
Datum: 17.07.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 189/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:0717.6U189.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 70/14

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 19.11.2014 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 70/14 – bezüglich der Klageanträge zu II. und III. teilweise abgeändert und insoweit wie folgt neu gefasst:

II. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.00,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, zu unterlassen,

ihren Kunden in Deutschland eine Bankgutschrift von 10 € zu versprechen und/oder zu gewähren für die Werbung eines neuen Kunden, der ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel erwirbt,

insbesondere wenn dies erfolgt wie nachstehend wiedergegeben:



Meine neue Apotheke

Freunde werben Freunde!

Das lohnt sich jetzt besonders

Sie selbst kennen und nutzen die Vorteile von [redacted] schon. Warum sollten Ihre Freunde nicht das Gleiche tun? Geben Sie ihnen doch einfach mal einen gesunden Tipp. Das lohnt sich jetzt nämlich besonders. Denn für den ersten Freund, den Sie werben, **bedanken wir uns bei Ihnen mit 10 Euro**. Und wenn Sie innerhalb des Aktionszeitraumes einen zweiten Freund werben, bekommen Sie auch noch **10 % Rabatt auf jede Bestellung rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte** im gesamten Jahr 2015.

*10 % Extrarabatt auf jede Bestellung rezeptfreier Medikamente und anderer Gesundheits- und Pflegeprodukte im Jahr 2015, auch auf bereits reduzierte Ware.



Für jeden geworbenen Freund:
10 Euro-Sofort-Prämie
Ab dem zweiten Freund
10 % Rabatt extra für Sie!*

5 Euro-Gutschein für Ihren Freund

- 1 Sie empfehlen [redacted] weiter – einfach den angehängten Bestellzettel ausdrucken, Ihre Kundennummer in das vorgesehene Feld eintragen und mit **gortofreiem Rückenschlag** an einen Freund weitergeben.
 - 2 Sobald Ihr Freund ein Rezept einreicht oder rezeptfreie Produkte im Gesamtwert von **mindestens 25 Euro** bestellt (dies gilt auch für weitere Freunde) ...
 - 3 ... schreiben wir Ihnen **Bankkonto 10 Euro** gut.
 - 4 Werben Sie einen **zweiten Freund** innerhalb des Aktionszeitraumes, bekommen Sie **10 % Rabatt** auf jeden Einkauf rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte im Jahr 2015, zusätzlich zu Ihrer Prämie von 10 Euro.
 - 5 Jeder geworbene Freund erhält außerdem einen **5 Euro Gutschein** zum Bestellen rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte.
- ⚠ Die Freundschafts-Werbekampagne ist gültig vom 01.01. bis 31.12.2015. Der Geworbene muss mindestens 18 Jahre alt sein. Die Freundschaftswerbung ist nicht innerhalb eines Haushalts gültig.

Ihr Vortragspartner: [redacted]
Verantwortlicher Vorstand: Gert Heinrich/Vertrieb: [redacted]

So einfach geht's:

Bitte den angehängten Bestellzettel ausfüllen, zusammen mit einem Rezept (falls vorhanden) in den Freil Umschlag stecken und an Versandapotheke [redacted] Postfach [redacted] senden.

Ausschneiden und aufkleben.



Rezept in den Umschlag stecken.**



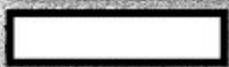
Ab in die Post.



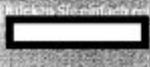
In Kürze erhalten Sie Ihre Lieferung



** Privat Versicherte erhalten von jedem Rezept beglaubigte Kopien zur Abrechnung mit der Krankenkasse.



[redacted]
(kostenfrei)



III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.174,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.06.2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage bezüglich der Anträge zu II. und III. abgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Dieses Urteil und das des Landgerichts bezüglich der Klageanträge zu II. und III., soweit nicht abgeändert, sind vorläufig vollstreckbar. Die der Vollstreckung ausgesetzte Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit

i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet. Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs beträgt die Höhe der zu leistenden Sicherheitsleistung 30.000,00 €.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- I. 1
- Die Klägerin ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk O und gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen aufgrund der Verletzung berufsrechtlicher Pflichten befugt. 2
- Die Beklagte ist eine in den Niederlanden ansässige Versandapotheke. Vorwiegend liefert sie verschreibungspflichtige Arzneimittel nach Deutschland. Die Beklagte wirbt seit Jahren mit verschiedenen Prämienmodellen, gegen die die Klägerin teilweise bereits erfolgreich gerichtlich vorgegangen ist. 3
- Im April 2013 warb die Beklagte mit einer als Vergütung für die Mithilfe bei einem Arzneimittel-Check ausgelobten Prämie in Höhe von bis zu 20,00 € bei der Einlösung von Kassen- oder Privatrezepten. Wegen eines ihrer Ansicht nach darin liegenden Verstoßes gegen das Arzneimittelpreisrecht mahnte die Klägerin die Beklagte unter dem 26.04.2013 erfolglos ab und erwirkte im Mai 2013 vor dem Landgericht Köln im Verfahren 84 O 90/13 eine einstweilige Unterlassungsverfügung, die durch Urteil des Landgerichts aus August 2013 bestätigt wurde. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat der Senat im Verfahren 6 U 158/13 mit Urteil aus März 2014 zurückgewiesen. Die vorgerichtlichen Abmahnkosten sind Gegenstand des Klageantrags zu I. im vorliegenden Verfahren; die Klägerin hat in erster Instanz einen Betrag von 2.118,44 € zuzüglich einer Kostenpauschale von 30,00 € geltend gemacht. 4
- Im April 2014 wurde die Klägerin darauf aufmerksam, dass die Beklagte im Internet unter der blickfangmäßigen Werbung „Freunde werben Freunde“ „Das lohnt sich jetzt besonders“ mit einem Prämienmodell warb, in dem sie eine „10 Euro-Sofort-Prämie“ für den Fall auslobte, dass ein Kunde einen weiteren Kunden für sie anwarb, der ein Rezept einreicht oder rezeptfreie Produkte im Gesamtwert von mindestens 25,00 € bestellte. Darüber hinaus lobte die Beklagte für den Fall der Werbung eines zweiten Freundes einen 10%-Rabatt auf jeden Einkauf rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte aus. 5
- Die Klägerin erachtet auch diese Werbung als wettbewerbsrechtlich unzulässig, nämlich als einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG sowie gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. 78 Abs. 1 AMG, 7 Abs. 1 HWG. Nach erfolgloser Abmahnung hat sie im vorliegenden Verfahren mit ihren Klageanträgen zu II. und III. die Beklagte auf Unterlassung sowie Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch genommen. 6
- Die Beklagte hat gegenüber der Klageforderung zu I. eingewandt, dass die Abmahnung bezüglich der 20,00 € - Prämie unberechtigt gewesen sei. Der anschließende Verfügungsantrag sei bereits unzulässig gewesen. Der gerügte Sachverhalt sei kerngleich zur Werbung mit einer 15,00-€-Prämie, die Gegenstand des vorangegangenen Eilverfahrens 84 O 245/12 LG Köln sowie des Hauptsacheverfahrens 84 O 3/13 LG Köln = 6 U 103/13 OLG Köln gewesen sei. Insoweit greife der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit, es 7
- 8

mangele am Rechtsschutzbedürfnis, und es bestünden Hinweise für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Außerdem habe die Klägerin ihr Begehren im Verfahren nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. In der Sache selbst hat der Beklagte die Auffassung vertreten, das deutsche Arzneimittelpreisrecht gelte bereits nicht für EU-ausländische Versandapotheken. Die abweichende Entscheidung des Gemeinsamen Senats vom 22.08.2012 sowie die Neuregelung in § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG seien unionsrechtswidrig und verfassungswidrig. Auch sei die Prämie nicht an die Einlösung eines Rezeptes gebunden, sondern stelle eine angemessene Aufwandsentschädigung für das Ausfüllen ihres Fragebogens dar. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG sei ebenfalls nicht erkennbar. Es handele sich um eine unternehmensbezogene Imagewerbung, so dass das HWG überhaupt nicht greife. Jedenfalls würde eine Anwendung des § 7 HWG zu einem Widerspruch mit vorrangigem Gemeinschaftsrecht führen.

