BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 77/09

Verkündet am:
26. Februar 2014
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Holland-Preise

UWG § 4 Nr. 11; AMG § 78 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 und 3; AMPreisV § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3

Im Hinblick auf den Zweck des Arzneimittel- und Apothekenrechts, die Wirkung von Arzneimitteln zu ermöglichen und vor den mit ihrer Anwendung verbundenen Risiken zu schützen, liegt eine Abgabe im Sinne des § 78 AMG dann vor, wenn durch einen auf ein Arzneimittel bezogenen Vorgang bewusst und gewollt die Möglichkeit einer eigenen Verwendung in Form der Anwendung oder Weitergabe des Mittels durch einen anderen als den bisherigen Inhaber der Verfügungsgewalt geschaffen wird. Bei "Abholmodellen" liegt der Ort der Abgabe daher zwar grundsätzlich dort, wo die vom Empfänger mit der Abholung beauftragte Person das Mittel abholt; es ist jedoch jeweils zu prüfen, ob tatsächlich eine dem unmittelbaren Besitz vergleichbare Zugriffsmöglichkeit besteht und ob die Regelung nicht allein der Umgehung zwingender apothekenrechtlicher oder arzneimittelrechtlicher Vorschriften dient. Dies ist dann der Fall, wenn eine hinsichtlich des Erfüllungsorts getroffene Regelung ersichtlich der Umgehung des deutschen Arzneimittelpreisrechts dient (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 - I ZR 211/10, GRUR 2012, 954 = WRP 2012, 1101 - Europa-Apotheke Budapest).

BGH, Urteil vom 26. Februar 2014 - I ZR 77/09 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h.c. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Grabinski und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 8. Mai 2009 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 23. Oktober 2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die drei Beklagten sind Apotheker und betreiben jeweils im südlichen Nordrhein-Westfalen eine Apotheke. Im April 2008 verteilten sie einen Werbeprospekt, in dem unter der Überschrift "M. V. - günstige 'Holland-Preise'" für folgenden Einkaufsservice geworben wurde:

1. Sie gehen in Ihre V. Apotheke und bestellen die von Ihnen benötigten Medikamente.
2. Schon am nächsten Tag können Sie dort Ihre deutschen Originalpräparate abholen.
3. Den günstigen "Holland-Preis" bezahlen Sie direkt in Ihrer V. Apotheke vor Ort.

4. Wenn Sie Fragen zu Ihren Medikamenten haben, wenden Sie sich direkt an die freundlichen Mitarbeiter Ihrer V. Apotheke.

2 Auf der nachfolgenden Seite des Prospekts hieß es unter anderem:

… und das sind Ihre Vorteile:

…

10% Preisvorteil**

auf alle in Deutschland erhältlichen rezeptpflichtigen Medikamente.

100% Service und Beratung.

Durch die freundlichen Mitarbeiter Ihrer Apotheke vor Ort.

…

**Ihr Preisvorteil ist mindestens 3,00 € höchstens 25,00 € pro Packung gegenüber der Deutschen Arzneimittelpreisverordnung.

Für den Einkaufsservice (Transport Ihrer Bestellung von Holland an Ihre V. Apotheke) zahlen Sie nur 0,50 € pro Bestellung, egal wie viele Artikel Sie bestellen.

3 Auf der vorletzten Seite des Prospekts war angegeben, in welchen - insgesamt sechs - Apotheken die Kunden den beworbenen Service in Anspruch nehmen konnten und dass es sich bei dem M. V. um ein Angebot der in Dinxperlo in den Niederlanden ansässigen M. Apotheke B.V. handelte.

4 Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., hat diese Werbung als Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot und das arzneimittelrechtliche Preisbindungsgebot sowie als wettbewerbsrechtlich unangemessene und unsachliche Beeinflussung der Verbraucher beanstandet.

