

Berichtigt durch Beschluss
vom 4. Oktober 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 60/18

Verkündet am:
6. Juni 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 13. März 2018 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen 97 des Landgerichts Berlin vom 13. Mai 2015 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte betreibt in Berlin eine Apotheke. Er gewährte seinen Kunden im Jahr 2014 zeitweise eine Vergünstigung in Form eines Ein-Euro-Gutscheins, den die Kunden bei einem weiteren Einkauf in der Apotheke des Beklagten gegen andere Waren als apothekenpflichtige Arzneimittel einlösen konnten.
- 2 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

3 Mit ihrer nach erfolgloser Abmahnung erhobenen Klage hat sie beantragt, den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Kunden, die ein Rezept für ein rezeptpflichtiges, preisgebundenes Arzneimittel einlösen, einen Einkaufsgutschein über einen Euro zu gewähren,

wenn dies geschieht wie am 02.04.2014, am 20.06.2014 und am 29.08.2014 gegenüber der Kundin Frau M. P. geschehen

und/oder

wenn dies geschieht wie am 11.11.2014 gegenüber Herrn H. K. geschehen.

4 Die Klägerin hat ferner beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 246,10 € nebst Zinsen zu zahlen.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Berlin, PharmR 2015, 414). Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt (KG, GRUR-RR 2018, 839). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 A. Das Berufungsgericht hat die Klage als unbegründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

7 Das Landgericht habe zu Unrecht einen Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus §§ 8, 3 Abs. 1, § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 Buchst. a HWG, § 78 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4 sowie § 3

AMPreisV bejaht. Zwar sei ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung gegeben, weil der Beklagte bei Abgabe rezeptpflichtiger Arzneimittel dem jeweiligen Verbraucher einen Ein-Euro-Gutschein gewährt habe. Dieser Verstoß sei aber nicht spürbar im Sinne von § 3a Halbsatz 2 UWG (§ 3 Abs. 1 UWG aF) gewesen.

8 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des der Klage stattgebenden Urteils erster Instanz. Der Antrag der Klägerin auf Unterlassung der Gewährung eines Einkaufsgutscheins über einen Euro bei Einlösung eines rezeptpflichtigen, preisgebundenen Arzneimittels ist gemäß §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG begründet. Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung pauschaler Kosten für die Abmahnung des Beklagten in Höhe von 246,10 € zuzüglich Zinsen folgt aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG, §§ 291, 288 BGB.

9 I. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten des Beklagten zum Zeitpunkt seiner Vornahme wettbewerbswidrig war und sich auch noch nach der zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz geltenden Rechtslage als wettbewerbswidrig darstellt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 13 = WRP 2019, 187 - Versandapotheke, mwN). Nach dem beanstandeten Verhalten des Beklagten im Jahr 2014 ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015 S. 2158) mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 novelliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus aber nicht. Der seither geltende § 3a UWG entspricht der bis dahin in § 4 Nr. 11 UWG aF enthaltenen Regelung des Rechtsbruchtatbestands. Das zuvor in § 3 Abs. 1 UWG aF bestimmte Spürbarkeitserfordernis ist nunmehr im Tatbestand

des § 3a UWG unmittelbar enthalten. Die Vorschrift führt die zuvor an unterschiedlichen Stellen im Gesetz geregelten Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestands an einer Stelle zusammen und dient damit allein der einfacheren Rechtsanwendung (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 232/16, GRUR 2018, 438 Rn. 10 = WRP 2018, 420 - Energieausweis, mwN).

10 Für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 55 - Versandapotheke, mwN).

11 II. Das streitgegenständliche Verhalten des Beklagten ist nach §§ 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG wettbewerbswidrig.

12 Bei dem in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG geregelten Verbot handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) (dazu B II 1). Dieses Verbot ist mit der Richtlinie 2005/29/EG und mit der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vereinbar (dazu B II 2). Das im Streitfall gegebene Verhalten weist den für die Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes erforderlichen Produktbezug auf (dazu B II 3) und ist auf Grundlage von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG auf die unzulässige Zuwendung einer Werbegabe gerichtet (dazu B II 4). Die dortigen Preisvorschriften verstoßen, soweit sie sich an im Inland ansässige Apotheken richten, weder gegen die in Art. 34 AEUV geregelte Warenverkehrsfreiheit noch gegen Verfassungsrecht (dazu B II 5). Der Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung ist auch im Sinne von § 3a UWG (§ 3 Abs. 1 UWG aF) geeignet, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (dazu B II 6).