Hinsichtlich der Klageanträge zu II. und III. betreffend die Freundschaftswerbung hat die Beklagte ebenfalls den Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben, hier unter Hinweis auf das Eilverfahren 84 O 220/13 LG Köln = 6 U 62/14 OLG Köln, in dem der gerügte Verstoß ebenso gut hätte geltend gemacht werden können, sowie den Einwand der Verwirkung, da sie die 10,00 €-Freundschaftswerbung durchgehend seit dem Jahr 2011 angeboten habe und die Klägerin untätig geblieben sei. Außerdem sei ihr kein wettbewerbswidriges Verhalten vorzuwerfen. Der Einsatz von Laienwerbern sei eine lauterkeitsrechtlich grundsätzlich zulässige Werbemethode und hier auch nicht aufgrund eines Verstoßes gegen den mangels produktbezogener Absatzwerbung nicht anwendbaren § 7 HWG unzulässig. Die Auslobung eines 10 %-Rabattes auf rezeptfreie Produkte könne ihr ohnehin nicht verboten werden. 9

Hilfsweise hat die Beklagte eine Aussetzung des Verfahrens zur Einholung von Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union oder des Bundesverfassungsgerichts beantragt. 10

Das Landgericht hat mit Urteil vom 19.11.2014, auf das wegen der weiteren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, der Klage bis auf die geltend gemachte 30,00 €-Kostenpauschale stattgegeben. 11

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus erster Instanz, insbesondere zu den Aussetzungs-Hilfsanträgen. Sie verweist insoweit auf die von der Europäischen Kommission unter dem 20.11.2013 im Rahmen der Vorbereitung einer Stellungnahme nach Art. 258 AEUV gegenüber der Regierung der Bundesrepublik Deutschland vertretenen und von der Entscheidung des Gemeinsamen Senats vom 22.08.2012 abweichenden Rechtsauffassung zur Vereinbarkeit von § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG mit Art. 34 AEUV sowie auf eine vor diesem Hintergrund ergangene Aussetzungsentscheidung des OLG Düsseldorf vom 24.03.2015, Aktenzeichen 20 U 149/13. 12

Die Beklagte beantragt, 13

1. das Urteil des Landgerichts Köln vom 19.11.2014 zum Aktenzeichen 84 O 70/14 aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen; 14

2. hilfsweise: 15

das hiesige Verfahren bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die ihm vom OLG Düsseldorf im dortigen Verfahren unter dem Aktenzeichen I-20 U 149/13 gestellten Vorlagefragen auszusetzen, 16

3. hilfsweise:	17
das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:	18
a) Verstößt eine nationale Norm, die nationale Vorschriften über die Arzneimittelpreisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln für auf in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ansässige Apotheken anwendbar erklärt, gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV?	19
b) Kann ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV damit gerechtfertigt werden, dass die gleichmäßige und flächendeckende Gesundheitsversorgung durch eine Arzneimittelpreisbindung gewährleistet werden soll, ohne dass eine Tatsachengrundlage dafür besteht, ob diese Arzneimittelpreisbindung zu einer gleichmäßigen und flächendeckenden Gesundheitsversorgung führt oder hierfür erforderlich ist?	20
c) Steht Artikel 87 Abs. 3 in Verbindung mit Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodex oder eine andere gemeinschaftsrechtliche Vorschrift dem entgegen, dass ein Mitgliedsstaat einem Leistungsträger untersagt, dem Verbraucher Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, insbesondere wenn kein unmittelbarer Bezug zwischen Zuwendungen und Werbegaben und konkreten Arzneimitteln besteht?	21
4. hilfsweise: das Verfahren	22
a) bis zur Entscheidung der Europäischen Kommission über die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland im Sinn des Art. 258 AEUV in Bezug auf die Vorschrift des § 78 Abs. 1 Satz 4 des deutschen Arzneimittelgesetzes auszusetzen;	23
b) für den Fall der Erhebung der zu Ziff. 4.a) genannten Klage – bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über diese Klage auszusetzen,	24
5. hilfsweise:	25
das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Frage einzuholen, ob § 78 Abs. 1 Satz 4 des Arzneimittelgesetzes verfassungswidrig ist.	26
Die Klägerin beantragt,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Die weitgehend alten Argumente der Beklagten seien bereits mehrfach widerlegt worden. Soweit die Beklagte nunmehr ausführlicher zur Arzneimittelversorgung vortrage, sei es unzutreffend, dass die Zahl der Apotheken in Deutschland nicht zurückgegangen sei. Hinsichtlich des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf werde anheimgestellt, das Verfahren auszusetzen; an das Unterlassungsgebot bleibe die Beklagte unabhängig davon gebunden.	29
II.	30
	31

