

07 7037

Landgericht Hamburg

URTEIL

Im Namen des Volkes

Geschäfts-Nr.:
315 O 340/06

Verkündet am:
17.8.2006

In der Sache

██████████, JAe
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

L ██████████ Baden-Württemberg e.V.,
vertreten durch den Präsidenten Fritz B ██████████,
██████████ Stuttgart

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte ██████████,
██████████ Stuttgart,
██████████

gegen

O ██████████ GmbH & Co. KG,
vertreten durch die Verwaltungsgesellschaft O ██████████ mbH,
diese vertreten durch den Vorsitzenden Dr. Michael O ██████████,
██████████ Hamburg

- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte ██████████,
██████████ Hamburg,
██████████

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 15
auf die mündliche Verhandlung vom 28.6.2006

durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht Schneider
die Richterin am Landgericht Zöllner
den Richter am Landgericht Brauer

Ihr Recht:

315 O 340/06

für Recht:

1. Die einstweilige Verfügung vom 03.05.2006 wird bestätigt.
2. Die weiteren Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Tatbestand

Der Antragsteller ist ein Verband, der nach seiner Satzung den Zweck hat, die fachlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen und zu fördern. Hierzu gehört gem. § 1 Nr. 2 f) der Satzung die Förderung des lautereren Wettbewerbs und die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs sowie anderer Missstände und schädigender Auswüchse im geschäftlichen Verkehr (vgl. Anl. AS 1).

Die Antragsgegnerin ist ein gerichtsbekanntes Unternehmen. Sie veröffentlichte Ende April 2006 unter der Überschrift „O [REDACTED] empfiehlt D [REDACTED]“ auf ihrer Webseite „www.o [REDACTED]“ eine Werbung für die niederländische Versandapotheke D [REDACTED] (vgl. Anl. AS 3). Die Antragstellerin fügte darüber hinaus ihrem Katalog April 2006 eine entsprechende Werbebroschüre als Einleger hinzu (vgl. Anl. AS 4). Hierfür erhielt sie von D [REDACTED] – wie sie in der mündlichen Verhandlung am 28.06.2006 gegenüber der Kammer einräumte – ein Entgelt.

In der angegriffenen Werbung verspricht D [REDACTED] „Sparen auf Rezept“ bzw. „100 % Sparen auf Rezept“. Danach erhalten gesetzlich Versicherte für jedes Medikament ihres Kassenrezeptes einen „Sofort-Bonus in Höhe Ihrer kompletten Zuzahlung“ und „sparen bei jedem Medikament bis zu 10 Euro!“ Bei allen weiteren Bestellungen beträgt der „Sofort-Bonus immer 50 %“. Auch dann, wenn eine Zuzahlungsbefreiung

vorliegt, wird der Bonusbetrag entsprechend gutgeschrieben. Wenn € 30,- angesammelt sind, wird der Betrag dem Kunden überwiesen. Privatversicherte „machen ebenfalls Plus“, denn sie erhalten einen Treuebonus von 5,- € für jedes rezeptpflichtige Medikament bei der Erstbestellung und von 3,- € bei jeder weiteren Bestellung.

Mit Beschluss vom 03.05.2006 hat das Gericht auf Antrag des Antragstellers der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel verboten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Apotheke D[REDACTED] wie im nachfolgenden eingeblendet zu empfehlen [dem Urteil angefügt].

Hiergegen richtet sich die Antragsgegnerin mit ihrem Widerspruch.

Hinsichtlich der Rüge der sachlichen Unzuständigkeit trägt der Antragsteller vor, dass die Antragsgegnerin alle potentiellen Arzneimittelbezieher umwerbe, unabhängig ob sie privat oder gesetzlich versichert seien. Auch privat versicherte Kunden erhielten den rechtswidrigen Treuebonus. Die Arzneimittelpreisverordnung, auf deren Verletzung eindeutig das Schwergewicht des Antrags liege, sei nicht im SGB V geregelt. Er, der Antragsteller, werde nicht als Repräsentant von Leistungserbringern im sozialrechtlichen Sinne tätig, sondern nach § 8 Abs. 2 Ziff. 3 UWG als Verband im allgemeinen Wettbewerb um Kunden.

