



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 237/16

Verkündet am:
29. November 2018
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Versandapotheke

UWG § 3a; RL 2001/83/EG Art. 86 und 89; HWG §§ 1 und 7; AMG § 78 Abs. 2; AEUV Art. 34 und 36; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1

- a) Den Art. 86 und 89 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel ist nicht zu entnehmen, dass allein die Werbung für einzelne Heilmittel verboten sein kann, die Werbung für lediglich ihrer Art nach bestimmte Arzneimittel oder das gesamte Warensortiment dagegen erlaubt ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more; Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 31 bis 34 = WRP 2017, 694 - Freunde werben Freunde).
- b) Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes sind bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ohne grenzüberschreitenden Bezug auch nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale (Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 = WRP 2017, 36) weder aus unionsrechtlichen noch aus verfassungsrechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam.

BGH, Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2018 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 des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 7. Oktober 2016 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen aufgehoben, soweit der Klage mit dem Zahlungsantrag stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil der 14. Zivilkammer (2. Kammer für Handelssachen) des Landgerichts Osnabrück vom 16. Februar 2016 auf die Berufung des Beklagten unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin teilweise abgeändert.

Die Klage mit dem Zahlungsantrag wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte betreibt über das Internetportal "a. " eine bundesweit tätige Versandapotheke. Er warb am 3. Februar 2015 auf seiner Internetseite wie aus dem nachfolgend eingeblendeten Bildschirmausdruck gemäß Anlage

K 2 ersichtlich damit, seinen Kunden für jeden von diesen neu geworbenen Kunden eine Prämie in Höhe von 10 € zu zahlen.



2 Die Klägerin ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk Nordrhein. Sie hält diese Werbung für unzulässig, soweit sie sich auf preisgebundene Arzneimittel bezieht.

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

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für eine neue Kundenwerbung dem werbenden Kunden eine Prämie von 10 € zu gewähren, sofern der geworbene Kunde ausschließlich preisgebundene Arzneimittel erwirbt, oder hierfür zu werben oder werben zu lassen, insbesondere wenn dies erfolgt wie in Anlage K 2.

4 Außerdem hat die Klägerin vom Beklagten nach einem Gegenstandwert von 100.000 € berechnete Abmahnkosten in Höhe von 2.348,94 € nebst Zinsen erstattet verlangt.

5 Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag entsprochen. Den Antrag auf Erstattung der Abmahnkosten hat es unter Zugrundelegung eines Gegenstandswerts von 20.000 € als in Höhe von 593,93 € begründet angesehen und ihn im Übrigen abgewiesen.

6 Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten gegen seine Verurteilung eingelegte Berufung zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung der Klägerin der Zahlungsklage in voller Höhe stattgegeben.

7 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 A. Das Berufungsgericht hat die Klage als im vollen Umfang begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

9 Die Prämienauslobung des Beklagten verstoße gegen § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HWG. Der Kunde erhalte nach ihr eine Prämie in Höhe von 10 € für die Werbung eines Neukunden unabhängig davon, ob dieser preisgebundene oder apothekenpflichtige Arzneimittel bestelle. Die Werbung stelle damit bei Würdigung ihrer Gesamtwirkung einen gemäß § 7 HWG unzulässigen Zusammenhang zwischen der Bestellung von Arzneimitteln und dem Erhalt der Prämie her. Die im Falle der Zuwendung eines bestimmten Geldbetrags geltende Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 1 Buchst. a HWG sei hier nicht einschlägig, weil der Beklagte in der beanstandeten Werbung entgegen § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 HWG eine Prämie auch für den Fall verspreche, dass der Neukunde gemäß § 78

Abs. 2 und 3 AMG preisgebundene Arzneimittel bestelle. Die Prämien-gewäh-rung an den Werber unterlaufe die Preisbindung, sofern dieser oder der gewor-bene Neukunde ein preisgebundenes Arzneimittel erwerbe.

10 Die Klägerin könne für ihre danach berechnete Abmahnung ihre Aufwen-dungen in der von ihr beantragten Höhe ersetzt verlangen. Der von ihr ange-nommene Gegenstandswert von 100.000 € erscheine angesichts der wirtschaft-lichen Bedeutung der Sache angemessen.

11 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Beklagten ist nur insoweit begründet, als sie sich gegen die Stattgabe der Klage mit dem Zah-lungsantrag richtet. Der Klägerin steht der gegen den Beklagten geltend ge-machte Unterlassungsanspruch zu (dazu unter B I), nicht dagegen der auch erhobene Zahlungsanspruch (dazu unter B II).