5 Das Landgericht hat der Klage mit den Anträgen auf Unterlassung der beanstandeten Werbung und auf Ersatz von Abmahnkosten in Höhe von jeweils 208,65 € nebst Zinsen stattgegeben (LG Köln, Urteil vom 23. Oktober 2008 - 31 O 353/08, juris). Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage

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

geführt (OLG Köln, PharmR 2010, 197 = APR 2009, 109). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als weder unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs noch unter dem einer unzulässigen unsachlichen Beeinflussung der Kunden der Beklagten begründet angesehen und hierzu ausgeführt:

7 Ein Verstoß gegen das deutsche Arzneimittelpreisrecht liege nicht vor, weil die niederländische M. Apotheke als ausländische Versandapotheke nicht an die deutschen Arzneimittelpreise gebunden sei. Der von den Beklagten bei der beanstandeten Werbung gewählte Umweg über diese Apotheke stelle auch keine missbräuchliche Umgehung der deutschen Apothekenpreisbindung dar. Der verständige Verbraucher erkenne, dass nicht für einen Rabatt im Sinne einer außergewöhnlichen Herabsetzung des Normalpreises, sondern für den besonderen geldwerten Vorteil der im Vergleich zu den üblichen inländischen Arzneimittelpreisen günstigen "Holland-Preise" geworben werde, so dass auch kein Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot von Werbegaben vorliege. Die in der beanstandeten Werbung herausgestellte Kombination von "günstigen Holland-Preisen" und "100% Service und Beratung ... vor Ort" stelle auch keine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher dar; deren Fähigkeit zu einer informationsgeleiteten und rationalen Nachfrageentscheidung werde insoweit nicht beeinträchtigt, sondern in gewissem Sinne sogar gefördert.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin ist begründet und führt zur Wiederherstellung des der Klage stattgebenden Urteils des Landgerichts. Die Klage ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 AMG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 AMPreisV sowie - hinsichtlich des Zahlungsanspruchs - aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet.

9 1. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen, die die Revisionserwiderung nicht mit Gegenrügen angegriffen hat, lassen die beanstandete Werbung und die tatsächliche Abwicklung für den informierten und aufmerksamen Verbraucher keine Zweifel daran, dass er die im Rahmen des beworbenen Geschäftsmodells bestellten Medikamente nicht direkt von den Beklagten, sondern von der kooperierenden niederländischen Apotheke bezieht. Die bewusst gewählte Lieferverantwortlichkeit der niederländischen Verkäuferin werde aus Verbrauchersicht auch nicht dadurch im Sinne eines dem deutschen Preisrecht zu unterwerfenden Direktverkaufs aus den Apotheken der Beklagten aufgehoben, dass die Werbung "Service und Beratung durch die freundlichen Mitarbeiter Ihrer Apotheke vor Ort" besonders hervorhebe. Der verständige Verbraucher, der aufgrund der Werbung um eines Preisvorteils willen eine Wartezeit bis zum Erhalt des gewünschten Medikaments hinnehme, werde annehmen, dass die in der örtlichen Apotheke über den sogenannten Einkaufsservice hinaus angebotene fachlich-pharmazeutische Beratung vor und insbesondere nach Abwicklung des eigentlichen Kaufgeschäfts eine vermutlich intern vergütete zusätzliche Dienstleistung der Kooperationspartner des niederländischen Vertragspartners sei, ohne dass die Abwicklung des Kaufvertrags selbst deshalb das Gepräge der unmittelbar mit den Beklagten abgeschlossenen Kaufgeschäfte gewinne, die in den Apotheken weiterhin möglich und üblich seien.

10 2. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat die ihm vom erkennenden Senat im Verfahren I ZR 72/08 (BGH, Beschluss vom 9. September 2010, GRUR 2010, 1130 = WRP 2010, 1485 - Sparen Sie beim Medikamenteneinkauf!) vorgelegte Frage bejaht, ob die deutschen Vorschriften für den Apothekenabgabepreis auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel gelten, die Apotheken mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union im Wege des Versandhandels nach Deutschland an Endverbraucher abgeben (GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012 - GmS-OGB 1/10, BGHZ 194, 354 Rn. 12 ff.). In Übereinstimmung damit hat der Gesetzgeber durch die mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 in Kraft getretene Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG zusätzlich klargestellt, dass die auf der Grundlage des § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG erlassene Arzneimittelpreisverordnung auch für gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbrachte Arzneimittel gilt.

11 3. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Klage, soweit sie auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den einschlägigen arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften gestützt ist, auch nicht deshalb unbegründet und die Revision daher gemäß § 561 ZPO zurückzuweisen, weil die niederländische M. Apotheke die Verbraucher, die bei ihr verschreibungspflichtige Arzneimittel bestellen, bei dem beanstandeten Geschäftsmodell nicht direkt, sondern unter Einschaltung der Beklagten beliefert.

