

Landgericht Darmstadt

Aktenzeichen: 12 O 401/13

Es wird gebeten, bei allen Eingaben das
vorstehende Aktenzeichen anzugeben

Verkündet am:
04.02.2014

Justizangestellte
Urkundsbeamtin/-beamter der Geschäftsstelle

F 4 0 8 2 7 / 1 3



**Im Namen des Volkes
Urteil**

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. Frankfurt am Main, vertr. d. d.
geschäftsf. Präsidiumsmitglied Dr. Reiner Münker, Landgrafenstraße 24 B, 61348
Bad Homburg v.d.H.,

Verfügungsklägerin

g e g e n

Verfügungsbeklagte

hat die 12. Zivilkammer - 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Darmstadt
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Emmental - als Vorsitzende -
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.01.2014

für Recht erkannt:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert wird auf 15.000,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über einen von der Verfügungsklägerin (im folgenden: Klägerin) geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

Die Verfügungsbeklagte (im folgenden: Beklagte) ist Inhaberin der Apotheke in

In dieser Apotheke löste am 16. November 2013 die Kundin ein Kassenrezept über das rezeptpflichtige und preisgebundene Arzneimittel „Ibuprofen 600 mg, 20 Tabletten N1“ ein. Dabei wurde ihr zusammen mit dem Medikament ein sogenanntes „ -Los“ ausgehändigt, bei dem durch Rubbeln ein Einkaufsgutschein über 1,00 Euro freigelegt werden konnte. Wegen Art und Gestaltung dieses Gutscheins wird auf die Anlage Ast 4 Bezug genommen.

Nach erfolgloser Abmahnung der Beklagten begehrt die Klägerin mit ihrem am 19. Dezember 2013 eingegangenen Antrag, der Beklagten im Wege einer einstweiligen Verfügung die Abgabe von Einkaufsgutscheinen im Zusammenhang mit dem Verkauf von rezeptpflichtigen Medikamenten zu untersagen. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Abgabe von Einkaufsgutscheinen in derartigen Fällen wettbewerbswidrig sei. Hierin liege ein Verstoß gegen § 78 Abs. 2 S. 2, 3, Abs. 3 S. 1 AMG, § 1 Abs. 1, Abs. 4, § 3 AMPPreisV. Dieser Verstoß sei auch geeignet, die Interessen der Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen. Dies müsse jedenfalls nach der jüngsten Änderung des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG gelten, wonach nunmehr jeder Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung wettbewerbswidrig sei. Ferner sei hier

auch der Anwendungsbereich des § 1 HWG eröffnet, so dass sich eine Wettbewerbswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens zusätzlich aus § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 7 Abs. 1 HWG ergebe.

Die Klägerin beantragt,

der Verfügungsbeklagten bei Meldung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zum 250.000,00 Euro – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen,

geschäftlich handelnd

den Verkauf rezeptpflichtiger, preisgebundener Arzneimittel mit der kostenfreien Abgabe eines Einkaufsgutscheins zu verknüpfen,

hilfsweise

der Verfügungsbeklagten zu untersagen,

geschäftlich handelnd

einem Kunden, der ein Rezept für ein rezeptpflichtiges, preisgebundenes Arzneimittel einlöst, einen kostenfreien Einkaufsgutschein wie in der Ast 4 auszugeben.

Die Beklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie meint, der Antrag in der Fassung des gestellten Hauptantrages sei bereits unzulässig, da zu unbestimmt. Ferner fehle es an einem Verfügungsanspruch. Ein wettbewerbswidriges Verhalten liege nicht vor. Es sei heute allgemein üblich, dass der Kunde in Apotheken beim Einkauf eine kleine Zugabe erhalte. Von Bedeutung sei auch, dass keine Gutscheine, sondern lediglich Rubbellose ausgegeben würden, die in erheblichem Umfang auch Nichtenthalten. Der unmittelbare Anwendungsbereich des § 1 HWG sei nicht eröffnet, da es nicht um produktbezogene Werbung gehe. Außerdem sei § 7 HWG in seiner aktuellen Fassung europarechtswidrig, zumindest aber verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die damit verbundene Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit nur für Fälle einer unsachli-