12 I. Der Antrag der Klägerin auf Unterlassung des Versprechens einer Prämie in Höhe von 10 € für jeden neu geworbenen Kunden ist gemäß §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HWG, § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG begründet.

13 1. 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 22. März 2018 - I ZR 25/17, GRUR 2018, 1063 Rn. 9 = WRP 2018, 1193 - Zahlungsauffor-derung; Urteil vom 26. Juli 2018 - I ZR 64/17, GRUR 2018, 1044 Rn. 37 = WRP 2018, 1202 - Dead Island, jeweils mwN). Nach der beanstandeten Verhaltensweise des Beklagten im Februar 2015 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 no-

velliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus jedoch nicht. Der seither geltende § 3a UWG entspricht der bis dahin in § 4 Nr. 11 UWG aF enthaltenen gewesenen 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).

14 2. Die streitgegenständliche Werbung ist nach §§ 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG wettbewerbswidrig.

15 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, wenn keine der in den Nummern 1 bis 5 dieser Vorschrift geregelten Ausnahmen vorliegt. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG gilt dieses Verbot bei der Werbung für Arzneimittel im Sinne des § 2 AMG.

16 b) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG aF darstellt. Die Regelung soll durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklamme 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 (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). Ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist regelmä-

ßig geeignet, die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009, 1082 Rn. 22 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more; vgl. auch - zur Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher - BGH, Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 29 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN).

- 17 Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen mit den Bestimmungen der § 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, mwN).
- 18 c) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG im Streitfall anwendbar ist, weil die hier in Rede stehende Werbung des Beklagten den für die Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes erforderlichen Produktbezug aufweist.
- 19 aa) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass das Heilmittelwerbegesetz allein für produktbezogene Werbung gilt, 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 Werbung produktbezogen ist oder nicht,

kommt es maßgeblich darauf an, ob nach ihrem Gesamterscheinungsbild die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 30 - Freunde werben Freunde; GRUR 2017, 641 Rn. 37 - Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, mwN).

20 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, nach diesen Maßstäben handele es sich bei der hier in Rede stehenden Werbung um produktbezogene Werbung. Die Werbung betreffe das gesamte Sortiment des Beklagten, weil die versprochene Zuwendung an die Voraussetzung geknüpft sei, dass ein neuer Kunde ein vom Beklagten angebotenes Produkt erwerbe. Die Werbung sei daher keine allgemeine Firmenwerbung, sondern eine Maßnahme zur Förderung des Absatzes der vom Beklagten vertriebenen Produkte. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

21 (1) Die Revision macht geltend, eine Werbung, die sich - wie die im Streitfall in Rede stehende - auf das gesamte Sortiment einer Apotheke beziehe, sei nicht produktbezogen. Die Bestimmung des § 1 HWG sei im Hinblick auf die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel dahin auszulegen, dass die Werbung für Arzneimittelgruppen oder für das gesamte Warensortiment einer Apotheke keine produktbezogene Werbung darstelle. Nach den Art. 86 und 89 der Richtlinie 2001/83/EG sei allein die Werbung für ein einzelnes Produkt untersagt, das klar als Arzneimittel dargestellt werde; erlaube dagegen die Werbung für eine Arzneimittelgruppe oder das gesamte Warensortiment. Eine produktgruppen- oder sortimentsbezogene Werbung begründe nicht die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung; sie lenke das Augenmerk nur allgemein auf die werbende Apotheke. Der Kunde werde damit allenfalls in der Wahl der Apotheke beeinflusst, nicht aber in der Wahl eines bestimmten Arzneimittels. Damit hat die Revision keinen Erfolg.

22 (2) Die Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung sind allerdings im Hinblick 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, mwN). Den von der Revision für ihren Standpunkt herangezogenen Regelungen der Art. 86 und 89 der Richtlinie 2001/83/EG ist jedoch nicht zu entnehmen, dass allein die Werbung für ein einzelnes Produkt verboten, die Werbung für lediglich ihrer Art nach bestimmte Arzneimittel oder das gesamte Warensortiment dagegen erlaubt ist.

