
Datum: 28.03.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 158/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0328.6U158.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 90/13

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 21.08.2013 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 90/13 – wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe

I.

Die Beklagte betreibt eine Apotheke in den Niederlanden, von wo sie Arzneimittel an deutsche Kunden versendet. Sie warb seit dem Jahr 2000 mit Bonusmodellen, die sich an der Höhe der gesetzlichen Zuzahlung orientierten. Wegen von ihr im September 2012 und November 2012 angekündigter Gutschriftmodelle ging die Antragstellerin gerichtlich gegen sie vor. Ende April 2013 erfuhr sie, dass die Antragsgegnerin inzwischen mit einem dritten Modell warb, das Kunden für ihre Mithilfe beim Arzneimittel-Check pro Rezept bei einigen Erkrankungen 2,50 € bis 12 €, bei anderen Erkrankungen 2,50 € bis 20 € versprach. Sie erwirkte deshalb eine auf Unterlassung des Anbietens oder Gewährens einer Prämie in der konkreten Form lautende einstweilige Verfügung. Mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen im Übrigen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die einstweilige Verfügung bestätigt. Die Antragsgegnerin erstrebt im Berufungsrechtszug weiterhin deren Aufhebung und die Zurückweisung des Verfügungsantrags, hilfsweise Aussetzung des Verfahrens zur Einholung von Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union oder des Bundesverfassungsgerichts.

1

2

3

II.	4
Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.	5
Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht den Verfügungsantrag der Antragstellerin als zulässig und aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 78 AMG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 3 Abs. 1 AMPPreisV begründet angesehen. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung.	6
1. Weder besteht anderweitige Rechtshängigkeit (§ 261 ZPO) noch fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis für den Verfügungsantrag. Zwar spricht viel dafür, dass sich das damit angegriffene Prämienmodell von dem mit einstweiliger Verfügung des Landgerichts Köln vom 27.11.2012 – 84 O 245/12 LG – und Urteil desselben Gerichts vom 14.05.2013 – 84 O 3/13 = 6 U 103/13 OLG Köln – untersagten Modell nur in Punkten unterscheidet, die das Charakteristische der konkreten Verletzungsform unberührt lassen. Das steht der Zulässigkeit des Verfügungsantrags aber nicht entgegen. Der Gläubiger eines gerichtlichen Unterlassungstitels muss sich bei von dem untersagten Verhalten abweichenden Handlungen des Schuldners, die in den Kernbereich des Verbots fallen, nicht auf die Durchführung eines Ordnungsmittelverfahrens verweisen lassen, wenn dessen Ausgang ungewiss ist oder bezüglich des neuen Verstoßes Anspruchsverjährung oder Dringlichkeitsverlust drohen (vgl. BGH, GRUR 2011, 742 = WRP 2011, 873 [Rn. 20] – Leistungspakete im Preisvergleich; Senat, Urteil vom 24.08.2012 – 6 U 72/12 = MD 2013, 128 – Potticelli; Beschluss vom 14.12.2012 – 6 W 219/12 – myTV). Nachdem die Antragsgegnerin zwei früheren Bestrafungsanträgen wegen Zuwiderhandlung gegen die einstweilige Verfügung vom 27.11.2012 unter Ausschöpfung ihr zustehender Rechtsmittel entgegengetreten war (vgl. Senatsbeschlüsse vom 05.06.2013 – 6 W 69/13 – und 16.09.2013 – 6 W 146/13), konnte die Antragstellerin nicht mit einem schnelleren Erfolg auf diesem Weg rechnen und war es ihr nicht zuzumuten, von ihrem Verfügungsantrag gegen das in mehreren Punkten (Maximalprämie 20 € statt 15 €, fehlender Garantiebonus, zwei statt drei Prämienstufen) geänderte Prämienmodell abzusehen.	7
2. Die Dringlichkeitsvermutung (§ 12 Abs. 2 UWG) ist nicht widerlegt. Sogleich nach Entdeckung der geänderten Ausgestaltung des Prämienmodells anlässlich einer Gerichtsverhandlung am 24.04.2013 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin abgemahnt und am 03.05.2013 den Verfügungsantrag gestellt. Dringlichkeitsschädliches Verhalten der Antragstellerin während des laufenden Verfahrens ist nicht ersichtlich.	8
3. Die Beklagte hat mit der beanstandeten Ankündigung und Gewährung sogenannter Prämien den als Marktverhaltensregeln (§ 4 Nr. 11 UWG) anzusehenden Bestimmungen des deutschen Arzneimittelpreisrechts zuwidergehandelt.	9
a) Hiernach haben Apotheken bei der Abgabe von apothekenpflichtigen Fertigarzneimitteln an Endverbraucher einen einheitlichen Abgabepreis (§ 78 Abs. 2 S. 2 AMG) in Höhe von 3 Prozent über dem Nettoabgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens zuzüglich 8,10 € und Umsatzsteuer (§ 3 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 AMPPreisV) zu berechnen.	10
b) Diese Bestimmungen sind – wie § 78 Abs. 1 S. 4 AMG nunmehr klarstellt – auch auf Apotheken mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union anzuwenden, die wie die Antragsgegnerin solche Arzneimittel an deutsche Verbraucher im Wege des Versandhandels abgeben. Wie der Senat in seinen den Parteien und ihren Verfahrensbevollmächtigten bekannten beiden Urteilen vom 19.02.2014 – 6 U 103/13 und 6 U 113/13 – näher ausgeführt hat, verstößt diese Regelung weder gegen höherrangiges	11