- 13 1. Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG enthaltene Verbot der Gewährung von Werbegaben entgegen den Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) dar.
- 14 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) zu gewähren, es sei denn, es handelt sich um Gegenstände von geringem Wert, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produkts oder beider gekennzeichnet sind, oder um geringwertige Kleinigkeiten. Nach der durch das Dritte Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3108) mit Wirkung vom 13. August 2013 eingeführten Ergänzung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 HWG sind Zuwendungen oder sonstige Werbegaben für Arzneimittel unzulässig, "soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten". Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 AMG ist für vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossene Arzneimittel, soweit sie verschreibungspflichtig sind oder zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden, ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten. Der einheitliche Abgabepreis für solche Arzneimittel wird nach § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG gemäß der Arzneimittelpreisverordnung festgelegt (vgl. § 3 AMPPreisV).
- 15 b) Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben soll durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 27 = WRP 2017, 694 - Freunde werben Freunde; Urteil vom

1. Dezember 2016 - I ZR 143/15, GRUR 2017, 641 Rn. 34 = WRP 2017, 536 - Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, jeweils mwN). Soweit § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 HWG entgegen den Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes (§ 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG) gewährte Werbegaben generell verbietet, soll damit ein ruinöser Preiswettbewerb zwischen den Apotheken verhindert und damit eine flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichergestellt werden (vgl. BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 45 - Versandapotheke). Auch dieses Ziel dient dem Interesse der Verbraucher.

16 2. Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Zuwendungen und sonstigen Werbegaben ist mit den insoweit bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar.

17 a) Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG, die keinen mit den Bestimmungen des § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat (Art. 4 der Richtlinie), steht der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG im Streitfall nicht entgegen. Die sich aus dieser Vorschrift ergebende Beschränkung der Möglichkeit, mit Werbegaben zu werben, stellt, soweit sie die in § 1 Abs. 1 HWG aufgeführten Produkte betrifft, eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 28 - Freunde werben Freunde; GRUR 2017, 641 Rn. 18 - Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln; GRUR 2019, 203 Rn. 17 - Versandapotheke).

18 b) Dem in § 7 HWG enthaltenen grundsätzlichen Verbot der Wertreklame stehen jedenfalls für Arzneimittel, die der Preisbindung unterliegen, auch im

Bereich der Öffentlichkeitswerbung die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG nicht entgegen.

19 aa) Die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung sind mit Blick auf die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG unionsrechtskonform auszulegen. Mit dieser Richtlinie ist die Arzneimittelwerbung vollständig harmonisiert worden (EuGH, Urteil vom 8. November 2007 - C-374/05, Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 Rn. 20 bis 39 - Gintec; BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 31 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet; BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 22 - Versandapotheke). Die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, von der Richtlinie abweichende Bestimmungen zu erlassen, sind dort ausdrücklich aufgeführt (EuGH, GRUR 2008, 267 Rn. 20 - Gintec).

20 bb) Die Richtlinie 2001/83/EG regelt die Verkaufsförderung für Arzneimittel durch Prämien und finanzielle oder materielle Vorteile in ihrem Artikel 94 Abs. 1 allein für Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind. Danach ist es verboten, solchen Personen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, sofern diese nicht von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind. Für die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel findet sich in der Richtlinie keine entsprechende Regelung. Die Richtlinie lässt eine entsprechende nationale Regelung allerdings als Regelung zur Festsetzung der Arzneimittelpreise zu. Nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG berühren die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht die Zuständigkeiten der Behörden der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festsetzung der Arzneimittelpreise und ihrer Einbeziehung in den Anwendungsbereich der innerstaatlichen Krankenversicherungssysteme aufgrund gesundheitlicher, wirtschaftlicher und sozialer Bedingungen.

21 (1) Im Schrifttum wird teilweise die Ansicht vertreten, dass das Verbot der Wertwerbung aus Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG (vormals: Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG) für die Publikumswerbung entsprechend gilt

(vgl. Gröning in Gröning/Mand/Reinhart, Heilmittelwerberecht, August 1998, Art. 9 und 10 der Richtlinie 92/28/EWG Rn. 2) oder die Öffnungsklausel in Art. 94 Abs. 4 der Richtlinie 2001/83/EG, nach der die in den Mitgliedstaaten bestehenden Maßnahmen oder Handelspraktiken hinsichtlich der Preise, Gewinnspannen und Rabatte unberührt bleiben, im Bereich des Arzneimittelpreissetzes auf die Publikumswerbung entsprechend anzuwenden ist (Mand in Gröning/Mand/Reinhart aaO Januar 2015, § 7 Rn. 53; ders. in Prütting, Medizinrecht, 4. Aufl., § 7 HWG Rn. 20; ders., GRUR 2016, 556, 559; Mand/Rektorschek, WRP 2015, 429, 432; Rektorschek, Preisregulierung und Rabattverbote für Arzneimittel, 2011, S. 243 f.). Nach anderer Auffassung ist das Verbot der Wertreklame in der Publikumswerbung für Arzneimittel in § 7 HWG nur insoweit unionsrechtskonform, als die Arzneimittelwerbung entgegen Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG den unzweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln fördert (vgl. Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl., § 7 Rn. 59, 71; Braun, A&R 2019, 33, 34; vgl. auch Reese in Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl., Einl. Rn. 116, § 7 Rn. 213; für den Bereich außerhalb der Arzneimittelpreisbindung Mand in Gröning/Mand/Reinhart aaO § 7 Rn. 53; Mand, GRUR 2016, 556, 559; Mand/Rektorschek, WRP 2015, 429, 432).