Über die zulässige Berufung der Beklagten ist hinsichtlich der Klageanträge zu II. und III. durch Teilurteil, § 301 ZPO, zu entscheiden. Hinsichtlich des einen anderen Streitgegenstand betreffenden Klageantrags zu I. ist eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Verfahren 20 U 149/13 mit Beschluss vom 24.03.2015 gestellten Vorlagefragen geboten. Der Senat hat das Verfahren insoweit mit Beschluss vom 17.07.2015 ausgesetzt.

Die Berufung betreffend die Klageanträge zu II. und III. ist teilweise begründet. Die Klägerin hat einen Unterlassungsanspruch – nur – bezüglich der Werbung mit der 10-€-Prämie, nicht auch bezüglich der Werbung mit dem 10 % Rabatt; der Annexanspruch auf Erstattung der Abmahnkosten ist entsprechend zu kürzen. 32

1. Der Unterlassungsanspruch bezüglich der 10,00 € - Prämie folgt aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG, § 3 Abs. 1 UWG, § 4 Nr. 11 UWG. Die Werbung mit der Gutschrift, sobald der Geworbene ein Rezept einreicht oder rezeptfreie Produkte im Gesamtwert von mindestens 25,00 € bestellt, verstößt gegen § 7 Abs. 1 HWG. Nach dieser Vorschrift, die auch eine Marktverhaltensregelung darstellt (s. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 11.134 a), ist es grundsätzlich unzulässig, im Zusammenhang mit der produktbezogenen Werbung für Heilmittel Zuwendungen anzubieten, anzukündigen oder zu gewährleisten. 33

Mit dem Einwand der Beklagten, § 7 HWG sei mangels produktbezogener Absatzwerbung auf ihr Prämienmodell nicht anwendbar, hat sich der Senat bereits im Verfahren 6 U 62/14, das einen ähnlich gelagerten Fall betraf (Hotelgutschein im Wert von ca. 150,00 € bzw. für ein Jahr beitragsfreie ADAC-Mitgliedschaft im Wert von 44,50 €, sobald der Geworbene ein Rezept einreicht oder rezeptfreie Produkte im Wert von mindestens 20 € bestellt) auseinandergesetzt und hierzu mit Urteil vom 12.12.2014 ausgeführt: 34

„Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. zuletzt Urteil v. 22.11.2013, 6 U 91/13 – Fahrdienst), maßgeblich davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (vgl. vgl. Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 4. Auflage, § 7 Rn. 14; BGH, GRUR 2003, 353, 355 f. - Klinik mit Belegärzten m. w. N.). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch für die in § 7 HWG geregelte Werbung mit Werbegaben. Die Bestimmung des § 7 HWG ist daher nur dann anwendbar, wenn gewährte Werbegaben sich aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs als Werbung für konkrete Heilmittel darstellen (vgl. BGH, GRUR 2009, 1082 Tz. 15 - DeguSmiles & more m. w. N., so schon BGH, GRUR 1990, 1041, 1042 - Fortbildungskassetten; ferner OLG Hamburg, GRUR-RR 2013, 482, 483 – Test unter Alltagsbedingungen; Gröning, Heilmittelwerberecht, Stand: Juni 2009, § 7 HWG Rn. 17). 35

Wann der danach erforderliche Produktbezug vorliegt, wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte teilweise differenziert gesehen: Einerseits wird Produktbezug bereits angenommen, wenn sich die Werbemaßnahme auf das gesamte Sortiment eines Anbieters bezieht (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2005, 393 – Barrabatt für Hörgeräte; so auch für einen Sonderfall OLG Saarbrücken, GRUR-RR 2008, 84, 86 – Ärztebroschüre); andererseits wird der Bezug zu einem bestimmten Produkt verlangt (OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2005, 137, 138). In späteren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof eine auf das gesamte Sortiment einer Apotheke bezogene Werbung allerdings als „Imagewerbung“ und nicht als produktbezogen bezeichnet (Urteile vom 09.09.2010; I ZR 37/08 – juris Tz. 21 – Einkaufsgutschein; I ZR 125/08 – juris Tz. 20 – Bonussystem; I ZR 25/09 – juris Tz. 22 – 36

Bonus-Taler; vgl. Brixius, in: Bülow u. a., HWG, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 14).