(Primär-) Recht der Europäischen Union noch gegen deutsches Verfassungsrecht.

Der Senat hat sich in den Urteilen vom 19.02.2014 der Auffassung angeschlossen, die zuvor der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes mit Beschluss vom 22.08.2012 – GmS-OGb 1/10 (BGHZ 194, 354 = GRUR 2013, 417 = WRP 2013, 621) – vertreten und eingehend begründet hat. Auf seine Darstellung der maßgeblichen Erwägungen, die für diese (laut Pressemitteilung vom Bundesgerichtshof in fünf Beschlüssen vom 26.02.2014 – I ZR 72/08, 77/09, 119/09, 120/09 und 79/10 – geteilten) Auffassung sprechen, nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug. Die von der Antragsgegnerin im Streitfall erneut vorgebrachten Gegengründe überzeugen den Senat auch nach nochmaliger Überprüfung nicht. Nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin – in den früheren und im vorliegendem Verfahren – fehlt es bereits an einer diskriminierenden Ungleichbehandlung der Versandhandelsanbieter aus anderen Mitgliedsstaaten durch Bindung an die für die Abgabe an Endverbraucher geltenden Mindestpreise des deutschen Arzneimittelpreisrechts. Außerdem scheidet ein Verstoß gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit auch deshalb aus, weil die Anwendung der deutschen Bestimmungen nach Art. 36 AEUV zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gerechtfertigt wäre. Entsprechendes gilt für die geltend gemachte Verletzung des von der Antragsgegnerin in Anspruch genommenen Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Konkrete neue Tatsachen, die in dieser Hinsicht zu einer anderen Beurteilung führen müssten, hat die Antragstellerin in vorliegender Sache – weiterhin – nicht dargetan. Insbesondere sind die von ihr in der Berufungsverhandlung vorgelegten Statistiken zur Entwicklung des deutschen Apothekenwesens nicht geeignet, eine relevante Verletzung der dem deutschen Gesetzgeber bei Ausübung seiner Einschätzungsprärogative gezogenen unionsrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Grenzen darzutun. 12

Für eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV oder an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG besteht danach kein sachlicher Grund; in formeller Hinsicht ist eine Aussetzung und Vorlage zudem nach dem Wesen des Eilverfahrens ausgeschlossen (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 55 Rn. 21 f.; Zöller / Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., vor § 916 Rn. 8 f.; jeweils m.w.N.). 13

c) Mit ihrer angegriffenen Werbung hat die Beklagte gegen die von ihr nach alledem zu beachtende deutsche Regelung des Apothekenabgabepreises verstoßen. Das streitbefangene Prämienmodell stellt sich in dieser Hinsicht als eine nach Lage der Dinge ebenso untaugliche Umgehungskonstruktion zur Gewährung unzulässiger Rabatte dar wie das („15-€-Prämien“-) Modell, das Gegenstand des Senatsurteils vom 19.02.2014 – 6 U 103/13 – war. 14

Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nicht nur vor, wenn ein Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgibt, sondern auch, 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; insbesondere eine über einen bestimmten Geldbetrag lautende Gutschrift kann einen entsprechenden Vorteil darstellen (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 = WRP 2010, 1482 [Rn. 17 f.] – UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE; GRUR 2013, 1264 = WRP 2013, 1587 [Rn. 13] – RezeptBonus). 15

Die streitbefangenen „Geldprämien“ stellen solche geldwerten Vorteile dar. Nach ihrer objektiven Zielrichtung und aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers handelt es dabei um keine wirtschaftlich angemessenen Vergütungen für bestimmte Leistungen der Kunden, sondern um verschleierte Minderungen des Arzneimittelabgabepreises.

Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob Barrabatte bei der Abgabe von Arzneimitteln unabhängig von Wertgrenzen wettbewerbslich stets unzulässig sind oder ob nach den für den Verletzungszeitpunkt (vor Neufassung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG mit Gesetz vom 07.08.2013, BGBl. I S. 3108) maßgeblichen, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 = WRP 2010, 1482 [Rn. 24] – UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE) in Fällen, in denen es sich bei den gewährten Vergünstigungen um geringwertige Kleinigkeiten handelt, ein Verstoß gegen das Arzneimittelpreisrecht nicht geeignet ist, den Wettbewerb bzw. die Interessen von Marktteilnehmern in relevanter Weise zu beeinträchtigen. Denn selbst wenn danach der Beklagten in Einzelfällen (bei Gewährung von Gutschriften bis zu 1 € pro Medikament) kein spürbarer Wettbewerbsverstoß (§ 3 Abs. 1 und 2 S. 1 UWG) anzulasten sein mag (vgl. BGH, GRUR 2013, 1264 = WRP 2013, 1587 – RezeptBonus; GRUR 2013, 1262 = WRP 2013, 1590 – Rezept-Prämie), ist jedenfalls die mit der Klage in konkreter Form angegriffene Ankündigung und Gewährung einer Vergütung bis zu 20 € als unzulässige spürbare Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Verbraucher anzusehen. 17

Diesem erheblichen Geldbetrag steht – entgegen dem Berufungsvorbringen – keine wirtschaftlich adäquate Gegenleistung der Kunden gegenüber, die geeignet sein könnte, die Unentgeltlichkeit der Vergünstigung auszuschließen oder ihre Spürbarkeit aufzuheben (vgl. Senat, GRUR-RR 2008, 446 [447] – All-inclusive Testwochen; GRUR-RR 2011, 380 – PTA-Gewinnspiel). Die von der Antragsgegnerin gegebene Begründung, dass die Prämie den Verbrauchern als Aufwandsentschädigung für die Mitwirkung bei der Qualitätssicherung der Beklagten gewährt werde, ist nach den Umständen des Streitfalles vielmehr als vorgeschoben anzusehen. 18

Weder in zeitlicher noch in wirtschaftlicher Betrachtung kann es überzeugen, dass die Beklagte die ihr nach niederländischem Recht obliegenden Pflichten zur Qualitätssicherung – denen sie nach eigenem Vorbringen schon seit langem nachzukommen hatte – erst zum Anlass für eine entgeltliche Beteiligung ihrer Kunden an einem Arzneimittel-Check genommen haben will, als sich für sie abzeichnete, dass ihre bisherigen, an die Rezepteinreichung anknüpfenden Boni mit gültigem deutschen Arzneimittelpreisrecht unvereinbar waren. Gegen ein zufälliges zeitliches Zusammentreffen und für eine bewusst gewählte Ausweichkonstruktion spricht auch der Umstand, dass sie ihren Kunden im November 2012 zunächst ungefähr gleich hohe Prämien für ihre Teilnahme an dem nicht sehr genau beschriebenen Arzneimittel-Check anbot und später – nachdem das Landgericht diese Praxis mit einstweiliger Verfügung vom 27.11.2014 untersagt und zu erkennen gegeben hatte, das Verbot im Hauptsacheverfahren bestätigen zu wollen – die werblich herausgestellten, stark an das bisherige Bonusmodell erinnernden Modalitäten dieses „Prämienmodells“ anpasste, ohne im Kern etwas an den Bedingungen der Prämiengewährung zu ändern. Nach wie vor knüpft die Zahlung der Prämie vorrangig an das vom Kunden übersandte Rezept und nur scheinbar an den durch die Mithilfe des Kunden beim Arzneimittelcheck ersparten Aufwand der Antragsgegnerin an. Die genaue Höhe der Prämie (zwischen 2,50 € und 20 €) hängt – soweit ersichtlich – nicht von im Einzelnen definierten Leistungen des Kunden im Rahmen der von der Antragsgegnerin zu erbringenden Verträglichkeitsprüfung, sondern von der Anzahl und dem Preis der verschriebenen 19

Medikamente ab.

Zu Recht hat das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Beklagte bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln kein Entgelt für einen Arzneimittelcheck anbietet, obwohl bei diesen Medikamenten mangels vorangehender ärztlicher Prüfung und Verordnung objektiv kaum geringere Anforderungen an eine Wechselwirkungskontrolle und das Beratungsbedürfnis der Kunden bestehen. Dass in den Niederlanden bei rezeptfreien Medikamenten keine staatlich kontrollierte Qualitätssicherung stattfinden mag, belegt nicht, dass bei ihrer Lieferung nach Deutschland (ohne Bindung an Apothekenabgabepreise) ein solcher „Arzneimittelcheck“ überflüssig wäre. Dagegen honoriert die Beklagte bei chronisch Kranken die Einreichung von Folgerezepten auch ohne Änderung der Patientenangaben zu seiner Disposition und anderen von ihm eingenommenen Medikamenten in gleicher Weise wie die Einreichung des Erstrezepts, was ebenfalls gegen eine an der Gegenleistung des Patienten orientierte Vergütung spricht.

III. 21

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 22

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 23