22 (2) Die Frage, ob das Verbot von Wertreklame im Bereich der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel gemäß § 7 HWG generell unionsrechtskonform ist, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Ein solches Verbot ist jedenfalls insoweit unionsrechtskonform, als es die Einhaltung der Arzneimittelpreisbindung sichert.

23 Die Mitgliedstaaten müssen die Arzneimittelwerbung nur dann den Anforderungen der Richtlinie 2001/83/EG unterwerfen, wenn ihnen nicht ausdrücklich die Befugnis eingeräumt wird, andere Regelungen zu treffen (EuGH, GRUR 2008, 267 Rn. 20 - Gintec). Eine entsprechende Befugnis enthält für den Bereich der preisgebundenen Arzneimittel die Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 der

Richtlinie 2001/83/EG. Danach berühren die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht die Zuständigkeiten der Behörden der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festsetzung der Arzneimittelpreise. Dementsprechend bleiben nationale Vorschriften zur Preisbindung und - da die Festsetzung dieser Preise sonst unterlaufen werden könnte - zur Einhaltung dieser Preisbindung durch die Richtlinie 2001/83/EG unberührt (OVG Münster, PharmR 2017, 557, 562 [juris Rn. 113]).

24 3. Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist im Streitfall anwendbar. Die in Rede stehende Gewährung eines Ein-Euro-Gutscheins weist den für die Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes erforderlichen Produktbezug auf.

25 a) Das Heilmittelwerbegesetz gilt allein für produktbezogene Werbung, das heißt nur für Produkt- und Absatzwerbung, nicht dagegen für allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt. Für die Frage, ob eine Werbegabe produktbezogen ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht. Auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke kann produktbezogen sein (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 30 - Freunde werben Freunde; GRUR 2019, 203 Rn. 19 - Versandapotheke).

26 b) Nach diesen Maßstäben weist die hier in Rede stehende Werbegabe den erforderlichen Produktbezug auf. Bei der im Streitfall in Rede stehenden Vergünstigung in Form eines Ein-Euro-Gutscheins geht es weder um die Anpreisung der Leistungen der Apotheke des Beklagten noch um eine Zuwendung aus anderen unternehmensbezogenen Gründen. Die in Rede stehenden Werbegaben wurden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Einlösung von Rezepten für verschreibungspflichtige Arzneimittel gewährt und waren damit ohne weiteres produktbezogen.

- 27 4. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass es sich bei dem mit der Rezepteinlösung ausgehändigten Gutschein über einen Euro um eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG unzulässige Werbegabe handelt.
- 28 a) Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nicht nur vor, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem niedrigeren Preis abgibt. Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden vielmehr auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der vorgeschriebene Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1138 Rn. 17 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKE-SCHÖN FÜR SIE, mwN; BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 37 - Freunde werben Freunde; GRUR 2019, 203 Rn. 29 - Versandapotheke).
- 29 b) Danach liegt im Streitfall ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung vor. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gewährte der Beklagte den Gutschein über einen Euro auch bei Einlösung eines Rezepts für verschreibungspflichtige Arzneimittel, für die ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten ist. Der Beklagte gab das preisgebundene Arzneimittel zwar nicht zu einem niedrigeren Preis an den Kunden ab. Er gewährte dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels einen Gutschein über einen Euro, der es für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen ließ, das preisgebundene Arzneimittel beim Beklagten und nicht bei einer anderen Apotheke zu erwerben, die keine entsprechenden Gutscheine ausgibt (vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 37 - Freunde werben Freunde).

30 5. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die in § 7
Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arznei-
mittelgesetzes weder aus unionsrechtlichen Gründen noch aus verfassungs-
rechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam sind.

31 a) Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sa-
che "Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale" stellt eine nationale Regelung,
die vorsieht, dass für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche
Apothekenabgabepreise festgesetzt werden, eine Maßnahme mit gleicher Wir-
kung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV
dar. Die Preisbindung wirke sich auf die Abgabe verschreibungspflichtiger Arz-
neimittel durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken stärker aus als
auf die Abgabe solcher Arzneimittel durch im Inland ansässige Apotheken und
könne den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten dadurch
stärker behindern als für inländische Erzeugnisse (EuGH, Urteil vom
19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 Rn. 26 f. = WRP 2017, 36 -
Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Die Preisbindung könne nicht mit
dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne des Art.
36 AEUV gerechtfertigt werden, weil keine hinreichenden Nachweise dafür vor-
lägen, dass die Festsetzung einheitlicher Apothekenabgabepreise für ver-
schreibungspflichtige Humanarzneimittel die angestrebten Ziele erreichen kön-
ne (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 34 bis 46 - Deutsche Parkinson Vereini-
gung/Zentrale).