Der Antragsteller trägt vor, er habe derzeit 2.316 ordentliche Mitglieder, die jeweils Inhaber von öffentlichen Apotheken seien. Er, der Antragsteller, sei nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung im Stande, die satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder tatsächlich wahrzunehmen. Das Beitragsaufkommen 2005 habe bei € 2,7 Mio. gelegen, und der Verband beschäftige derzeit 30 hauptberufliche Mitarbeiter in seiner Geschäftsstelle (Glaubhaftmachung: Hofferberg, vgl. Anl. AS 2). Der Antragsteller unterhalte unter „www.ap[REDACTED]“ ein umfassendes Internetgebot

und biete (wettbewerbsrechtliche) Beratung und Seminare zum Thema Werbung an (vgl. Anl. AS 7 und 8).

Der Antragsteller trägt weiter vor, die Empfehlung der Antragsgegnerin sei eine Förderung fremden Wettbewerbs. Das beworbene Geschäftsmodell sei wettbewerbswidrig und verstoße gegen § 4 Ziff. 11 UWG. Durch das Angebot von Bonuszahlungen und Ersparnissen werde der einheitliche Apothekenabgabepreis letztlich unterlaufen. Ein Modell, bei dem im preisgebundenen Rahmen finanzielle Anreize für den Bezug von Arzneimitteln bzw. die Einlösung von Rezepten geschaffen werde, sei rechtswidrig und unlauter. Die Arzneimittelpreisverordnung gelte für ausländische Versandapotheken bei der Versorgung von in Deutschland ansässigen Patienten mit in Deutschland zugelassenen Arzneimitteln. Dies könne nach dem Gesetzeswortlaut, der Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Die deutsche Arzneimittelpreisbindung verletze auch nicht die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EG, da es sich schon nicht um eine Maßnahme gleicher Wirkung handele. Im Übrigen sei die Arzneimittelpreisbindung zum Schutze der Gesundheit nach Art. 30 EG gerechtfertigt. Bei der Risikoabwehr gelte der Grundsatz „in dubio pro securitate“. Zur Gewährleistung der jederzeitigen, flächendeckenden, gleichmäßigen, ordnungsgemäßen gesundheits- und lebensrettenden Verfügbarkeit von Arzneimitteln für die Bevölkerung seien mildere Mittel als die Preisbindung nicht ersichtlich. Zur Sicherstellung dieser Versorgung könnten die Versandapotheken mit ihren langen Lieferzeiten und der fehlenden Dienstbereitschaft strukturell keinen Beitrag leisten. Dem Gesetzgeber komme insoweit auch ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Die Prognose des Gesetzgebers, dass Preiswettbewerb zu einem Verdrängungswettbewerb führe und die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gefährden könne – insbesondere bei einem zugunsten einer Seite verzerrten Wettbewerb – entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung und der Theorie des Wettbewerbs. Es sei weltweit anerkannt, dass insbesondere im Gesundheitswesen ein freier Wettbewerb allein nicht zu dem erforderlichen Maß an Gesundheitsschutz - insbesondere dem gleichen und gleichmäßigen Zugang aller zur Versorgung im Krankheitsfall - führe. Hinzu komme, dass es sich bei dem Schutzgut Leben sowie Gesundheit um ein überragendes Gemeinschaftsgut handele und Gefährdungen nicht in Kauf genommen werden könnten.

Ein Warenkatalog sei keine Zeitung, sodass die Antragsgegnerin nicht die insoweit aus Art. 5 Abs. 1 GG abgeleiteten Erleichterungen für sich in Anspruch nehmen könne.

