

Landgericht Hamburg

Az.: 327 O 106/11

Verkündet am 05.05.2011

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

wegen einstweiliger Verfügung

erlässt das Landgericht Hamburg - Zivilkammer 27 - durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Zöllner, den Richter am Landgericht Dr. Söchtig und den Richter am Landgericht Dr. Schilling
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.05.2011 folgendes Urteil:

1. Der Antrag der Antragstellerin vom 18.2.2011 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Antragstellerin darf die Vollstreckung durch die Antragsgegnerin gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Antragsgegnerin vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich des Vertriebs von Fertigarzneimitteln. Sie streiten vorliegend über die rechtliche Zulässigkeit eines Schreibens der Antragsgegnerin, welches diese an Apotheker gerichtet hat.

Die Antragstellerin ist einer der führenden Parallelimporteure Deutschlands. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein forschendes Arzneimittelunternehmen, welches eine Vielzahl von Arzneimitteln vertreibt.

Am 1.1.2011 ist das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG) in Kraft getreten. Betroffen von den hierin enthaltenen Novellierungen sind unter anderem die Regelungen zu Rabattverträgen gem. §130 a Abs. 8 SGB V. War die vorrangige Abgabe solchermaßen rabattierter Arzneimittel bisher auf das Verhältnis Originalarzneimittel – Generikum begrenzt, sieht die Neuregelung in §129 Abs. 1 S. 7 SGB V nunmehr erstmals vor, dass auch die Abgabe von vertraglich rabattierten Arzneimitteln Vorrang vor der Abgabe von Importarzneimitteln hat.

Die Antragsgegnerin wandte sich Anfang dieses Jahres an zahlreiche deutsche Apotheker – unter anderem auch an Apotheker aus dem hiesigen Gerichtsbezirk - mit einem Telefax, wie aus der Anlage AS 2 ersichtlich. In dem mit „WICHTIGE INFORMATIONEN FÜR SIE – SO VERMEIDEN SIE DAS RISIKO DER RETAXIERUNG BEI RABATTVERTRÄGEN“ überschriebenen Schreiben hieß es u.a. wörtlich:

„Rabattierte Präparate sind jedoch parallelimportierter, nicht rabattierter Ware vorzuziehen, sonst droht eine Retaxierung (Rechtsgrundlage: Verträge von Krankenkassenverbänden mit Apothekerverbänden auf Landesebene nach §129 Abs. 5 SGB V/auf Bundesebene mit DAV nach § 2 Abs. 4 Rahmenvertrag Arzneimittelversorgung § 129 Abs. 2 SGB V).“

Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Anlage Bezug genommen.

Dieses Schreiben beanstandet die Antragstellerin als irreführend und mithin als unlauter. Sie trägt vor, die Antragsgegnerin gebe in ihrem streitgegenständlichen Schreiben die zum 1.1.2011 erfolgte Gesetzesnovellierung unzutreffender Weise wieder. Dies, da – und entgegen des Wortlautes der Neuregelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V – rabattierte Arzneimittel gegenüber parallelimportierten, nicht rabattierten Arzneimittel nicht schlechthin vorrangig anzugeben seien, sondern vielmehr lediglich dann, wenn diese preisgünstiger als die nicht rabattierten seien. Diese Einschränkung, so die Antragstellerin, ergebe sich aus der Gesetzesbegründung, heiße es doch dort explizit „Voraussetzung für die Austauschpflicht der Apotheke ist, dass das rabattierte Arzneimittel nach Abzug des Rabatts preisgünstiger ist“.

Die Richtigkeit ihrer Auffassung ergebe sich auch unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte. In der Gesetzesbegründung zu der – das Verhältnis Originalarzneimittel – Generikum betreffenden – korrespondierenden Regelung des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V heiße es nämlich, dass „grundsätzlich“ eine vorrangige Abgabe rabattierter Arzneimittel zu erfolgen habe, während im Rahmen der entsprechenden Anwendung der Regelung in Bezug auf Import- und Originalarzneimittel kein „grundsätzlicher“ Vorrang bestehe, sondern nur dann eine vorrangige Abgabe zu erfolgen habe, wenn das rabattierte Originalarzneimittel auch tatsächlich preisgünstiger sei.