32 b) Diese Entscheidung hat jedoch keine unmittelbare Bedeutung für den
Streitfall, da dieser einen rein innerstaatlichen Sachverhalt betrifft, auf den die
Regelungen der Art. 34 bis 36 AEUV nicht anwendbar sind (vgl. EuGH, Urteil
vom 19. Januar 2017 - C-282/15, GRUR Int. 2017, 259 Rn. 38 bis 43 = WRP
2017, 288 - Queisser Pharma; BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 172/16,

GRUR 2017, 1281 Rn. 44 = WRP 2018, 60 - Großhandelszuschläge; BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 34 - Versandapotheke).

33 c) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung führt der Umstand, dass ausländische Versandapotheken in Deutschland keiner Preisbindung unterliegen, zu keiner relevanten Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG.

34 aa) Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt vor, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen sachlichen Grund gibt (vgl. BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 39 - Versandapotheke, mwN). Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt nicht, dass die Regelung für Inländer derjenigen für andere Unionsbürger entsprechen muss, solange die Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht.

35 bb) Mit Blick darauf ergibt sich ein gewichtiger sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung von Apothekern mit Sitz in Deutschland und Apothekern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, soweit sie Kunden in Deutschland im Versandwege mit Arzneimitteln beliefern, bereits aus der Tatsache, dass der nationale Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit beim grenzüberschreitenden Verkauf von Arzneimitteln durch die im Primärrecht der Europäischen Union geregelte Warenverkehrsfreiheit und die dazu ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, nicht dagegen insoweit eingeschränkt ist, als der Vertrieb von Arzneimitteln innerhalb Deutschlands zu regeln ist (vgl. BVerfGK 17, 18, 21 [juris Rn. 16]; BVerwGE 140, 276 Rn. 44; OVG Münster, PharmR 2017, 459, 461 [juris Rn. 18]; vgl. auch Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 477 f.; Albers, JZ 2008, 708, 713 f.). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in der Sache "Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale" zudem angenommen, dass sich die Arzneimittelpreisbindung im Hinblick auf die Besonderheiten des deutschen Marktes auf in Deutschland ansässige Apotheken weniger stark auswirkt als auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken, da diese für einen unmittelbaren Zugang

zum deutschen Markt in besonderem Maße auf den Versandhandel angewiesen sind (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 25 f. - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Dieser Umstand rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung von in Deutschland ansässigen Apotheken einerseits und in anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union ansässigen Apotheken andererseits (OVG Münster, PharmR 2017, 459, 461 [juris Rn. 18]; BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 40 - Versandapotheke).

36 d) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung liegt auch kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor. Der mit den Bestimmungen des § 78 Abs. 1 und 2 AMG einhergehende Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Apotheker (vgl. dazu BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 43 - Versandapotheke, mwN) ist nicht unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber darf Berufsausübungsregelungen treffen, wenn diese durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und die durch sie bewirkte Beschränkung den Betroffenen zumutbar ist (BVerfG, NVwZ 2009, 905, 907 [juris Rn. 22] mwN).

37 aa) Die gesetzlichen Regelungen über die Preisbindung dienen vernünftigen Gründen des Gemeinwohls (vgl. OVG Münster, PharmR 2017, 557, 561 f. [juris Rn. 83 bis 111]). Zweck des festgelegten, einheitlichen und verbindlichen Apothekenabgabepreises an die Endverbraucher ist die Sicherstellung der im öffentlichen Interesse gebotenen flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes, BT-Drucks. 11/5373, S. 27). Der einheitliche Apothekenabgabepreis soll auf der Handelsstufe der Apotheken im Blick auf deren Beratungsfunktion einen Preiswettbewerb ausschließen oder jedenfalls vermindern. Insbesondere in unattraktiven Lagen sollen sich Apotheken keinen ruinösen Preiskampf liefern. Dadurch soll im öffentlichen Interesse die gebotene flächendeckende und gleichmäßige

Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichergestellt werden. Zudem soll die Regelung dazu dienen, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung abzusichern (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012 - GmS-OGB 1/10, BGHZ 194, 354 Rn. 25).

38 bb) Bei der Einschätzung, ob eine gesetzliche Bestimmung zur Erreichung ihres Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist, kommt dem Gesetzgeber, soweit er Regelungen mit Auswirkungen auf die Berufsfreiheit, insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung, trifft, ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Ein Mittel ist danach in diesem Bereich bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinn geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreicht (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 119, 59, 84 [juris Rn. 86]; 134, 204 Rn. 79; BVerfG, NJW 2018, 2109 Rn. 37, jeweils mwN). In Bezug auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele ist der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum erst dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 13, 97, 107 [juris Rn. 23]; 77, 84, 106 [juris Rn. 75]; 117, 163, 189 [juris Rn. 65]; 121, 317, 354 [juris Rn. 103]; BVerfG, NVwZ-RR 2013, 985, 986 [juris Rn. 24]; BGH, Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 167/14, GRUR 2016, 836 Rn. 30 = WRP 2016, 985 - Abschlagspflicht II; BVerwGE 149, 265 Rn. 42; vgl. auch OVG Münster, PharmR 2017, 557, 561 [juris Rn. 89]).