Der Antragsteller beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 03.05.2006 (Az.: 315 O 340/06) aufrechtzuerhalten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die einstweilige Verfügung Landgerichts Hamburg vom 03.05.2006, Az. 315 O 340/06, aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin rügt die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts Hamburg. Sie trägt insoweit vor, dass der ausschließliche Rechtsweg zu den Sozialgerichten gem. §§ 51 (1) Nr. 2, 51 (2) SGG i. V. m. § 69 SGB V eröffnet sei. Es handele sich nach der weiten Auslegung des Begriffs „Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung“ um eine sozialversicherungsrechtliche Angelegenheit.

In der Sache trägt sie vor, dass sie weder gegen die Arzneimittelpreisverordnung noch gegen die Zuzahlungsregelungen nach §§ 31, 43 b, 61 SGB V verstoße. Zur Begründung verweist sie insbesondere auf die Urteile des Landgerichts Münster und des OLG Hamm (vgl. Anl. AG 2 und AG 3). Das Bonussystem sei gem. § 7 HWG als reine Imagewerbung zulässig, da ein Bezug auf ein konkretes Produkt nicht vorliege. § 7 HWG sei gegenüber der AMPPreisV oder der Zuzahlungsregelungen lex spezialis. Die von der Antragstellerin heraufbeschworenen Gefahren entbehrten im Übrigen jeder Grundlage.

Eine Haftung der Antragsgegnerin scheitere ohnehin an den insoweit heranzuziehenden Grundsätzen zur Störerhaftung, da es sich bei der fremden Werbung nicht um einen groben und unschwer erkennbaren Verstoß gehandelt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.06.2006 (Widerspruchsverhandlung) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die einstweilige Verfügung der Kammer vom 03.05.2006 ist zu bestätigen (§§ 925 Abs. 1 und 2, 936 ZPO). Sie hat sich auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien im Widerspruchsverfahren als zu Recht ergangen erwiesen.

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Es handelt sich nicht um „Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung“ i. S. v. § 51 SGG. Zwar hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass der Rechtsweg nach § 51 Abs. 2 S. 1 SGG nicht auf Streitigkeiten beschränkt sei, an denen zumindest eine der Parteien als Leistungsträger oder Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligt sei, sondern auch gegeben sei, wenn eine Partei gleichsam als Repräsentant von Leistungserbringern in Anspruch genommen werde (Beschl. v. 04.12.2003, GRUR 2004, 444, 445 – *Arzneimittelsubstitution*).

Es geht vorliegend aber um keine Streitigkeit, die das Handeln eines Repräsentanten von Leistungserbringern betrifft, die sich auf die Art und Weise der Leistungserbringung im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen bezieht.

Gegenstand der Streitigkeit ist die Frage, ob die Bonus- und Zuzahlungsangebote von D■■■■■■ gegen die Preisbildung für verschreibungspflichtige Arzneimittel in Deutschland verstoßen und die Werbung der Antragsgegnerin hierfür im Verhältnis zu den Mitgliedern des Antragstellers eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt.

Hierbei wird der Antragsteller gerade nicht als Repräsentant von Leistungserbringern im sozialrechtlichen Sinne tätig, sondern – wie er zu Recht ausführt – entsprechend seiner Satzung als Verband von Apothekern im allgemeinen Wettbewerb um Kunden. Auch die Antragsgegnerin, die den Wettbewerb von D[REDACTED] zu den Mitgliedern des Antragstellers fördert, wird nicht als Repräsentantin von Leistungserbringern im sozialrechtlichen Sinne tätig. Die Arzneimittelpreisverordnung, deren Nichteinhaltung den wesentlichen Vorwurf des Antragstellers bildet, ist nicht im SGB V geregelt. Die Antragsgegnerin ist ebenfalls weder Leistungserbringerin noch Repräsentantin einer Leistungserbringerin. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit die gesetzlichen Krankenkassen durch das streitgegenständliche Bonus- und Zuzahlungsangebot betroffen sind. Die sozialrechtlichen Zuzahlungsregelungen beeinflussen den Apothekenverkaufspreis für Arzneimittel nicht, sondern führen nur zu einer Aufteilung der Kosten für ein Arzneimittel zwischen der gesetzlichen Krankenversicherung und den gesetzlich Versicherten. Übernimmt die Versandapotheke im Innenverhältnis zum Kunden dessen Zuzahlung, bleiben die Verpflichtung zur Selbstbeteiligung und das Solidarprinzip unberührt. Soweit sich die streitgegenständliche Werbung an Privatversicherte richtet, ist schon nicht im Ansatz erkennbar, inwieweit die gesetzlichen Krankenversicherungen betroffen sein könnten.