Ferner, so die Antragstellerin, suggeriere die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben, dass die gesetzliche Vorrangregelung auch für sämtliche rabattierte Produkte gelte – unabhängig vom jeweiligen Zeitpunkt der Ausschreibung und des Abschlusses des jeweiligen Rabattvertrages. Dies sei hingegen unzutreffend, da die Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V tatsächlich dahingehend auszulegen sei, dass eine Verpflichtung zur vorrangigen Abgabe rabattierter Arzneimittel nur dann bestehe, wenn der entsprechende Rabattvertrag nach Verabschiedung der AMNOG ausgeschrieben und abgeschlossen worden sei. Ziel der gesetzlichen Regelung sei es nämlich gewesen, den Wettbewerb zwischen Originatoren und Importeuren zu verschärfen – bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung habe für Arzneimittelimporteure hingegen kein Anlass zum Abschluss entsprechender Verträge bestanden, da sie bei Einhaltung des gesetzlichen Preisabstandes von 15 % oder 15 Euro

auf die gesetzlich normierte Abgabepflicht aus § 129 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V hätten vertrauen können. Außerdem wäre die Vorschrift ansonsten auf Grund einer unzulässigen Rückwirkung verfassungswidrig und damit nichtig.

Auf ihre Abmahnung hin habe sich die Antragsgegnerin zwar dahingehend strafbewehrt unterworfen, die streitgegenständliche Aussage nicht weiter zu verwenden – ihre Verpflichtung jedoch unter den Vorbehalt gestellt, dass dies nur dann gelten soll, „sobald und soweit der Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V oder eine dem gleichstehende Regelung dies im Anschluss an den durch das AMNOG geänderten § 129 Abs. 1 S. 1 SGB V regelt“ und ihre Erklärung zudem auf das konkrete Schreiben gem. der Anlage AS 2 sowie das Arzneimittel Z beschränkt (vgl. Anlage AS 5).

Auf Grund des angeführten Vorbehalts sei die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin nicht hinreichend um die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Dies gelte gleichermaßen auch auf Grund der hierin enthaltenen Beschränkung lediglich auf das Präparat Z und das konkrete Schreiben in der Anlage AS 2. Die inkriminierten Angaben in dem Faxschreiben der Antragsgegnerin bezögen sich jedoch auf sämtliche Arzneimittel, für die ein Rabattvertrag abgeschlossen worden sei. Soweit das Werbeschreiben konkret auf das Produkt Z hinweise, handele es sich hierbei um einen bloßen konkreten Anwendungsfall der zuvor definierten allgemeinen Regel.

Die Antragstellerin beantragt, der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten:

im geschäftlichen Verkehr gegenüber Apothekern für von ihr vertriebene Arzneimittel mit der Behauptung zu werben, rabattierte Präparate seien bei der Abgabeentscheidung parallelimportierter nichtrabattierter Ware vorzuziehen, ansonsten drohe eine Retaxierung, ohne in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine solche Verpflichtung nur besteht,

1. wenn das rabattierte Arzneimittel nach Abzug des Rabattes preisgünstiger ist als ebenfalls erhältliche nichtrabattierte Importarzneimittel

und/oder

2. wenn der Rabattvertrag gemäß § 130a Abs. 8 SGB V nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung am 1. Januar 2011 ausgeschrieben und abgeschlossen wurde,

insbesondere wie in dem anliegend abgebildeten Werbeschreiben an Apotheker geschehen.

Von dem Verbot ausgenommen ist eine Werbung für das Arzneimittel Z mit der Aussage, rabattierte Präparate seien parallel importierter, nicht rabattierter Ware vorzuziehen, sonst drohe eine Retaxierung, wenn nicht gleichzeitig mitgeteilt wird, dass dies nur dann gilt, wenn das rabattierte Arzneimittel nach Abzug des Rabatts preisgünstiger ist, wenn dies erfolgt wie in dem anliegend abgebildeten Werbemittel, sobald und soweit der Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V oder eine dem gleichstehende Regelung dies im Anschluss an den durch das AMNOG geänderten § 129 Abs. 1 SGB V regelt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Verfügungsantrag zurückzuweisen.