12 a) Wie auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel zieht, liegt bei der Werbung und beim Versand von Arzneimitteln aus dem EU-Ausland an Endverbraucher in Deutschland auch der Marktort im Inland, da hier die von diesen ausgehenden Wirkungen auftreten (vgl. GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 15). Die Revisionserwiderung weist darüber hinaus mit Recht darauf hin, dass nach dem solchenfalls anzuwendenden deutschen Recht (vgl. zur Anwendung des

deutschen Arzneimittelpreisrechts GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 16 bis 20) beim Versandhandel mit Verbrauchern die Vorschrift des § 447 Abs. 1 BGB gemäß § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht anwendbar ist, wenn es sich - wie beim Versandhandel mit Arzneimitteln - um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, und dass der Erfüllungsort für die Verpflichtung des Verkäufers in einem solchen Fall daher der Wohnsitz des Käufers ist, weshalb den Verkäufer insoweit eine Bringschuld trifft (vgl. Staudinger/Bittner, BGB [2009], § 269 Rn. 12; MünchKomm.BGB/Krüger, 6. Aufl., § 269 Rn. 20, jeweils mit weiteren Nachweisen; ebenso im Blick auf den - im dortigen Fall allerdings zeitlich noch nicht anwendbaren - § 474 Abs. 2 BGB nF auch schon BGH, Urteil vom 16. Juli 2003 - VIII ZR 302/02, NJW 2003, 3341 f.).

13 b) Die Revisionserwiderung meint allerdings, im Streitfall liege keine Bringschuld, sondern eine Holschuld vor, weil nach § 7 (Satz 1) der auf der Rückseite des Bestellformulars abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der niederländischen M. Apotheke, deren Kenntnisnahme der Kunde auf der Vorderseite des Formulars schriftlich zu bestätigen hatte, Erfüllungsort der Geschäftssitz des Verkäufers war. Marktort sei daher der Sitz der niederländischen Apotheke, weil die von deren Handel ausgehenden Wirkungen grundsätzlich dort aufträten. Dass die Kunden bei Inanspruchnahme des angebotenen Transportservices die von ihnen bestellten Medikamente in einer der teilnehmenden Apotheken in Deutschland abzuholen hätten, stehe dem nicht entgegen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

14 aa) Nicht abschließend entschieden zu werden braucht in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Bestimmung des § 7 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der niederländischen M. Apotheke wegen unangemessener Benachteiligung der Kunden gemäß §§ 307, 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB unwirksam ist (vgl. dazu FG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2010

- 1 V 3778/09 A[U], juris Rn. 45 mwN; vgl. ferner zur unangemessenen Benachteiligung der inländischen Kunden einer im Ausland ansässigen Versandapotheke durch eine von dieser verwendete Rechtswahlklausel BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 - I ZR 40/11, GRUR 2013, 421 Rn. 30 bis 38 = WRP 2013, 479 - Pharmazeutische Beratung über Call-Center). Dasselbe gilt für die Frage, ob diese Bestimmung nach den Umständen so ungewöhnlich ist, dass die Kunden nicht mit ihr zu rechnen brauchen und sie daher gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil wird. Die dort enthaltene Bestimmung über den Erfüllungsort steht im Gegensatz zu dem von der Beklagten zusammen mit dem Bestellformular verwendeten Prospekt, in dem die Kunden in werbewirksamer Weise darüber informiert werden, dass sie beim Geschäftsmodell der Beklagten bei im Inland preisgebundenen verschreibungspflichtigen Arzneimitteln 10% sparen, wenn sie nur - bei ansonsten gleichem Service - 0,50 € pro Bestellung für den Transport der Mittel bezahlen und sich außerdem darauf einlassen, dass sie diese erst am nächsten Tag in den Apotheken der Beklagten abholen können.