II.

Der Antrag des Antragstellers auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet.

Ein Verfügungsanspruch ist gegeben. Der Antragsteller hat – dies ist jedenfalls überwiegend wahrscheinlich – den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gem. §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2 UWG i. V. m. §§ 78 Abs. 2 S. 2 AMG, 1, 3 AMPreisV.

Im Einzelnen:

1.

Der Antragsteller ist gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert. Er hat durch Vorlage seiner Satzung, durch eidesstattliche Versicherung seiner Geschäftsführerin

██████████ und durch Auszüge seines Internetangebots die Inhaltsbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG glaubhaft gemacht. Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit dieser Angaben sprechen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2.

Die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, dass sie als bloße „Störerin“ lediglich für grobe und leicht erkennbare Verstöße in Anspruch genommen werden könne. Ihre „Empfehlung“ ist eine Förderung fremden Wettbewerbs, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Die Antragsgegnerin fördert dabei selbst den Wettbewerb von D██████████ zu den Mitgliedern des Antragstellers. Die Antragsgegnerin koppelt gegen Entgelt in unmittelbarer Wettbewerbsabsicht ihre eigene Werbung mit der von D██████████ und ist daher Verletzer im engeren Sinne. Die Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens stellt, sofern auch mit diesbezüglicher Absicht gehandelt wurde, eine eigene Wettbewerbshandlung und nicht lediglich eine Beteiligung an einem fremden Wettbewerbsverstoß als Mitstörer dar (vgl. hierzu Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rn. 36). Die Einwendungen der Antragsgegnerin zur Störerhaftung sind deshalb unerheblich.

3.

Durch das streitgegenständliche Angebot von Bonuszahlungen und Ersparnissen bei dem Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln wird der einheitliche Apothekenabgabepreis unterlaufen.

Die auf der Grundlage des § 78 AMG erlassene AMPreisV schreibt in §§ 1, 3 für die Abgabe verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel ein Preisbildungsverfahren vor, das zu einem bestimmten einheitlichen Preis für das betreffende Arzneimittel führt. Ein wesentlicher Zweck dieser Regelung besteht darin, bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf der letzten Handelsstufe, also im Verhältnis zwischen Apotheker und Verbraucher, einen Preiswettbewerb auszuschließen. Die Bestimmungen der AMPreisV werden nach Auffassung der Kammer auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar vorgeblich der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber unmittelbar gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn günstiger erscheinen

lassen. Auch über ein Bonuspunkte- oder Gutscheinsystem kann ein für die Arzneimittelversorgung im Ergebnis bedenklicher Preiswettbewerb organisiert werden (OLG Frankfurt a. M., Urf. v. 20.10.2005, Az. 6 U 201/04, S. 6 – vgl. Anl. AS 5).

Diese Auffassung wird durch die streitgegenständliche Werbung im Übrigen bestätigt. Die Werbung selbst stellt ausdrücklich heraus, dass „Sparen auf Rezept“ möglich sei, dass der Patient bei einem rezeptpflichtigen Medikament „100 % sparen“ bzw. als Privatpatient „ebenfalls Plus“ machen könne. Selbstverständlich ist jedes rezeptpflichtige Medikament aus der Sicht des Kunden danach berechenbar billiger. Er *spart* bei D■■■■■■ nämlich „bis zu 10 Euro!“ bei Arzneimitteln „auf Rezept“.