chen Beeinflussung von Kunden oder einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung gerechtfertigt sei. Eine solche liegt hier nicht vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist in der Form des gestellten Hauptantrages bereits unzulässig, da entgegen § 253 ZPO zu unbestimmt. Soweit hier ganz allgemein auf die „kostenfreie Abgabe eines Einkaufsgutscheins“ abgestellt wird, ist nicht ausreichend klar, welche konkreten Fallgestaltungen davon erfasst werden sollen.

In der Fassung des gestellten, nunmehr auf den konkreten Verletzungsfall bezogenen Hilfsantrages ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig, aber unbegründet.

Es fehlt bereits an einem Verfügungsanspruch, da die Abgabe eines Rubbelloses in der hier beanstandeten Form nicht als wettbewerbswidrig anzusehen ist.

Zwar liegt ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung (§ 78 Abs. 2, Abs. 3 AMG, § 1 Abs. 1, Abs. 4, § 3 AMPreisV) vor. Ein solcher ist nicht nur dann anzunehmen, wenn ein Apotheker ein preisgebundenes Medikament zu einem anderen zu dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgibt. Die Vorschriften, betreffend die Preisbindung, 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 (siehe z.B. BGH, Urteil vom 9. September 2010 – I ZR 98/08 – Bonuspunkte, m.w.N.). Ein solcher Vorteil kann auch in der Aushändigung eines über einen bestimmten Geldbetrag lautenden Gutscheins bestehen, der bei einem nachfolgenden Einkauf eingelöst werden kann (siehe BGH a.a.O.). Dabei spielt es hier keine Rolle, dass ein solcher Gut-

schein nur in Form eines Rubbelloses ausgehändigt wird und dass es nach dem hier zugrunde zu legenden Vorbringen der Beklagten auch Nieten gibt, d.h. dieser Vorteil nicht allen Kunden zufließt. Jedenfalls für diejenigen Kunden, die einen solchen Einkaufsgutschein erhalten, stellt dieser nämlich einen wirtschaftlichen Vorteil dar.

Die Vorschriften des § 78 Abs. 2, Abs. 3 AMG, § 1 Abs. 1, Abs. 4, § 3 AMPPreisV sind nach ihrem Zweck dazu bestimmt, den (Preis-) Wettbewerb unter den Apotheken zu regeln und stellen damit Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG dar. Allerdings ist, wovon auch der BGH in ständiger Rechtsprechung ausgeht (siehe BGH, a.a.O. sowie Urteil vom 8. Mai 2013 – 1 ZR 90/12 – Rezept-Prämie), ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtlichen Preisbindungsvorschriften jedenfalls dann, wenn ein Einkaufsgutschein den Wert von 1,00 Euro pro abgegebenem Medikament nicht überschreitet, nicht geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG). Dies muss erst recht dann gelten, wenn, wie hier, nicht automatisch mit dem Erwerb eines Medikaments die Aushändigung eines Einkaufsgutscheins verknüpft ist, sondern lediglich die Chance besteht, einen solchen Gutschein im Wert von 1,00 Euro zu erhalten.