15 bb) Unabhängig von den Bedenken, die danach aus zivilrechtlicher Sicht gegen das in Rede stehende Geschäftsmodell sprechen, das die dabei mit den Beklagten kooperierende niederländische M. Apotheke betreibt, führt dieses Geschäftsmodell nicht aus dem Anwendungsbereich der für den hier in Rede stehenden Rechtsbruchtatbestand gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Bestimmung des § 78 AMG heraus. Im Hinblick auf den Zweck des Arzneimittel- und Apothekenrechts, die Wirkung von Arzneimitteln zu ermöglichen und vor den mit ihrer Anwendung verbundenen Risiken zu schützen, liegt eine Abgabe im Sinne dieser Bestimmung dann vor, wenn durch einen auf ein Arzneimittel bezogenen Vorgang bewusst und gewollt die Möglichkeit einer eigenen Verwendung in Form der Anwendung oder Weitergabe des Mittels durch einen anderen als den bisherigen Inhaber der Verfügungsge-

walt geschaffen wird (vgl. Cyran/Rotta, Apothekenbetriebsordnung, 5. Aufl., Stand September 2012, § 17 Rn. 61). Bei Abholmodellen wie dem, das die dabei mit der niederländischen M. Apotheke zusammenarbeitenden Beklagten praktizieren, liegt der Ort der Abgabe danach zwar grundsätzlich dort, wo die vom Empfänger mit der Abholung beauftragte Person das Mittel abholt (vgl. Cyran/Rotta aaO § 17 Rn. 70 f.). Bei entsprechenden Gestaltungen ist jedoch jeweils zu prüfen, ob tatsächlich eine dem unmittelbaren Besitz vergleichbare Zugriffsmöglichkeit besteht und ob zudem keine Gestaltung vorliegt, die allein dazu dient, zwingende apothekenrechtliche oder arzneimittelrechtliche Vorschriften zu umgehen (vgl. Cyran/Rotta aaO Rn. 72). Dies ist bei dem im Streitfall zu beurteilenden Geschäftsmodell der Fall; denn die hier hinsichtlich des Erfüllungsorts getroffene Regelung dient ersichtlich allein der Umgehung des deutschen Arzneimittelpreisrechts und damit auch der Vereitelung der mit der dortigen Regelung verfolgten Ziele wie insbesondere der Sicherung der flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln.

16 Der Streitfall lässt sich in dieser Hinsicht - anders als die Revisionserwiderung meint - nicht mit dem Fall vergleichen, der der Senatsentscheidung "Europa-Apotheke Budapest" zugrunde gelegen hat (Urteil vom 12. Januar 2012 - I ZR 211/10, GRUR 2012, 954 = WRP 2012, 1101). Der Senat hat dort lediglich die allein im Blick auf nicht preisgebundene Arzneimittel geltend gemachten Verstöße gegen das Verbringungsverbot des § 73 Abs. 1 Satz 1 AMG und gegen berufsrechtliche Bestimmungen verneint (vgl. BGH, GRUR 2012, 954 Rn. 11 bis 21 und 26 - Europa-Apotheke Budapest). Er hat dabei insbesondere auch festgestellt, dass die von den dortigen Klägerinnen beanstandete Verhaltensweise der Beklagten namentlich nicht den Schutzzwecken widersprach, denen die vermeintlich verletzten Rechtsvorschriften dienten (vgl. BGH, GRUR 2012, 954 Rn. 13 f., 17 f., 20 und 21 - Europa-Apotheke Budapest).

17 4. Die Beurteilung des Landgerichts, dass die weiteren Voraussetzungen für den auf §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 AMG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 AMPreisV gestützten Klageanspruch ebenfalls erfüllt sind, entspricht der Senatsrechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1136 Rn. 16 bis 22 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE) und wird auch von der Revisionserwiderung grundsätzlich nicht angegriffen. Wie der Senat mittlerweile entschieden hat, ist ein Verstoß gegen die Bestimmungen des § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4, § 3 AMPreisV geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, wenn der Wert der für den Bezug eines Arzneimittels gewährten Werbegabe einen Euro übersteigt (BGH, Urteil vom 8. Mai 2013 - I ZR 98/12, GRUR 2013, 1264 Rn. 18 ff., 20 = WRP 2013, 1587 - RezeptBonus).

18 III. Nach allem erweist sich die Klage als begründet. Dementsprechend ist das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts auf die Revision der Klägerin wiederherzustellen.

19 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Schaffert Kirchhoff

Grabinski Löffler

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 23.10.2008 - 31 O 353/08 -
OLG Köln, Entscheidung vom 08.05.2009 - 6 U 213/08 -