§ 7 HWG ist angesichts unterschiedlicher Regelungssystematik und Tatbestandsvoraussetzungen auch nicht *lex specialis* zu § 78 Abs. 2 S. 2 AMG. Die Vorschriften sind vielmehr nebeneinander anwendbar.

4.

Der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG ist bei dem Verstoß gegen die Normen der AMPPreisV erfüllt, da letztere Vorschriften nach ihrem Zweck dazu bestimmt sind, als Marktverhaltensregeln den Wettbewerb unter den Apothekern zu regeln.

5.

Die streitgegenständliche Werbung und der darin beworbene Vertrieb unterliegen deutschem Recht.

Jede Arzneimittellieferung an Abnehmer in Deutschland, die einen rein inländischen Vertrieb mit Arzneimitteln substituiert, unterliegt auch den deutschen Preisbestimmungen. Eine Werbung im Inland für den Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unter Verstoß gegen die Preisvorgaben der AMPPreisV ist deshalb rechtswidrig.

a)

Die Unanwendbarkeit der AMPPreisV beim grenzüberschreitenden Arzneimittelversand kann nicht aus § 4 TDG hergeleitet werden. Das Herkunftslandprinzip i. S. d. § 4 Abs. 2 TDG findet auf das angegriffene Angebot schon tatbestandlich keine Anwendung. Gem. § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 5 TDG werden zu den Telediensten i. S. d. Teledienstgesetzes zwar auch Angebote von Waren in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und *unmittelbarer* Bestellmöglichkeit gerechnet. Ein „Online-Verkauf“ i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG erfordert jedoch, dass der Benutzer seine Bestellung unmittelbar elektronisch, d. h. ohne „Medienbruch“ aufgeben kann (vgl. Mand, Internationaler Versandhandel mit Arzneimitteln, GRUR Int. 2005, 637 [643] m. w. Nachw.). Daran fehlt es vorliegend. Für die Lieferung verschreibungspflichtiger Medikamente verlangt D [REDACTED] ausweislich der Werbung die Einsendung des Original-Rezepts per Post. Danach liegt eine wirksame Bestellung erst vor, wenn mittels „Medienbruchs“ das Original-Rezept vorliegt.

b)

Die AMPPreisV ist auf den hier angegriffenen grenzüberschreitenden Versandhandel anwendbar.

aa) Die deutschen Bestimmungen der AMPPreisV sind ungeachtet des jeweils mit den deutschen Versandkunden von D [REDACTED] vereinbarten Vertragsstatuts auf den beworbenen Versandhandel anwendbar. Es handelt bei dem Preissystem um zwingendes Eingriffsrecht i. S. v. Art. 34 EGBGB (Dettling, Die internationale Anwendbarkeit des deutschen Arzneimittelrechts, PharmR 2003, 401 [408]).

bb) Nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und vor allem nach ihrem Schutzzweck findet die deutsche AMPPreisV auf den grenzüberschreitenden Versandhandel ausländischer Apotheken nach Deutschland Anwendung.

§ 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a AMG ordnet für den Versand von Arzneimitteln an Endverbraucher durch eine versandberechtigte ausländische Apotheke an, dass der Versandhandel entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel erfolgt. Zu diesen deutschen Vorschriften zum Versandhandel gehört u. a. § 11 a ApoG. Gem. S. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift hat der

Versand aus einer öffentlichen Apotheke zusätzlich zu dem üblichen Versandbetrieb und „nach den dafür geltenden Vorschriften [zu] erfolgen“, also auch unter Beachtung der deutschen Festpreise. Diese Auslegung wird zudem durch Folgendes gestützt: Versandberechtigt sind ausländische Apotheken, wenn sie nach ihrem nationalen Recht dazu berechtigt sind, soweit das nationale Recht dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekenrecht, § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a AMG. Beantragen ausländische Apotheken nach deutschem Recht eine Versanderlaubnis, so müssen sie gem. §§ 43 Abs. 1 AMG, 11 a ApoG ohne weiteres die allgemein geltenden Vorschriften beachten. Die Anwendbarkeit u. a. der Preisbindung auf den grenzüberschreitenden Versandhandel davon abhängig zu machen, nach welchem nationalen Recht eine Erlaubnis erteilt worden ist, wäre nicht nachvollziehbar.

