lediglich mit der Anführung verschiedener Verbotsnormen begründet (vgl. BGH NJW 2012, 1449 – -Branchenbuch Berg). Somit kann dahingestellt bleiben, ob außerdem noch ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG •bzw. § 19 Nr. 3, 20 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ApoB0 Bayern gegeben ist.

I.

Der Kläger ist gern. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert.

II.

Das vorn Kläger beanstandete Verhalten des Beklagten verstößt gegen die oben genannten Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und der Arzneimittelpreisverordnung.

1.)

Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 AMG ist für verschreibungspflichtige Arzneimittel und solche, die nicht verschreibungspflichtig sind, aber die zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden, ein einheitlicher Apothekerabgabepreis zu gewährleisten. Normzweck von § 78 AMG und den hierzu erlassenen Bestimmungen in der AMPreisV ist die Gewährleistung einer im öffentlichen Interessen gebotenen flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln (BGH MMR 2011, 239, Tz. 16 – UNSER DANKE SCHÖN FÜR SIE; BGH BeckRS 2010, 23772, Tz. 14 Einkaufsgutschein für Arzneimittel).

2.)

Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nicht nur dann vor, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen, als dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgibt. Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden vielmehr auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber, gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen. Ein über einen bestimmten Geldbetrag lautender Gutschein stellt einen Vorteil im vorstehend genannten Sinn dar (BGH, a.a.O.; – Einkaufsgutschein für Arzneimittel, Tz. 15, 16; BGH, a.a.O., – UNSER DANKE SCHÖN FÜR SIE, Tz. 17, 18; BGH GRUR 2010, 1133 – Bonuspunkte Tz. 15, 16). Der Bundesgerichtshof hat in den zitierten Entscheidungen ausgeführt, dass Abweichendes

allenfalls dann gelten könne, wenn der Gutscheinseinlösung wesentliche Hindernisse entgegenstünden „oder die Vorteile nicht alleine für den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, sondern auch aus anderem Anlass gewährt werden, etwa weil ,der Kunde beim Erwerb Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen muss“.

3.)

Vor dem Hintergrund des Normzwecks der arzneimittelrechtlichen Preisbindung und unter Berücksichtigung der Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist vorliegend ein Verstoß gegen die arzneimittelpreisrechtlichen Bestimmungen zu bejahen.

a) Der vom Beklagten beworbene 10-Euro-Gutschein ist an den Erwerb des verschriebenen Arzneimittels gekoppelt. Hierdurch erscheint der Erwerb dieses Arzneimittels aus Sicht des Kunden wirtschaftlich günstiger. Dass dieses Verständnis von der Marketingaktion des Beklagten im Übrigen auch bezweckt ist, zeigt die grafische Darstellung in der Mitte der Werbung, bei der sich das Rezept bildlich in einen 10-Euro-Schein verwandelt.

b) Der Argumentation des Beklagten, der 10-Euro-Gutschein werde hier als "Abholerschädigung" gewährt, also als Ausgleich dafür, dass der Kunde nicht von der ebenfalls angebotenen Liefermöglichkeit Gebrauch mache, sondern die Unannehmlichkeit einer Abholung des Arzneimittels in Kauf nehme, kann nicht gefolgt werden. So kann schon nicht unterstellt werden, dass die Abholung durch den Kunden für diesen stets eine besondere Unannehmlichkeit darstellt. Insbesondere aufgrund der zentralen Lage der Apotheke des Beklagten in der Innenstadt wird es zahlreiche Kunden geben, die nicht extra wegen der Abholung des Medikaments, sondern bereits aus anderen Gründen (wie etwa Arbeitsstätte in unmittelbarer Nähe; anderweitige erforderliche Besorgungen) an der Apotheke des Beklagten erneut vorbeikommen. Für diese Kunden wird sich die Abholung daher nicht als besondere

Unannehmlichkeit darstellen, sondern vielmehr – unabhängig von der Auslobung eines Gutscheins – vielleicht sogar aus freien Stücken einer Lieferung vorgezogen werden. Dass ein Arzneimittel in Apotheken nicht stets vorrätig ist, stellt sich aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise im Übrigen als einen durchaus üblichen Sachverhalt und nicht als besondere Unannehmlichkeit dar.