39 cc) Nach diesen Maßstäben ist es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die Arzneimittelpreisregulierung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist (vgl. BVerfG, NJW 2016, 1436 Rn. 16 und 24; BVerfG, Beschluss vom 2. Februar 2017 - 2 BvR 787/16, juris Rn. 31, jeweils mwN; vgl. weiter auch OVG Münster, PharmR 2017, 557, 561

[juris Rn. 89 bis 102]). Die geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln stellt die vorrangige Aufgabe des Apothekers dar, hinter der das Streben nach Gewinn zurückzutreten hat (vgl. BVerfGE 17, 232, 238 bis 240 [juris Rn. 32 bis 36, 53, 96 und 98]).

40 dd) Die Revisionserwiderung meint weiterhin, der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit sei angesichts des vom Gerichtshof der Europäischen Union in der Sache "Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale" angenommenen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV insbesondere in Fällen der vorliegenden Art nicht mehr gerechtfertigt, in denen als Vergünstigung nur ein Euro gewährt werde. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit sei unverhältnismäßig, wenn ausländische Marktteilnehmer uneingeschränkt Vorteile gewähren könnten, inländische Marktteilnehmer dagegen nicht einmal geringwertige Kleinigkeiten abgeben dürften. Auch damit hat die Revisionserwiderung keinen Erfolg. Der vom Gerichtshof der Europäischen Union gesehene Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit führt nicht zur materiellen Verfassungswidrigkeit der Preisbindungsvorschriften (BVerfG, NJW 2016, 1436 Rn. 16). Ebenso wenig rechtfertigen denkbare tatsächliche Konsequenzen der Entscheidung am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts eine abweichende Beurteilung durch das Revisionsgericht.

41 Eine ursprünglich verfassungsgemäße Norm kann allerdings durch die Änderung der Verhältnisse verfassungswidrig werden (vgl. BVerfGE 39, 169, 185 f. [juris Rn. 72]; 66, 214, 222 und 224 bis 226 [juris Rn. 21 und 27 bis 33]). Unter Berücksichtigung des weiten gesetzgeberischen Ermessens ist die Verhältnismäßigkeit der Preisvorschriften jedoch erst dann in Frage gestellt, wenn der Gesetzeszweck infolge des Umfangs der Tätigkeit ausländischer Versandapotheken im Bereich der preisgebundenen Arzneimittel nicht mehr allgemein erreicht werden kann oder die gesetzliche Regelung angesichts des Konkurrenzdrucks aus dem europäischen Ausland nicht mehr zumutbar ist (vgl. Gun-

del, DVBl 2007, 269, 277 mwN; vgl. auch - zum Meisterzwang - BVerfG, WRP 2006, 463, 465 f. [juris Rn. 21 f.]). Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass der Wettbewerbsdruck, der von den insoweit privilegierten Versandapotheken ausgeht, die von anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aus Arzneimittel nach Deutschland liefern, die Beschränkungen für die inländischen Apotheken so schwerwiegend werden lässt, dass sie mit den gesetzgeberischen Regelungszielen nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 49 - Versandapotheke; Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 192).

42 Danach führt der Umstand, dass die nur noch für einen Teil der Adressaten, für die sie bestimmt war, geltende nationale Regelung die verbliebenen Adressaten härter trifft, weil ihre im Anwendungsbereich des Unionsrechts agierenden Mitbewerber der Regelung nicht unterworfen sind, für sich genommen nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Preisvorschriften. Der Gesetzgeber hat mit der Ergänzung des § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG durch das Gesetz zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV vom 4. Mai 2017 (BGBl. I S. 1050, 1055 - AMVSG) um einen Halbsatz 2 zum Ausdruck gebracht, dass der mit der Preisbindung für bestimmte Arzneimittel verfolgte Zweck der Sicherstellung der Versorgung der Arzneimittelverbraucher auch nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache "Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale" fortbesteht (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des AMSVG, BT-Drucks. 18/10208, S. 41). Eine für die verfassungsrechtliche Beurteilung relevante Änderung der Verhältnisse setzte voraus, dass Versandapotheken verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem inländischen Markt ohne Rücksicht auf die Preisbindung tatsächlich in einem Umfang veräußerten, dass eine ernsthafte Existenzbedrohung inländischer Präsenzapotheken eintreten würde und das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr gewährleistet wäre (BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 50 - Versandapotheke; Hammerl aaO S. 192). Davon, dass eine solche Verände-

rung der tatsächlichen Verhältnisse bereits eingetreten ist, geht auch die Revisionserwiderung nicht aus.

43 6. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das beanstandete Verhalten des Beklagten auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern spürbar im Sinne von § 3a UWG (§ 3 Abs. 1 UWG aF) zu beeinträchtigen.