An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass inzwischen, nämlich mit Wirkung am 28. Oktober 2013, § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG eine Änderung dahingehend erfahren hat, dass im Anwendungsbereich dieser Vorschrift Zuwendungen oder Werbegabe für Arzneimittel, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten, nunmehr generell unzulässig sind. Zwar wurde die Rechtsprechung dazu, ob und wann ein die Bagatellgrenze überschreitender Verstoß gegen die Preisbindungsvorschriften anzunehmen ist, wesentlich unter Heranziehung der früheren Fassung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG entwickelt, in der das oben genannte Verbot noch nicht enthalten war. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass nunmehr die im Rahmen des § 3 UWG zu beurteilende Frage der Spürbarkeit eines Verstoßes bzw. der Beeinträchtigung anders als bisher zu beantworten wäre. Ob eine spürbare Beeinträchtigung der Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmer vorliegt, ist eine tatsächliche Frage, für die eine Änderung von Rechtsvorschriften jedenfalls nicht unmittelbar und ohne Weiteres relevant ist. Wie auch der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung immer wieder hervorhebt, unterscheidet sich der Zweck der in § 7 HWG enthaltenen Regelung erheblich von den Zwecken, die mit der arzneimittelrechtlichen Preisbindung verfolgt werden. Während es bei § 7 HWG vor allem darum geht, 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, besteht der Zweck der Preisbindungsvorschriften insbesondere darin zu gewährleisten, dass die im öffentlichen Interesse gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichergestellt ist (siehe BGH, Urteil vom 9. Sep-

tember 2010 – 1 ZR 98/08 – Bonuspunkte), Unter Berücksichtigung dieser letztgenannten Zweckrichtung besteht aber keine Veranlassung, die Frage, ob vorliegend ein die Bagatellgrenze übersteigender Verstoß anzunehmen ist, anders als nach der bisherigen Rechtsprechung und in Abwägung von den von dieser gezogenen Wertgrenzen zu beurteilen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin zitierten Gesetzesmaterialien (siehe Seite 5 f. der Antragschrift; Bundestagsdrucksache 17/13770 vom 5. Juni 2013, B. zu Artikel 1 a). Hier wird ausdrücklich auf die hellmittelwerberechtliche Zulässigkeit verwiesen, und hervorgehoben, dass für „berufsrechtliche und verwaltungsrechtliche Verfahren“, die keine Geringsfügigkeitsgrenze kennen, der Gefahr uneinheitlicher Rechtsprechung entgegenwirken soll. Dafür, dass mit dieser Gesetzesänderung auch eine Änderung der Gesetzeslage bzw. Rechtsprechung zur Geringsfügigkeitsgrenze in wettbewerbsrechtlichen Verfahren erfolgen sollte, ist nichts ersichtlich.

Ein im Sinne von § 3 UWG relevanter Verstoß gegen die Preisvorschriften liegt somit nicht vor.

Ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten ist auch nicht aus einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG herzuleiten. Der Anwendungsbereich des § 1 HWG ist nicht eröffnet. In den Geltungsbereich des HWG einbezogen ist allein die produktbezogene Werbung (Produkt- und Absatzwerbung), nicht dagegen die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- oder Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens allgemein wirbt. Eine Produkt- oder Absatzwerbung ist nur dann anzunehmen, wenn nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (vgl. zum Beispiel OLG Bamberg, Urteil vom 9. Oktober 2013 – 3 U 48/13, m.w.N.). In seinem Urteil vom 9. September 2010 (1 ZR 98/08 – Bonuspunkte, Rn. 21) ist der BGH für den der vorliegenden Werbung vergleichbaren Fall der Gewährung von Bonuspunkten davon ausgegangen, dass es sich um eine Imagewerbung handelt. Dies erscheint überzeugend und ist auch für den hier vorliegenden Fall anzunehmen, zumal hier, anders als in dem der Entscheidung des BGH vom 26. März 2009 (1 ZR 99/07 – DeguSmiles + more) zugrundeliegenden Sachverhalt, die Gewährung der Prämie bzw. Zugabe nicht vom Erreichen bestimmter Umsätze abhängig gemacht wird, somit der dort als entscheidend angesehene, durch diese Verknüpfung gekennzeichnete besondere und unmittelbare Zusammenhang mit dem Absatz von Produkten fehlt. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht somit nicht.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin hat als Unterlegene die Kosten gemäß § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf § 3 ZPO.

Emmenthal