c) Die streitgegenständliche Marketingaktion verstößt gegen Sinn und Zweck der Preisbindungsvorschriften. Sie stellt die Kunden vor die Frage, warum sie die benötigten preisgebundenen Arzneimittel in einer anderen Apotheke kaufen sollten; wenn sie in der Apotheke des Beklagten die Aussicht auf die Erlangung eines 10-Euro-Gutscheins für den Fall haben, dass die Ware nicht vorrätig ist. Dies läuft dem Gesetzeszweck der Verhinderung eines Preiskampfes zuwider und führt zu einem unerwünschten Verdrängungswettbewerb.

d) Eine abweichende Beurteilung könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn ein Kunde im konkreten Einzelfall tatsächlich aufgrund bestimmter Umstände im Zusammenhang mit dem Arzneimittelerwerb bei dem Beklagten eine besondere Unannehmlichkeit erleidet, und der Beklagte dem Kunden hierfür als Ausgleich einen entsprechenden Gutschein gewährt. Die im Streitfall abstrakt-generelle Gutscheinsauslobung ist demgegenüber mit den arzneimittelpreisrechtlichen Bestimmungen nicht zu vereinbaren.

III.

Die Bestimmungen des § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG; § 1 Abs. 1, § 3 AMPreisV sind neben § 7 HWG anwendbar, da die jeweiligen Regelungsbereiche unterschiedliche Zielsetzungen aufweisen. So besteht der in § 7 HWG enthaltene Regelungszweck vor allem darin, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, nicht durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben unsachlich beeinflusst werden sollen. Er unterscheidet sich daher von den Zwecken, die mit den arzneimittelrechtlichen Preisregelungen

verfolgt werden (BGH, a.a.O. – Einkaufsgutschein für Arzneimittel, Tz. 18).

IV.

Die Regelungen der §§ 78 Abs. 2 Satz 2 und 3; Abs. Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1, § 3 AMPPreisV sind Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, da sie dem Ziel dienen, den Preiswettbewerb unter den Apotheken zu regeln (BGH, a.a.O., – Einkaufsgutschein für Arzneimittel, Tz, 19; BGH, a.a.O., – UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE, Tz. 22).

V.

Das beanstandete Verhalten des Beklagten ist geeignet, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen im Sinne von § 3 UWG. Zwar liegt laut Rechtsprechung des Bundesgerichtshof keine spürbare Beeinträchtigung vor, wenn die Zuwendungen oder sonstige Werbeabgaben sich im Rahmen der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 HWG genannten zulässigen Ausnahmen halten (BGH, a.a.O., Einkaufsgutschein für Arzneimittel, Tz.. 21). Vorliegend greifen diese Ausnahmetatbestände allerdings nicht ein, insbesondere handelt es sich bei einem 10-Euro-Gutschein auch nicht mehr um eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG (vgl. BGH, a.a.O., – Einkaufsgutschein für Arzneimittel, Tz. 22: ein Einkaufsgutschein im Wert von EUR 5,00 liegt bereits über der Wertgrenze).

C)

Der Anspruch nach Antrag II. auf Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten ist gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet, da die Abmahnung vom 26.09.2011 (Anlage K2) berechtigt war. Soweit die damit geforderte Unterlassungserklärung zu weit ging, wäre dies unschädlich, da es Sache des Unterlassungsschuldners ist, aufgrund des beanstandeten Verhaltens die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderlichen Erklärungen abzugeben

(Köhler/Bornkamm, a.a.O., § .12 Rdnr. 1.17). Die Höhe der geltend gemachten Aufwendungen wurde seitens des Beklagten nicht bestritten.

D)

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. Soweit der Unterlassungsantrag Ziffer I. im Hauptantrag abgewiesen wurde, sind dem Kläger anteilmäßig die Kosten aufzuerlegen.

E)

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1, Satz 2 ZPO.