Auch die Entstehungsgeschichte der Freigabe des Versandhandels für Arzneimittel spricht für die Anwendbarkeit der Preisbindung auf den grenzüberschreitenden Versandhandel. In der amtlichen Begründung zum GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) ist beispielsweise im Allgemeinen Teil (Bundestagsdrucksache 15/1525 vom 08.09.2003, A. II. 5., S. 75) festgehalten,

„Unter Wahrung eines Höchstmaßes an Verbraucherschutz und Arzneimittelsicherheit wird der Versandhandel mit Arzneimitteln zugelassen. Es werden faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken geschaffen. Versandapotheken können wie öffentliche Apotheken in die integrierte Versorgung einbezogen werden.“

Dieser ausdrückliche Wunsch des Gesetzgebers nach einem fairen Wettbewerb zwischen Versand- und Präsenzapotheken würde von einem Verständnis, dass nur die inländischen Apotheken einer Preisbindung unterwirft, geradezu konterkariert. Wenn in den Gesetzesmaterialien sogar mehrfach (vgl. z. B. BT-Drs. 15/1525 v. 08.09.2003, S. 161, 165) von fairem Wettbewerb die Rede ist, wird dies schwerlich dahin verstanden werden können, dass der Gesetzgeber den grenzüberschreitenden Versandhandel von der Regelung ausnehmen und damit in Ergebnis eine Inländerdiskriminierung in Kauf nehmen wollte.

Die Anwendbarkeit der AMPPreisV auf den grenzüberschreitenden Versandhandel steht zudem insbesondere im Einklang mit dem Schutzzweck des Gesetzes. Der maßgebliche Regelungszweck ist in § 78 Abs. 2 AMG dahin festgelegt, dass die Preise und Preisspannen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Tierärzte, der Apotheken und des Großhandels Rechnung zu tragen haben. Als gesetzgeberisches Ziel an erster Stelle gehört dazu die Senkung des Arzneimittelpreisniveaus (BGH, NJW 1986, 1544 [1545]). Der einheitliche Apothekenverkaufspreis soll jedoch darüber hinaus vor allem einen ruinösen Preiswettbewerb unter den Apotheken verhindern und damit eine flächendeckende und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherstellen (Mand, a. a. O., 638). Ein Grund dafür, dass der bekämpfte ruinöse Preiswettbewerb nur im Bereich der inländischen Apotheken zu befürchten und zu bekämpfen ist, vermag die Kammer nicht zu erkennen.

c)

Es kann dahin stehen, ob es die Anwendbarkeit der AMPPreisV auf eine niederländische Versandapotheke den Grundsatz des freien Warenverkehrs verletzt, weil die Bindung der ausländischen Versandhandelsapotheken an die preisrechtlichen Regelungen in Deutschland eine Maßnahme gleicher Wirkung gem. § 28 EG darstellen könnte (bejahend: OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2004, Az. 4 U 74/04, Anl. AG 3, mit beachtlichen Gründen dagegen: Mand, a. a. O., 645 f.).

Denn das Preissystem ist nach der überzeugenden Argumentation der Antragstellerin nach der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit gem. Art. 30 EG gerechtfertigt.

Dem steht zunächst die Entscheidung des EuGH im Fall D- (NJW 2004, 131 ff) nicht entgegen. Dort hatte der EuGH lediglich Folgendes ausgeführt:

„Diese Argumentation erfordert eine Prüfung der Frage, ob die Regelung der Arzneimittelpreisverordnung, die für verschreibungspflichtige Arzneimittel Festpreise vorschreibt, gerechtfertigt ist.