Sie trägt vor, entgegen dem anders lautenden Vorbringen der Antragstellerin, gebe sie in ihrem angegriffenen Schreiben lediglich den tatsächlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V in zutreffender Weise wieder. Die Verpflichtung eines Apothekers zur vorrangigen Abgabe eines Präparates, für das ein Rabattvertrag bestehe, gegenüber einem nichtrabattierten importierten Arzneimittel, ergebe sich schon aus dem reinen Wortlaut der gesetzlichen Regelung. Diese habe im Übrigen auch mittlerweile ihre Umsetzung im Rahmenvertrag gem. § 129 Abs. 2 SGB V erfahren, der in seinem dortigen § 5 ebenfalls den Wortlaut der gesetzlichen Regelung wiederhole und auch keinen Vorbehalt einer etwaigen Preisgünstigkeit enthalte (vgl. Anlage AG 13).

Es sei einem Apotheker, so die Antragsgegnerin, auch überhaupt nicht möglich, bei Auswahl des abzugebenden Präparates zu ermitteln, welches denn auch unter Berücksichtigung bestehender Rabattverträge am preisgünstigsten sei. Dies, da die Apothekensoftware – dies ist unstrittig - nur eine Angabe dahingehend zur Verfügung stelle, ob bzgl. eines Präparates ein Rabattvertrag bestehe – nicht hingegen, wie dieser inhaltlich (mithin preislich) ausgestaltet sei (vgl. Anlage AG 14 und AG 15).

Soweit die Antragstellerin als vermeintlichen Beleg für die Richtigkeit ihrer Auffassung auf die Gesetzesbegründung verweise, gehe auch dies fehl. Zwar finde sich dort der Hinweis darauf, dass Voraussetzung für eine bevorzugte Abgabe des rabattierten Präparates dessen Preisgünstigkeit sei – die Frage der Wirtschaftlichkeit sei jedoch vorverlagert auf die Ebene der Vertragsparteien, die den Rabattvertrag unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes i.S.v. § 12 SGB V aushandeln müssten. Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung das Ziel verfolgt, dass sich Hersteller von Originalarzneimitteln und Importeure bei den Krankenkassen mit attraktiven Rabatten um den Abschluss von Rabattverträgen bewürben und einander preislich unterböten. Ein solcher Anreiz bestehe hingegen aber nur,

wenn das rabattierte Erzeugnis dann vom Apotheker auch nachfolgend vorrangig abgegeben werde. So heiÙe es in der Gesetzesbegründung auch: „Künftig haben auch Hersteller patentgeschützter Arzneimittel sowie Arzneimittelimporteure die Gewähr, dass Arzneimittel, für die sie eine Vereinbarung nach § 130a Abs. 8 geschlossen haben, an Versicherte der jeweiligen Krankenkassen vorrangig abgegeben werden.“

Die gesetzliche Neuregelung gelte ferner, so die Antragsgegnerin, auch für Altverträge. Dies allein schon auf Grund der Tatsache, dass weder der Gesetzeswortlaut, noch die Gesetzgebung eine anderweitige Angabe enthalte. Im Übrigen habe sie ihre Rabattverträge bereits im Hinblick auf den damals absehbaren neuen Wortlaut des § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V abgeschlossen.

Die Antragsgegnerin trägt ergänzend vor, rabattiertes Z sei tatsächlich günstiger, als das importierte Produkt der Antragstellerin.

Schließlich, so die Antragsgegnerin, habe sich ihre streitgegenständliche Mitteilung lediglich auf das Produkt Z bezogen – was dem von der Antragstellerin begehrten „Schlechthin-Verbot“ entgegenstehe.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

Der zulässige Verfügungsantrag ist unbegründet. Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gem. §§ 3, 5, 8 UWG nicht zu, da die Antragsgegnerin in ihrem inkriminierten Schreiben gem. der Anlage AS 2 die hiermit angesprochenen Apotheker nicht in irreführender und mithin unlauterer Weise über die aktuelle Gesetzeslage bzgl. der Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V täuscht.

Im Einzelnen:

Mit der Antragsgegnerin ist vorliegend davon auszugehen, dass sie mittels der inkriminierten Angabe,

„Rabattierte Präparate sind jedoch parallelimportierter, nichtrabattierter, Ware vorzuziehen, sonst droht eine Retaxierung (Rechtsgrundlage: Verträge von Krankenkassenverbänden mit Apothekerverbänden auf Landesebene nach §129 Abs. 5 SGB V/auf Bundesebene mit DAV nach § 2 Abs. 4 Rahmenvertrag Arzneimittelversorgung § 129 Abs. 2 SGB V).“

die aktuelle Gesetzeslage der Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V in zutreffender Weise wiedergegeben hat, was der Annahme einer Irreführung entgegensteht.

