BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 31/15

Verkündet am:
31. März 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Apothekenabgabepreis

UWG § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2; SGB V § 130 Abs. 1

Die Angabe eines um 5% überhöhten Vergleichspreises in der Werbung einer Apotheke für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ist im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

BGH, Urteil vom 31. März 2016 - I ZR 31/15 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

ECLI:DE:BGH:2016:310316UIZR31.15.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 22. Januar 2015 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Die Beklagte betreibt eine Apotheke. In einer Werbebroschüre mit dem Titel "Gute Beratung + Gute Preise" warb sie im Februar 2013 für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel wie nachfolgend abgebildet:

ECLI:DE:BGH:2016:310316UIZR31.15.0

Die Werbung zeigt einen herausgestellten Preis, eine Preisersparnis und einen durchgestrichenen Preis, der in einem Fußnotenhinweis erläutert wird. In der Werbung für das Medikament "Cetirizin Hexal" finden sich die Angaben: "Nur € 10,95, Sie sparen: 30%", "Statt[1] ~~€ 15,20~~" und am unteren Seitenende die Fußnote "1) Statt = einheitlicher Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse". 2

Die Klägerin hält diese Werbung für irreführend und hat die Beklagte auf Unterlassung und Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch genommen. 3

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4 Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Rahmen einer Preiswerbung für Arzneimittel

   den beworbenen Preis einem höheren Preis gegenüberzustellen, wenn dies geschieht mit dem Hinweis auf einen "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse",

   und/oder

   einen Preis mit der Aussage "Sie sparen: x%" zu bewerben, wenn sich die Ersparnis auf einen "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse" bezieht;

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 219,35 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 9. Juni 2013 zu zahlen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben, dies hinsichtlich des Unterlassungsantrags jedoch mit dem Zusatz "falls nicht jeweils deutlich gemacht wird, dass der Krankenkasse auf den Apothekenabgabepreis ein Rabatt von 5% zu gewähren ist" (OLG Braunschweig, Urteil vom 22. Januar 2015 - 2 U 110/13, juris). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Werbung sei irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2 UWG. Zur Begründung hat es ausgeführt:

7 Der Verbraucher sehe in der Preiswerbung mit der Angabe "einheitlicher Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse" keine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers. Er nehme vielmehr an, dass es sich um einen Preis handele, den die Apotheken bei einer Verrechnung mit der Krankenkasse einheitlich zugrunde legten. Selbst wenn die Fußnote nicht am Blickfang teilhabe, schließe der Verbraucher aus der Werbung mit dem Zusatz "Sie sparen x%" entweder, der reguläre Preis der Beklagten sei entsprechend höher oder die Preisersparnis beziehe sich auf einen sonst am Markt üblichen Preis. Beides treffe zu, weil die Mehrzahl der Apotheken bei dem Verkauf nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel üblicherweise den in der Lauer-Taxe genannten Preis verlange und auch die Beklagte diesen Preis zugrunde lege, wenn sie nicht mit herabgesetzten Preisen werbe.

8 Die Werbung sei jedoch irreführend, weil die genannte Ersparnis nicht den von den Apotheken den Krankenkassen gemäß § 130 Abs. 1 SGB V zu gewährenden Rabatt von 5% auf die in der Lauer-Taxe genannten Preise berücksichtige. Darauf, dass der Rabatt den Krankenkassen nur bei Zahlung innerhalb von zehn Tagen gewährt werde, komme es nicht an. Der entsprechende Irrtum der Verbraucher sei wettbewerblich relevant, weil die Information über einen Preis, den die Krankenkassen als marktmächtige Abnehmer zu zahlen hätten, einen wichtigen Anhaltspunkt für die Preisgünstigkeit der beworbenen Produkte darstelle.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Die Unterlassungsansprüche sind im zuerkannten Umfang (dazu II 1 und 2) und der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlichen Abmahnkosten (dazu II 3) ist insgesamt begründet.

10 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht der Beklagten mit dem 1. Teil des Unterlassungstenors nach §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2, § 8 UWG verboten, den beworbenen Preis einem höheren Preis gegenüberzustellen, wenn dies geschieht mit dem Hinweis auf einen "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse", falls nicht jeweils deutlich gemacht wird, dass der Krankenkasse auf den Apothekenabgabepreis ein Rabatt von 5% zu gewähren ist.