122. Obgleich rein wirtschaftliche Gründe eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Warenverkehrs nicht rechtfertigen können, lässt sich nicht ausschließen, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine derartige Beschränkung rechtfertigen kann (Slg. 1998, I-

1931 Rdnr. 41 - Kohll; Slg. 2001, I-5363 = NJW 2001, 3397 = EuZW 2001, 471 Rdnr. 47 - Vanbraekel u.a.; Slg. 2001, I-5363 = NJW 2001, 3391 = EuZW 2001, 464 Rdnr. 72 - Smits und Peerbooms; NJW 2003, 2298 = EuZW 2003, 466 Rdnr. 72f. - Müller-Fauré und Van Riet). Überdies könnte ein nationaler Markt für verschreibungspflichtige Arzneimittel durch Faktoren nichtwirtschaftlicher Art gekennzeichnet sein, so dass eine nationale Regelung, die die Verkaufspreise für bestimmte Arzneimittel festlegt, deshalb beizubehalten ist, weil sie einen integralen Bestandteil des nationalen Gesundheitswesens bildet.

123. Jedoch haben weder der Apothekerverband noch die Mitgliedstaaten, die Erklärungen beim EuGH eingereicht haben, Argumente für die Erforderlichkeit der Arzneimittelpreisverordnung vorgetragen. Angesichts des Umstands, dass solche Argumente nicht vorgebracht worden sind, lässt sich nicht die Feststellung treffen, dass das Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln in Deutschland, was verschreibungspflichtige Arzneimittel angeht, durch Gründe des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit oder der Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens gerechtfertigt werden kann.“

Der Schluss des EuGH ist für die Frage der Rechtfertigung der AMPPreisV danach ersichtlich nicht aussagekräftig, wenn in der Entscheidung nur daran angeknüpft wird, dass Argumente für die Erforderlichkeit der Arzneimittelverordnung nicht vorgebracht worden sind (so auch Mand, a. a. O. S. 639).

Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin jedoch ausführlich, schlüssig und überzeugend Argumente vorgebracht, die eine Rechtfertigung nach Art. 30 EG überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen.

Der maßgebliche Regelungszweck der Preisbindung ist, wie ausgeführt, u. a. die Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbs unter den Apotheken, um damit eine flächendeckende und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen. Insofern dient die Arzneimittelpreisverordnung auch der Bewahrung der Gesundheit von Menschen und verfolgt ein gesundheitspolitisches Ziel (vgl. OLG Hamm, a. a. O., S. 26).

Die Kammer vermag der Argumentation der Antragsgegnerin bzw. des OLG Hamm allerdings nicht beizutreten, wenn dort ausgeführt wird, dass sich nicht feststellen lasse, dass der Wegfall der Preisbindung für den grenzüberschreitenden Versandhandel mittelbar zu einer Ausdünnung der Apotheken führe.

Der deutsche Gesetzgeber hat auf der Grundlage seiner Einschätzung und Prognose eine abstrakte Gefährdung durch die Nichtgeltung einer Arzneimittelpreisbindung für

verschreibungspflichtige Arzneimittel gesehen. An diese Beurteilung des Gesetzgebers sieht sich die Kammer aufgrund des Einschätzungs- und Prognosevorrangs gebunden. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Auch bei der Prognose und Einschätzung gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren, zu deren Verhütung der Gesetzgeber glaubt, tätig werden zu müssen, billigt ihm die Verfassung einen Beurteilungsspielraum zu, den er nur dann überschreitet, wenn seine Erwägungen so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können. Dies gilt entsprechend für die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele (BVerfGE 77, 84, [106]).

Diese Gefahreinschätzung des Gesetzgebers ist im Hinblick auf die Preisbindung schlüssig, die Preisbindung nachvollziehbar geeignet und erforderlich, dieser Gefahr entgegenzuwirken.