44 a) Das Berufungsgericht hat seine Annahme der fehlenden Spürbarkeit darauf gestützt, dass die Zuwendung des Ein-Euro-Gutscheins eine geringfügige Kleinigkeit sei, von der nur eine sehr geringe Anlockwirkung ausgehe. Mangels Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des verständigen Durchschnittsverbrauchers würden die Interessen von Marktteilnehmern nicht spürbar beeinträchtigt. Die zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in der bis 12. August 2013 geltenden Fassung ergangene Rechtsprechung, nach der die heilmittelwerbende Geringfügigkeitsschranke auch auf einen arzneimittelpreisrechtlichen Verstoß gegen § 78 Abs. 2 AMG zu übertragen sei, gelte trotz der inzwischen erfolgten Gesetzesänderung fort. Bei geringwertigen Zuwendungen von höchstens einem Euro bestehe weiterhin keine Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers noch eines ruinösen Wettbewerbs zwischen den Apotheken.

45 b) Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht unterscheidet schon im Ausgangspunkt seiner rechtlichen Beurteilung nicht genügend zwischen der Eignung des beanstandeten Verhaltens, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern spürbar im Sinne von § 3a UWG zu beeinträchtigen, und einer tatsächlichen Beeinträchtigung dieser Interessen (dazu B II 6 b aa). Es berücksichtigt außerdem nicht hinreichend den Gesetzeszweck des Heilmittelwerberechts sowie der Arzneimittelpreisbindung und die daraus folgende Annahme der Eignung zur Spürbarkeit auch bei Verletzung der Werbeverbote nach § 7

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG (dazu B II 6 b bb). Mit Blick darauf tragen die Feststellungen des Berufungsgerichts das Fehlen einer Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Marktteilnehmer nicht (dazu B II 6 b cc).

46 aa) Das Berufungsgericht ist bei seiner Beurteilung im rechtlichen Ansatzpunkt zutreffend davon ausgegangen, dass das beanstandete Verhalten des Beklagten geeignet sein muss, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Soweit es im Weiteren angenommen hat, von einer zugewendeten geringwertigen Kleinigkeit gehe für den Verbraucher zumal bei Zuwendungen wie der im Streitfall nur eine sehr geringe Anlockwirkung aus, hat es aber unberücksichtigt gelassen, dass auch eine geringe Anlockwirkung je nach dem in Rede stehenden lauterkeitsrechtlich geschützten Interesse der betroffenen Marktteilnehmer zu deren spürbarer Beeinträchtigung geeignet sein kann. Ebenso wenig kommt es für die Frage der Spürbarkeit einer Wertreklame entgegen den Preisbindungsvorschriften darauf an, ob im Einzelfall wegen der Höhe des gewährten Vorteils die Gefahr eines "ruinösen" Wettbewerbs zwischen den Apotheken besteht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Wertwerbung geeignet ist, die Interessen der Verbraucher und der Apotheken als Mitbewerber spürbar zu beeinflussen.

47 bb) Die Frage, ob eine Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung besteht, ist nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Marktverhaltensregelung zu beurteilen (zum Gesundheitsschutz vgl. BGH, Urteil vom 29. März 2018 - I ZR 243/14, GRUR 2018, 745 Rn. 13 = WRP 2018, 822 - Bio-Gewürze II; Urteil vom 31. Oktober 2018 - I ZR 235/16, GRUR 2019, 97 Rn. 11 = WRP 2019, 58 - Apothekenmuster). Bei dieser Beurteilung sind diejenigen Zwecke zu berücksichtigen, die die Einordnung der Vorschrift als Marktverhaltensregelung rechtfertigen, weil sie die Interessen der Marktteilnehmer betreffen.

48 Die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG soll durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (vgl. oben unter B II 1). Weiterhin sind die Zwecke der Vorschriften über die Arzneimittelpreisbindung zu berücksichtigen (vgl. dazu GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 25). Das heilmittelwerberechtliche Verbot der Werbung mit Leistungen, die gegen die Arzneimittelpreisbindung verstoßen, soll insbesondere sicherstellen, dass die Vorschriften der Arzneimittelpreisverordnung eingehalten werden und die Apotheken diejenigen Handelszuschläge erhalten, die ihnen danach zustehen (vgl. Begründung des Entwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung, BT-Drucks. 16/194 S. 11). Dagegen kommt den fiskalisch und sozialpolitisch motivierten weiteren Zwecksetzungen, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung abzusichern, im Rahmen des § 3a UWG und damit auch bei der Beurteilung der Frage, ob eine spürbare Interessenbeeinträchtigung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, keine Bedeutung zu.

49 cc) Vor diesem Hintergrund ist eine spürbare Interessenbeeinträchtigung im Sinne von § 3a UWG, § 3 UWG aF auch schon bei der Gewährung eines Ein-Euro-Gutscheins bei der Einlösung eines Rezepts für ein Arzneimittel zu bejahen.