11 a) Der Unterlassungstenor ist trotz des vom Berufungsgericht angefügten Zusatzes "falls nicht jeweils deutlich gemacht wird, dass der Krankenkasse auf den Apothekenabgabepreis ein Rabatt von 5% zu gewähren ist" hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

12 aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten wird, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 21 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet; Urteil vom 16. Mai 2013 - I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229 Rn. 22 = WRP 2013, 1613 - Kinderhochstühle im Internet II).

13 bb) Im Streitfall führt die Verwendung der Formulierung "falls nicht jeweils deutlich gemacht wird" nicht zur Annahme der Unbestimmtheit des Verbotstenors. Die Auslegung des Unterlassungstenors in Verbindung mit den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils und der darin in Bezug genommenen Anlagen ergibt vielmehr, dass mit dieser Formulierung die in der beanstandeten Werbung gegebene Konstellation umschrieben werden soll, die durch das Feh-

len jeglichen Hinweises auf den Rabatt gekennzeichnet ist. Die Wendung soll nicht eine bestimmte Hervorhebung der Angaben über den Rabatt bezeichnen. Die Formulierung ist vielmehr in dem Sinn "falls nicht darauf hingewiesen wird" zu verstehen und erweist sich mit dieser Bedeutung als hinreichend bestimmt.

14 b) Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsantrag ist nur dann begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten nach dem zur Zeit der Begehung geltenden Recht gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2 UWG aF verstieß. Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, muss das beanstandete Verhalten der Beklagten zudem nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 3. März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 474 Rn. 13 = WRP 2011, 1054 - Kreditkartenübersendung; Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 8 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN). Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. Dezember 2015 (BGBl I, S. 2158) ist am Ende des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG mit Bezug auf die irreführende geschäftliche Handlung der Relativsatz eingefügt worden "die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte". Diese Änderung trägt dem Wortlaut des Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken Rechnung und beinhaltet gegenüber der bisherigen Rechtslage im Hinblick darauf, dass schon bisher im Rahmen des § 3 Abs. 1 UWG aF die Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung zu prüfen war, keine inhaltliche Änderung (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 18/4535, S. 15; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, 34. Aufl., § 5 Rn. 1.6a).

15 c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Preisgegenüberstellung mit dem "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse" sei gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG irreführend, weil die Berechnung nicht berücksichtige, dass die Krankenkassen gemäß § 130 Abs. 1 SGB V bei Zahlung innerhalb von zehn Tagen nur einen um 5% verminderten Preis zahlen müssten.

16 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Verkehr erkenne, dass es sich bei dem durchgestrichenen Preis um denjenigen handele, den die Krankenkassen im Falle ihrer Einstandspflicht zahlen müssten. Dem Verbraucher sei weiter bewusst, dass dieser Vergleichspreis auf einem gesetzlich regulierten Zweitmarkt gelte, der ihm selbst nicht zugänglich sei. Die Information, welche Preise von marktmächtigen Abnehmern gefordert würden, sei für ihn gleichwohl relevant. Die Angabe des Vergleichspreises sei irreführend, weil der den Krankenkassen zu berechnende endgültige Abgabepreis aufgrund des Rabatts gemäß § 130 Abs. 1 SGB V um 5% niedriger sei als von der Beklagten dargestellt. Dass der Rabatt nur bei Zahlung innerhalb von zehn Tagen anfalle, ändere an der Irreführung nichts, da der Verbraucher, der die Arzneimittel in der Apotheke sofort bezahlen müsse, mit der Angabe des bei sofortiger Zahlung durch die Krankenkassen geltenden Preises rechne. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

17 bb) Die Revision greift die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Verkehrsverständnis ohne Erfolg an.

18 Die vom Berufungsgericht zur Verkehrsauffassung getroffenen Feststellungen liegen im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Sie können im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder we-

sentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 89/12, GRUR 2013, 1254 Rn. 16 = WRP 2013, 1596 - Matratzen Factory Outlet; Urteil vom 6. November 2013 - I ZR 104/12, GRUR 2014, 88 Rn. 31 = WRP 2014, 57 - Vermittlung von Netto-Policen; Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 21 = WRP 2015, 444 - Monsterbacke II; Urteil vom 30. Juli 2015 - I ZR 18/14, GRUR 2016, 292 Rn. 17 = WRP 2016, 321 - Treuhandgesellschaft).

19 Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Verkehrsverständnis halten dieser Überprüfung stand. Insbesondere erweist sich die Annahme nicht als erfahrungswidrig, der Betrachter verstehe den in der Fußnote 1 angegebenen Preis als denjenigen, den die Krankenkassen im Falle ihrer Einstandspflicht zu zahlen hätten.