Die letztgenannten Entscheidungen werden in der Literatur teilweise dahingehend interpretiert, dass der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 09.09.2010 eine „Abkehr“ von der DeguSmiles-Rechtsprechung vorgenommen habe. Danach sollen nach der neueren Rechtsprechung Bonussysteme nicht grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes und dessen Restriktionen unterfallen. Die heilmittelwerblichen Normen sollen in diesen Fällen allenfalls dann einschlägig sein, wenn sich die Bonusgaben nach dem Gesamterscheinungsbild des Prämiensystems und aus Sicht des adressierten Verbrauchers tatsächlich als Werbung für konkrete Produkte darstellen, wohingegen die Imagewerbung des Unternehmens in den Hintergrund trete. Inwieweit die Ankündigung von Rabattgewährung und deren Umsetzung auch ohne Nennung einzelner Heilmittel heilmittelwerblich relevant ist, sei daher vom Einzelfall abhängig zu machen (vgl. Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 4. Auflage, § 7 Rn. 14, 15;). Die Versuche einer angemessenen Ausdehnung des Produktbezuges - im Einzelfall gar bis zum Gesamtsortiment – könnten jedenfalls nur soweit als rechtmäßig bewertet werden, als sie noch vom Schutzzweck des §§ 7 abgedeckt sind. Maßgeblich müsse insoweit sein, dass die Zuwendung an den Absatz eines Heilmittels gekoppelt werde und damit der Effekt einer unsachlichen Beeinflussung eintreten könne, die § 7 HWG verhindern wolle. Hierin könne im Einzelfall der konkrete Produktbezug liegen, der den Fall von der produktunabhängigen Gewährung von Zuwendungen im Rahmen einer reinen Imagewerbung unterscheidet (vgl. Gröning, Heilmittelwerblich, Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, Stand Juni 2011, § 7 Rn. 22).

37

(2)

38

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht einen Produktbezug bejaht und damit den Anwendungsbereich des HWG als eröffnet angesehen. Auch der Senat geht davon aus, dass es sich bei der streitgegenständlichen Werbung nicht um eine reine Imagewerbung der Antragsgegnerin handelt, auch wenn sie sich auf das gesamte Sortiment der Versandapotheke bezieht. Der erforderliche, aber auch ausreichende Produktbezug besteht darin, dass die Zuwendung (Hotelgutschein oder B-Mitgliedschaft) an die Einreichung eines Rezeptes oder eine konkrete Bestellung rezeptfreier Produkte durch den geworbenen Kunden für eben dadurch konkretisierte Produkte gekoppelt ist. Dieses Verständnis steht mit dem Schutzzweck des § 7 HWG, durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen ausgehen kann (vgl. BGH, GRUR 2009, 1082, juris Rn. 16 – DegusSmiles & More), ohne weiteres noch im Einklang. Der Senat teilt im Übrigen die in der Kommentarliteratur vertretene Auffassung (a.a.O.), nach der der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 09.09.2010 von der weiten DeguSmiles-Rechtsprechung „abgekehrt“ sei, nicht. Ausdrücklich lässt sich dies den genannten Entscheidungen nicht entnehmen. Soweit die „auf sämtliche verschreibungspflichtige Arzneimittel“ bezogene Werbung als „Imagewerbung eines Apothekers“ bezeichnet worden ist, erfolgte dies im Rahmen eines obiter dictum, ohne dass es in den jeweiligen Fällen auf die Abgrenzung tatsächlich ankam.“

39

Der Senat hält an diese Ansicht fest.

40

Der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 2a) HWG greift nicht. Zuwendungen in Form eines bestimmten Geldbetrages sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Rezeptpflichtige Medikamente unterliegen der Preisbindung nach § 1 Abs. 1 AMPPreisV.