50 (1) Die Werbung entgegen den Preisbindungsvorschriften führt nach der vom Gesetzgeber vorgenommenen Beurteilung des Sachverhalts zu einem Preiswettbewerb zwischen den Apotheken. Der Gesetzgeber ist bei der mit Wirkung vom 13. August 2013 vorgenommenen Änderung des Heilmittelwerbegesetzes davon ausgegangen, dass jede gesetzlich verbotene Abweichung vom Apothekenabgabepreis für verschreibungspflichtige Arzneimittel geeignet

ist, einen unerwünschten Preiswettbewerb zwischen den Apotheken auszulösen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, PharmR 2018, 611, 616 [juris Rn. 40]). Für eine betragsmäßige Spürbarkeitsschwelle beim Erwerb preisgebundener Arzneimittel ist damit kein Raum mehr (vgl. OLG Frankfurt, WRP 2015, 759, 760 [juris Rn. 10]; OLG Hamm, Urteil vom 11. Juni 2015 - 4 U 12/15, juris Rn. 74; OLG München, GRUR-RR 2017, 451, 455 [juris Rn. 73 f.]; OVG Lüneburg, PharmR 2017, 459, 462 [juris Rn. 22]; OVG Münster, PharmR 2017, 557, 563 [juris Rn. 127]; Reese in Doepner/Reese aaO § 7 Rn. 123; Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 56 f.; aA Dietel, PharmR 2013, 449, 451 f.). Die eindeutige gesetzliche Regelung, nach der jede Gewährung einer Zuwendung oder sonstigen Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, die gegen die Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes verstößt, unzulässig ist, darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein solcher Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG als nicht spürbar eingestuft und damit als nicht wettbewerbswidrig angesehen wird.

51 (2) Nach der Fassung, in der die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG bis zum 12. August 2013 gegolten hat, war es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) zu gewähren, es sei denn, es handelte sich um geringwertige Kleinigkeiten. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung wurde diese Schwelle von der Rechtsprechung ungeachtet der unterschiedlichen Zielrichtungen des Arzneimittelpreisrechts einerseits und des Heilmittelwerberechts andererseits auf das Arzneimittelpreisrecht übertragen. Auch arzneimittelpreisrechtlich lag daher in den Fällen, in denen es sich bei Zuwendungen und sonstigen Werbegaben ihrem Wert nach um geringwertige Kleinigkeiten handelte, ein Verstoß vor, der nicht geeignet war, den Wettbewerb oder die Interessen von Marktteilnehmern in relevanter Weise zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 98/08, GRUR 2010, 1133 Rn. 21 = WRP 2010, 1471 - Bonuspunkte; BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 24 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE; BGH, Urteil vom 8. Mai

2013 - I ZR 98/12, GRUR 2013, 1264 Rn. 19 f. = WRP 2013, 1587 - RezeptBonus).

52 (3) Der Gesetzgeber hat unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 17/13770, S. 21) den zuvor gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG nur für Barrabatte geltenden Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Arzneimittelpreisrecht durch das Dritte Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3108) mit Wirkung vom 13. August 2013 ausdrücklich auf Zuwendungen im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG erstreckt. Nach der Begründung dieses Gesetzes sollten auch Werbegaben in Form von geringwertigen Kleinigkeiten unzulässig sein (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 17/13770, S. 21). Der Verstoß gegen aufgrund des Arzneimittelrechts geltende Preisvorschriften führe auch bei nicht mit Barrabatten, sondern mit Zugaben oder Werbegaben in Form von geringwertigen Kleinigkeiten betriebenen Rabattaktionen für Arzneimittel zur Unzulässigkeit der Werbegabe. Eine Unterscheidung zwischen der Bewertung von Barrabatten und zu einem späteren Zeitpunkt einlösbaren geldwerten Rabatten sei sachlich nicht gerechtfertigt. Der Verbraucher solle in keinem Fall durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben unsachlich beeinflusst werden.

53 (4) Der Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber nicht zugleich Änderungen im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruchtatbestandes (§ 3a UWG; § 4 Nr. 11 UWG aF) vorgenommen hat und der Wortlaut der Gesetzesänderung keinen hinreichenden Anhalt für wettbewerbsrechtliche Motive bietet, rechtfertigt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine abweichende Beurteilung.

54 Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass die Richtlinie 2005/29/EG den Bereich der Gesundheit nicht abschließend regelt und der

nationale Gesetzgeber daher insoweit eine eigene Wertung der lauterkeitsrechtlichen Spürbarkeit vornehmen kann. Das Erfordernis einer spürbaren Interessenverletzung aus § 3a UWG beruht nicht auf der unionsrechtlichen Vorgabe, dass eine Geschäftspraxis nur dann unlauter und zu verbieten ist, wenn sie das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen geeignet ist, weil sie seine Fähigkeit, eine informierte eigenständige Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt (vgl. Art. 2 Buchst. e, Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2005/29/EG). Die Spürbarkeitsschwelle des § 3a UWG beruht nicht auf Unionsrecht, soweit die dortige Regelung außerhalb des Unionsrechts steht, was bei den im Heilmittelwerbegesetz und im Arzneimittelgesetz enthaltenen Regelungen der Fall ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 3a Rn. 1.25 mwN). Die Spürbarkeitsschwelle des § 3a UWG ist zwar bei einer Verletzung von Informationspflichten, die sowohl den Tatbestand des auf Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG beruhenden § 5a Abs. 2 bis 6 UWG als auch den Tatbestand des § 3a UWG erfüllen, unionsrechtskonform auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 2018 - I ZR 73/17, GRUR 2019, 82 Rn. 30 f. = WRP 2019, 68 - Jogginghosen). Im Streitfall geht es aber nicht um die Verletzung einer Informationspflicht.