Soweit die Antragstellerin diesbezüglich das Fehlen eines Hinweises dergestalt beanstandet, dass der Grundsatz einer vorrangigen Abgabe des rabattierten Präparates nur dann gelte, wenn dieses auch preisgünstiger als das parallelimportierte, nichtrabattierte Produkt sei, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Dies gilt auch für den weiter von der Antragstellerin geforderten Hinweis darauf, die in Rede stehende Vorrangregelung gelte nur für ab dem 1.1.2011 ausgeschriebene und abgeschlossene Rabattverträge (Neuverträge).

Gegen die Richtigkeit der Rechtsauffassung der Antragstellerin spricht zunächst bereits der insoweit eindeutige Wortlaut der gesetzlichen Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V, der keinerlei Einschränkung bezogen auf die Preisgünstigkeit enthält. Aber auch die Gesetzesbegründung ist nicht geeignet, die Richtigkeit der Auffassung der Antragstellerin zu belegen. Zwar findet sich hierin der Hinweis,

„Voraussetzung für die Austauschpflicht der Apotheke ist, dass das rabattierte Arzneimittel nach Abzug des Rabatts preisgünstiger ist“.

Mit der Antragsgegnerin ist hingegen davon auszugehen, dass diese Wirtschaftlichkeitsprüfung dahingehend vorverlagert ist, als die Frage der Preisgünstigkeit bei den Verhandlung-

gen zwischen den jeweiligen Krankenkassen und den entsprechenden Pharmaunternehmen als Voraussetzung für den Abschluss eines Rabattvertrages zu prüfen ist – nicht hingegen anlässlich der Abgabe eines Arzneimittels durch den Apotheker, an den das inkriminierte Schreiben der Antragsgegnerin gerichtet gewesen ist.

Hierfür spricht bereits schon die Tatsache, dass es einem Apotheker schlechterdings nicht möglich ist, an Hand seiner Apothekensoftware zu ermitteln, welches der ihm angezeigten Präparate auch unter Berücksichtigung bestehender Rabattverträge tatsächlich das Preisgünstigste ist. Ihm wird diesbezüglich lediglich mitgeteilt, ob ein Rabattvertrag besteht oder nicht (vgl. Anlage AG 14 und AG 15). Kann ein Preisvergleich somit anlässlich des konkreten Abgabevorgangs vom Apotheker überhaupt nicht vorgenommen werden, steht dies allein schon aus praktischen Erwägungen der Rechtsauffassung der Antragstellerin entgegen, richtet sich die Regelung in § 129 SGB V doch explizit an Apotheker („Die Apotheken sind ... verpflichtet...“ – vgl. § 129 Abs. 1 S. 1 SGB V).

Dass die Frage der Wirtschaftlichkeit eines Rabattvertrages nicht vom Apotheker anlässlich des Abgabevorgangs selbst geprüft werden kann und auch nicht soll, sondern dieser Gesichtspunkt vielmehr in die Abschlussphase der entsprechenden Rabattverträge vorverlagert ist, wird auch durch einen weiteren Gesichtspunkt in der Gesetzesbegründung bestätigt. Nach dem Erfordernis der Preisgünstigkeit folgt hierin nämlich als weitere Voraussetzung für eine vorrangige Abgabe rabattierter Präparate der Hinweis:

„Bei Rabattverträgen für Importarzneimittel sowie ihrer Bezugsarzneimittel ist die Lieferfähigkeit sicherzustellen. Nur unter dieser Voraussetzung darf eine Krankenkasse an die maßgebliche Datenbank ein entsprechendes Kennzeichen melden, so dass die Apotheke das rabattierte Arzneimittel vorrangig abgeben muss.“

Ist mithin nach Vorgabe des Gesetzgebers weitere Voraussetzung für eine vorrangige Abgabe eines rabattierten Produktes, die Sicherstellung der Lieferfähigkeit desselben, wird hieraus deutlich, dass diese Frage einzig und allein von den Vertragsparteien des entsprechenden Rabattvertrages geprüft, bewertet und vom Unternehmer schließlich auch sichergestellt werden kann. Dies zeigt, dass im Ergebnis sowohl die Frage der der Preisgünstig-

keit, als auch diejenige der Lieferfähigkeit von der konkreten Abgabesituation eines Arzneimittels in der Apotheke in die Phase des Abschlusses eines entsprechenden Rabattvertrages vorverlagert ist. Dass es einem Apotheker schlechterdings nicht möglich ist, die Lieferfähigkeit eines der von ihm abzugebenden Produkte zu prüfen, bedarf keiner näheren Erläuterung.