41

- Der unter Hinweis auf das Eilverfahren 6 U 62/14 erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs greift nicht. Der Klägerin ist es unbenommen, verschiedene Streitgegenstände in verschiedenen Verfahren geltend zu machen, zumal – wie die Beklagte selbst betont – der 10,00 €-Gutschein bereits seit längerem beworben worden war, anders als der Hotelgutschein und die ADAC-Mitgliedschaft. 42
- Für Verwirkung hat die Beklagte bereits bezüglich des Zeitmoments nicht schlüssig vorgetragen. Dass sie die 10,00 €-Freundschaftswerbung seit dem Jahr 2011 angeboten hat, ist kein hinreichendes Indiz für eine positive Kenntnis der Klägerin. Tatsachen, die die Vermutung der Beklagten belegen, ihre Aktivitäten würden von der Klägerin ständig bis ins Detail überwacht, sind nicht dargetan und unter Beweis gestellt. 43
- Die Frage der Vereinbarkeit des § 7 Abs. 1 HWG mit dem EU-Recht hat die Beklagte im Berufungsverfahren - zu Recht - nicht mehr aufgeworfen. Dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen mit der Bestimmung des § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, steht der Anwendung des § 7 Abs. 1 HWG nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2015, I ZR 213/13 – Fahrdienst zur Augenklinik, juris-Tz. 11 ff.). 44
- Die Spürbarkeitsschwelle des § 3 UWG ist überschritten. Bei Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen, kann die Spürbarkeit von Verstößen nur ganz ausnahmsweise verneint werden (BGH, a.a.O., juris-Tz. 25). Tatsachen, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. 45
- Die Wiederholungsgefahr folgt aus der bereits vorgenommenen Verletzungshandlung. 46
- Eine Aussetzung des Verfahrens bezüglich der 10,00 €-Freundschaftswerbung kommt nicht in Betracht. Den Hilfsanträgen liegt die Frage zugrunde, ob die Preisbindungsregelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG zu einer nach Art. 34, 36 AEUV unzulässigen Wettbewerbsbehinderung führt. Der vorliegende Unterlassungsanspruch folgt aus der Unzulässigkeit der Einschaltung von Laien in die Werbung für Waren, für die – wie bei rezeptpflichtigen Medikamenten, § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG, § 1 Abs. 1, Abs. 4 AMPPreisV – besondere Maßstäbe gelten (vgl. hierzu BGH GRUR 2006, 949 – Kunden werben Kunden, juris-Tz. 13, 17, 22 ff.). 47
2. Die Klägerin hat dagegen keinen Anspruch aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, § 7 Abs. 1 HWG, der Beklagte auch die Werbung mit dem 10 %-Rabatt untersagen zu lassen. Dass die Beklagte für die Werbung eines zweiten Neukunden, der ein Rezept einreicht oder rezeptfreie Produkte im Gesamtwert von mindestens 25,00 € bestellt, einen Rabatt von 10 % auf jede Bestellung rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte auslobt, verstößt nicht gegen die gesetzliche Vorschriften, da – worauf die Beklagte zu Recht hinweist – die deutschen Arzneimittelpreisvorschriften für rezeptfreie Medikamente keine Preisbindung vorsehen, § 1 Abs. 4 AMPPreisV. 48
- Der Rabatt wird auch nicht mittelbar auf ein verschreibungspflichtiges Medikament gewährt, wenn der neue Kunde ein solches erwirbt. Soweit die Klägerin auf die Entscheidung des BGH „Kunden werben Kunden“ (GRUR 2006, 949 ff.) verweist, ist der vorliegende Sachverhalt nicht mit dem vergleichbar, der jener Entscheidung zugrunde lag. Es geht nicht um die Auslobung einer Prämie für den Fall, dass der Altkunde oder – insoweit gleichgestellt – der Neukunde ein dem Werbeverbot des § 7 HWG unterliegendes Produkt (hier ein rezeptpflichtiges Medikament, bei „Kunden werben Kunden“ eine Gleitsichtbrille / 49

Medizinprodukt) erwirbt. Der Rabatt wird vielmehr – nur – auf den Erwerb rezeptfreier Produkte gewährt, und zwar im Zeitraum der Werbeaktion auf jede entsprechende Bestellung des Altkunden. Dabei ist der Wert des Rabattes individuell unterschiedlich, zumal eine Rabattaktion erkennbar immer auch im Interesse des Anbieters selbst liegt. Der werbende Altkunde erhält den 10 %-Rabatt zusätzlich zur 10,00 €-Gutschrift und nur einmalig. Bei der Werbung eines dritten Freundes erhöht sich der Rabatt nicht, der Werbende erhält lediglich erneut eine 10,00 € Gutschrift. Jeder Geworbene erhält schließlich seinerseits einen 5,00 €-Gutschein für den Erwerb rezeptfreier Medikamente, Gesundheits- und Pflegeprodukte, unabhängig davon, ob er der zweite, den Rabatt auslösende Freund ist oder nicht. Nach alledem steht im konkreten Fall nicht zu befürchten, dass die Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, unangemessen unsachlich durch die Aussicht beeinflusst werden, dem Werbenden den Rabatt zu verschaffen.