Preiswettbewerb führt zu Verdrängung. Verdrängung ist *das Ziel* jeden Preiswettbewerbs. Der grenzüberschreitende Versandhandel bietet nicht aus reiner Menschenfreundlichkeit Bonusbeträge etc. an, sondern um andere Apotheken im Wettbewerb um die Endverbraucher vom Markt zu verdrängen. Dass die Verdrängung bislang (noch) nicht zu einem Apothekensterben geführt hat, lässt die Gefahreinschätzung des deutschen Gesetzgebers nicht unvernünftig erscheinen, sondern mag seine Ursache auch darin haben, dass ein aggressiver und ruinöser Preiswettbewerb erst noch bevorsteht. Wozu – auch inländischer – Preiswettbewerb mittel- und langfristig führt, lässt sich in anderen Warenbereichen – z. B. Lebensmittel – insbesondere in ländlichen Gebieten ohne weiteres beobachten.

Der Gesetzgeber hat sich bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Hinblick auf das Schutzgut der Gesundheit, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit bzw. der Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens aus nachvollziehbaren Gründen für ein Festpreissystem entschieden. Die Preisbindung

dient in einem komplexen, ineinander verzahnten Gesamtgefüge der Kostenkontrolle und -steuerung sowie der Gewährleistung der hohen Dichte von Apotheken auch in ländlichen Gebieten (Mand, a. a. O., S. 647) und schafft so eine flächendeckende, zeit- und ortsnahe und damit ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Die Einheitlichkeit der Arzneimittelabgabepreise dient damit vor allem als Ersatz für die in Deutschland verfassungsrechtlich unzulässige, in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union praktizierte, behördliche Niederlassungsregulierung (Dettling, a. a. O., PharmR 2003, 401, [407]). Zudem haben, anders als bei sonstigen Wirtschaftsgütern, die Apotheken zahlreiche gemeinwohlbezogene Verpflichtungen, wie z. B. die Gewährleistung einer Dienstbereitschaft gem. § 23 ApBetrO, die Pflicht, ein Vollsortiment zu führen sowie Kontrahierungszwang. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt z. B. die ordnungsgemäße, über eine Notfallversorgung hinausgehende, Arzneimittelversorgung voraus, dass eine Apotheke werktags innerhalb einer Stunde erreichbar ist, was in der Regel nur gegeben ist, wenn für jeden Bewohner die Entfernung zur nächsten Apotheke nicht mehr als 6 km beträgt (BVerwGE 45, 331 [339 f]). Diese Pflicht dient dem höchstrangigen Gemeinschaftsgut der Sicherstellung der Arzneimittelversorgung der gesamten Bevölkerung und wird durch Begünstigungen, dass der Handel mit Arzneimitteln grundsätzlich den Apotheken vorbehalten ist und sie auch keinem Preiswettbewerb ausgesetzt sind, kompensiert (VGH Mannheim, NJW 1995, 1631 [1632]). Versandapotheken können – wie der Antragsteller zu Recht ausführt – mit ihren langen Lieferzeiten und der fehlenden Dienstbereitschaft strukturell keinen Beitrag zur Sicherstellung der flächendeckenden und rechtzeitigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln leisten.

Dieses Gefüge wird nach der nachvollziehbaren Einschätzung des deutschen Gesetzgebers durch § 78 Abs. 2 S. 2 i. V. m. der AMPreisV geschützt. Mildere Mittel sind weder vorgebracht noch sonst erkennbar. Als integraler Bestandteil des deutschen Gesundheitswesens ist die AMPreisV gem. Art. 30 EG deshalb – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit - gerechtfertigt (so auch Mand, a. a. O., S. 647).

Der Verfügungsgrund wird gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

III.

Die Entscheidung hinsichtlich der weiteren Kosten folgt aus § 91 ZPO.

Schneider

Zöllner

Brauer

(wegen Urlaubs an
der Leistung der
Unterschrift dienstlich
verhindert)

Schneider