20 cc) Bei Zugrundelegung dieses Verkehrsverständnisses erweist sich die Werbung als irreführend. Entgegen der Ansicht der Revision ist § 130 Abs. 1 SGB V nicht nur auf verschreibungspflichtige, sondern auch auf "sonstige Arzneimittel" anwendbar, zu denen die zu Lasten der Krankenkassen abgegebenen, nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel zählen (vgl. Axer in Becker/ Kingreen, SGB V, 4. Aufl., § 130 Rn. 5). Mithin ist der in der Werbung genannte "Statt"-Preis um den Rabatt von 5% überhöht und die Werbung im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG irreführend. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, nach den Grundsätzen der Werbung mit objektiv zutreffenden Angaben könne vorliegend keine Irreführung angenommen werden. Die Beklagte gibt einen falschen Referenzpreis an. Es handelt sich mithin nicht um Werbung mit objektiv zutreffenden Preisangaben.

21 dd) Die Irreführung ist auch wettbewerblich relevant. Sie ist dazu geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die

er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 3 Abs. 1 und 2 Satz 1 UWG aF, § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nF). Angesichts der erheblichen Bedeutung der Werbung mit Preisen oder Preisvorteilen ist die Angabe eines um 5% überhöhten Vergleichspreises für die Kaufentscheidung des Verbrauchers von erheblicher Bedeutung. Entgegen der Ansicht der Revision scheitert die Annahme der wettbewerblichen Relevanz nicht daran, dass der angegebene Vergleichspreis lediglich für Krankenkassen gilt und für den Verbraucher nicht verfügbar ist. Der genannte Vergleichspreis hat für die Aussagekraft des Angebots Bedeutung, weil ein von den Krankenkassen als Großabnehmern der pharmazeutischen Industrie und den Apotheken zu zahlender Preis vom Verbraucher als günstig angesehen wird.

22 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht der Beklagten mit dem 2. Teil des Unterlassungstenors nach §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2, § 8 UWG verboten, einen Preis mit der Aussage "Sie sparen: x%" zu bewerben, wenn sich die Ersparnis auf einen "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse" bezieht, falls nicht jeweils deutlich gemacht wird, dass der Krankenkasse auf den Apothekenabgabepreis ein Rabatt von 5% zu gewähren ist.

23 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Verkehr entnehme der Angabe eines prozentualen Preisvorteils eine Bezugnahme auf den in der Fußnote 1 erwähnten "einheitlichen Apothekenverkaufspreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse". Diese Werbung sei ebenfalls irreführend, weil die Krankenkassen gemäß § 130 Abs. 1 SGB V bei Zahlung innerhalb von zehn Tagen nur einen um 5% verminderten Preis zahlen müssten.

24 b) Die Feststellung des Verkehrsverständnisses durch das Berufungsgericht hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Annahme, der Verkehr entnehme der Werbung mit einem prozentualen Preisvorteil eine Bezug-

nahme auf den in der Fußnote 1 erwähnten "einheitlichen Apothekenverkaufspreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse", ist nicht erfahrungswidrig. Zwar ist bei der Angabe der prozentualen Ersparnis nicht auf die Fußnote 1 Bezug genommen. Allerdings ist die in quadratischen Einheiten dargebotene, jeweils auf ein Produkt bezogene Werbung so übersichtlich gestaltet, dass der situationsadäquat aufmerksame Betrachter auch die angegebene Preisersparnis auf den im unteren Bereich des Kastens angegebenen, mit der Fußnote 1 versehenen "Statt"-Preis beziehen wird.

25 c) Versteht der Verkehr die angegebene Preisersparnis mit Blick auf den in der Fußnote angegebenen "einheitlichen Apothekenabgabepreis zur Verrechnung mit der Krankenkasse", so erweist sich auch dies wegen des um den Rabatt überhöht angegebenen Referenzpreises als geschäftlich relevante Irreführung (dazu II 1 c Rn. 5 ff.).

26 3. Die Abmahnkosten hat das Berufungsgericht zu Recht als gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ersatzfähig angesehen.

27 III. Danach ist die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher Kirchhoff Löffler

Schwonke Feddersen

Vorinstanzen:
LG Braunschweig, Entscheidung vom 07.11.2013 - 22 O 1125/13 -
OLG Braunschweig, Entscheidung vom 22.01.2015 - 2 U 110/13 -