Soweit die Antragstellerin die Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung noch unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte zu belegen versucht, vermag auch dies am Ergebnis nichts zu ändern. Zwar heißt es in der Gesetzesbegründung zu §129 Abs. 1 S. 3 SGB V, dass dort „grundsätzlich“ eine vorrangige Abgabe rabattierter Arzneimittel zu erfolgen habe – gerade dieser zwingende Charakter findet sich jedoch auch in den Vorgaben des Gesetzgebers zu der korrespondierenden Regelung in S. 7 der vorstehend angeführten Norm, heißt es in der diesbezüglichen Gesetzesbegründung doch explizit „Künftig haben auch Hersteller patentgeschützter Arzneimittel sowie Arzneimittelimporteure die Gewähr, dass Arzneimittel, für die sie eine Vereinbarung nach §130a Abs. 8 SGB V abgeschlossen haben, an Versicherte der jeweiligen Krankenkasse vorrangig abgegeben werden“ (*Unterstreichen durch das Gericht*). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf obige Ausführungen verwiesen. Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass auch die Neuregelung im Rahmenvertrag gem. § 129 Abs. 2 SGB V in seinem dortigen § 5 den Wortlaut des Gesetzes übernommen hat, ohne die Abgabe des rabattierten Arzneimittels an anderweitige Voraussetzungen zu knüpfen (vgl. Anlage AG 13).

Entgegen dem anders lautenden Vorbringen der Antragstellerin kann im vorliegenden Fall auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine vorrangige Abgabeverpflichtung rabattierter Produkte nur dann besteht, wenn die entsprechenden Rabattverträge erst nach dem 1.1.2011 abgeschlossen worden sind. Gegen eine entsprechende Annahme spricht wiederum bereits der insoweit eindeutige Wortlaut des Gesetzes, der keine diesbezügliche Einschränkung enthält. Dies gilt gleichermaßen auch für die Gesetzesbegründung – fehlt auch hier jeglicher entsprechender Hinweis auf eine Beschränkung lediglich auf Neuverträge. Die Regelung in § 129 Abs. 1 S. 7 SGB V wirkt vielmehr auf noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehungen für die Zukunft ein. Eine solche tatbestandliche Rückanknüpfung ist zulässig, sofern ihr nicht im Einzelfall das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen entge-

gensteht (vgl. BVerfG NVwZ 2006, S. 1280). Hiervon kann im Streitfall hingegen nicht ausgegangen werden. Es bleibt der Antragstellerin nämlich vorliegend unbenommen, ihrerseits in den Wettbewerb um Rabattverträge mit den Krankenkassen einzusteigen, um auf diese Weise ggf. bereits bestehende „Altverträge“ abzulösen. Dass der Antragsgegnerin ein schutzwürdiger Besitzstand dahingehend beizumessen wäre, dass sie – auch hinsichtlich der so genannten „Altverträge“ – auf die 15 % bzw. € 15,-- Regelung in § 129 Abs. 1 Nr. 2 SGB V vertrauen durfte, vermag die Kammer nicht zu erkennen.

Erweist sich das beantragte Verbot somit schon aus den vorstehenden Gesichtspunkten als unbegründet, kann die Frage der Antragsfassung – mithin ein Verbot nur der konkreten Verletzungsform oder das von der Antragstellerin begehrte „Schlechthin-Verbot“ - im Ergebnis dahingestellt bleiben.

Die Kostenentscheidung basiert auf § 91 Abs.1 ZPO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 6, 711 ZPO.

Zöllner
Vorsitzende Richterin
am Landgericht

Dr. Söchtig
Richter
am Landgericht

Dr. Schilling
Richter
am Landgericht