55 Die Gesetzgebungsgeschichte verdeutlicht aber - auch durch ihre Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, eine sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidung zwischen der Bewertung von Barrabatten und zu einem späteren Zeitpunkt einlösbaren geldwerten Rabatten aufzuheben. Mit der Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG wird erkennbar das Ziel verfolgt, die strikte Durchsetzung des Arzneimittelpreisrechts bei geldgleichen Zuwendungen auch über das Lauterkeitsrecht sicherzustellen (vgl. auch Mand, A&R 2018, 91, 92).

(5) Der rechtlichen Nachprüfung hält auch nicht die Annahme des Berufungsgerichts stand, die lauterkeitsrechtsrechtliche Verfolgung von geringfügigen Verstößen gegen das Arzneimittelpreisrecht stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG dar. Für die Rechtfertigung einer Regelung über die Berufsausübung genügt jedes Allgemeinwohlinteresse (vgl. oben unter B II 5 d bb). Anhaltspunkte dafür, dass die gesetzgeberischen Ziele nicht erreicht werden können oder das Verbot der Werbung mit geringwertigen Kleinigkeiten im Bereich preisgebundener Arzneimittel außer Verhältnis zur Verhinderung eines Preiswettbewerbs auf diesem Gebiet und der beabsichtigten gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln stehen, sind nicht ersichtlich. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf abstellt, die wettbewerblichen Möglichkeiten der Apotheker im Konkurrenzkampf untereinander seien ohnehin sehr begrenzt, so dass dem Apotheker die Möglichkeit von Zuwendungen und Werbegaben nicht genommen werden müsse, verkennt es, dass diese Begrenzung nur für preisgebundene Arzneimittel gilt. Außerdem setzt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang seine Bewertung des Sachverhalts an die des Gesetzgebers. Dieser wollte gerade eine Gleichstellung der Barrabatte mit gleichwertigen Zuwendungen bei den preisgebundenen Arzneimitteln erreichen.

57 (6) Bei der Prüfung der Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung können daher allein Gesichtspunkte Bedeutung erlangen, die sich nicht auf die Höhe der Zuwendung für die Einlösung von Rezepten beziehen. Ein Abstellen auf die finanzielle Geringfügigkeit ist ausgeschlossen, nachdem die Preisbindung aus § 78 AMG nach dem Willen des Gesetzgebers strikt einzuhalten ist.

58 Danach fehlt es an besonderen Gesichtspunkten, die eine Annahme der Spürbarkeit hindern. Die vom Berufungsgericht angeführten Gründe gegen eine Spürbarkeit der Beeinträchtigung beziehen sich weitgehend auf die aus seiner Sicht nicht relevante Höhe der Zuwendung und eine daraus folgende "geringe

Anlockwirkung". Soweit das Berufungsgericht den Gutschein über einen Euro in seiner konkreten Ausgestaltung im Streitfall für weniger attraktiv hält, rechtfertigt auch dies keine abweichende Beurteilung. Der Umstand, dass der gewährte Rabatt nicht sogleich beim Erwerb des verschreibungspflichtigen Medikaments angerechnet, sondern erst bei einem nachfolgenden Geschäft und auch nur beschränkt auf Produkte berücksichtigt wird, die weder apothekenpflichtig noch verschreibungspflichtig sind, lässt die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung nicht entfallen. Die damit möglicherweise fehlende besondere Attraktivität des in zweifacher Hinsicht beschränkten Angebots ändert nichts daran, dass der Erhalt des Gutscheins beim Erwerb rezeptpflichtiger Medikamente zumindest Teile der angesprochenen Verkehrskreise zum Besuch der Apotheke motivieren kann. Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass sich angesichts des bekannten breiten Angebots von in Apotheken frei verkäuflichen Produkten darunter nicht wenige befinden, die jeder Verbraucher im Alltag gebrauchen kann (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 19 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE). Dass dies bei der Apotheke des Beklagten anders wäre, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

59 C. Danach ist das klagabweisende Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

60 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.05.2015 - 97 O 12/15 -

KG Berlin, Entscheidung vom 13.03.2018 - 5 U 97/15 -



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 60/18

vom

4. Oktober 2019

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Odörfer

beschlossen:

Das Urteil des Senats vom 6. Juni 2019 wird in Randnummer 5 Zeilen 2 f. dahin berichtigt, dass es statt "(KG, GRUR-RR 2018, 839)" richtig heißt "(KG, GRUR-RR 2018, 308 = WRP 2018, 839)".

Koch

Schaffert

Löffler

Schwonke

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.05.2015 - 97 O 12/15 -

KG Berlin, Entscheidung vom 13.03.2018 - 5 U 97/15 -