Die Klage ist daher bezüglich des Antrags zu II. 2. – auf den Hauptantrag der Beklagten hin – abzuweisen. 50

3. Der mit dem Klageantrag zu III. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten für das Unterlassungsbegehren gemäß dem Klageantrag zu II. ist aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in Höhe eines Teilbetrages von 1.174,47 € zuzüglich Zinsen begründet. 51

Die Abmahnung der Klägerin war - wie oben ausgeführt - nur wegen einer der beiden beanstandeten Werbeaussagen begründet. Dementsprechend steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch auf Abmahnkosten nicht in voller Höhe zu. Die Klägerin ist zwar ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugter Verband, sie hat jedoch im konkreten Fall keine Kostenpauschale geltend gemacht, die sich nach dem bei ihr anfallenden Aufwand richtet (in diesem Fall wären die Kosten der nur teilweise berechtigten Abmahnung in voller Höhe geschuldet, s. BGH GRUR 2010, 744 – Sondernewsletter, juris-Tz. 51, m.w.N.), sondern sie hat eine Abrechnung nach dem Streitwert für das Unterlassungsbegehren von 100.000,00 € sowie einer 1,3 Geschäftsgebühr vorgenommen. 52

Dass die Klägerin einen Rechtsanwalt beauftragt hat, ist nicht zu beanstanden. Wettbewerbsvereine müssen zwar zur Erfüllung des Satzungszwecks sachlich und personell so ausgestattet sein, dass sie Abmahnungen in der Regel ohne anwaltliche Hilfe mit eigenen Kräften bearbeiten können, dies gilt jedoch nur für durchschnittlich schwierige Angelegenheiten (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.97). Im vorliegenden Fall durfte die Klägerin von Anfang an anwaltliche Hilfe für erforderlich halten, da ihr aufgrund der Vielzahl der bereits gegen die Beklagte geführten Verfahren – einschließlich zahlreicher Ordnungsmittelverfahren - bekannt ist, dass die Beklagte sich gegen jegliche Angriffe gegen ihre Prämienmodelle umfassend wehrt. 53

Konkrete Einwände gegen die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts zur Angemessenheit und Üblichkeit der Kostenabrechnung sowie zum Übergang des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch sind mit der Berufungsbegründung nicht vorgetragen. 54

Richtet sich die Höhe der Abmahnkosten nach dem Gegenstandswert der Abmahnung, sind die Kosten einer nur teilweise berechtigten Abmahnung zu ersetzen, soweit die Abmahnung berechtigt war. Dabei ist die Höhe des Ersatzanspruchs nach dem Verhältnis des Gegenstandswerts des berechtigten Teils der Abmahnung zum Gegenstandswert der gesamten Abmahnung zu bestimmen (BGH GRUR 2010, 744 – Sondernewsletter, juris-Tz. 52). Der Gegenstandswert der beiden Unterlassungsansprüche ist gleich zu bewerten. Von den geltend gemachten Abmahnkosten in Höhe von 2.348,94 € entfallen demnach die Hälfte, 55

also 1.174,47 €, auf den begründeten Unterlassungsanspruch.	
Der Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen folgt aus §§ 291, 288 Abs. 2 BGB.	56
III.	57
Eine Kostenentscheidung ist im Hinblick auf die Teilaussetzung des Verfahrens nicht veranlasst. Sie ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.	58
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	59
Der Senat hat die Revision wegen der mit der Sache aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen und im Interesse der Rechtsvereinheitlichung durch Entwicklung höchstrichterlicher Leitlinien zugelassen, § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO. Insbesondere die Frage der produktbezogenen Absatzwerbung ist in einer Vielzahl ähnlich gelagerter Fälle zu beurteilen.	60