23 Nach der Bestimmung des Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG gelten als "Werbung für Arzneimittel" alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Sofern eine Werbebotschaft dieses Ziel hat, handelt es sich um Werbung im Sinne der Richtlinie (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - C-316/09, Slg. 2011, I-3249 = GRUR 2011, 1160 Rn. 32 - MSD Sharp & Dohme). Der Begriff der "Werbung für Arzneimittel" umfasst nach dem ersten Spiegelstrich des Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG insbesondere die - hier in Rede stehende - Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel. Nach Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83/EG verbieten die Mitgliedstaaten die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die gemäß Titel VI dieser Richtlinie (Art. 70 bis 75) nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Nach der Bestimmung des Art. 89 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG muss unbeschadet des Art. 88 dieser Richtlinie jede Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel so gestaltet sein, dass der Werbecharakter der Mitteilung deutlich zum Ausdruck kommt und das Produkt klar als Arzneimittel dargestellt wird (Buchst. a), und mindestens die in Buchst. b dieser Bestimmung aufgeführten Angaben enthalten.

24 Diese Regelungen lassen nicht erkennen, dass sie nur die Werbung für einzelne Arzneimittel erfassen. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Umstand, dass Art. 89 der Richtlinie 2001/83/EG von "Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel" spricht; denn dort ist lediglich bestimmt, welche näheren Angaben bei einer auf ein bestimmtes Arzneimittel bezogenen Werbung zu diesem Mittel zu machen sind. In den übrigen Regelungen ist von "Werbung für Arzneimittel" und "Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel" die Rede. Die Verwendung der Wortfolge "für ein Arzneimittel" in Art. 89 der Richtlinie 2001/83/EG dient allein der Unterscheidung von einer Werbung für andere Produkte.

25 (3) Auch im Hinblick auf den wesentlichen Zweck der Regelung des § 7 HWG, durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen ausgehen kann (vgl. oben Rn. 16), gibt es keinen überzeugenden Grund, den vom Gesetzgeber in der Heilmittelwerbung als grundsätzlich unerwünscht angesehenen Anreiz einer Werteklame gerade dann hinzunehmen, wenn diese Form der Klame für eine besonders große Zahl von Heilmitteln eingesetzt wird. Die Eignung einer Zuwendung, den Absatz eines Heilmittels durch einen unsachlichen Einfluss auf den Kunden zu steigern, hängt nicht davon ab, ob die Zuwendung allein für genau benannte Arzneimittel, eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl von Arzneimitteln oder sogar für das gesamte Sortiment angekündigt und gewährt wird (BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 - DeguSmiles & more; GRUR 2017, 635 Rn. 31 bis 34 - Freunde werben Freunde; Doepner in Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 78, jeweils mwN; aA Reese in Doepner/Reese aaO § 7 Rn. 34 mwN).

26 d) Die Revision macht weiterhin ohne Erfolg geltend, bei der vom Beklagten für die Werbung eines Neukunden versprochenen Prämie in Höhe von 10 €

handele es sich um eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG zulässige Zuwendung eines bestimmten Geldbetrags.

27 aa) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG sind Zuwendungen oder Werbegaben zulässig, die in einem bestimmten oder auf eine bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden, sofern sie nicht für Arzneimittel entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Dies ist hier der Fall.

28 bb) Nach § 78 Abs. 2 AMG ist für vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossene Arzneimittel ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten (Satz 2), außer es handelt sich um Arzneimittel, die nicht verschreibungspflichtig sind und auch nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden (Satz 3). Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen Arzneimittel, die nicht gemäß § 44 AMG oder der nach § 45 Abs. 1 AMG erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, grundsätzlich nur in Apotheken berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch in den Verkehr gebracht werden. Nach § 44 Abs. 1 AMG sind Arzneimittel, die von dem pharmazeutischen Unternehmer ausschließlich zu anderen Zwecken als zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden zu dienen bestimmt sind, für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben; das gilt nach § 44 Abs. 3 Nr. 1 AMG nicht für Arzneimittel, die nur auf ärztliche, zahnärztliche oder tierärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Danach sind verschreibungspflichtige Arzneimittel stets apothekenpflichtig und ist für sie stets auch ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten. Dasselbe gilt für zwar nicht verschreibungspflichtige, aber apothekenpflichtige Arzneimittel, sofern sie zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden.

29 cc) Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nicht nur vor, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem niedri-

geren 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).

30 dd) Nach diesen Maßstäben liegt im Streitfall ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung vor. Nach der beanstandeten Werbung des Beklagten wird die Prämie in Höhe von 10 € ohne Einschränkung für jede Werbung eines neuen Kunden und damit auch dann gewährt, wenn der neue Kunde beim Beklagten ausschließlich Arzneimittel erwirbt, für die ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten ist. In einem solchen Fall verstößt die Gewährung der Prämie gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung. Der Beklagte gibt das preisgebundene Arzneimittel dann zwar nicht zu einem niedrigeren Preis an den neuen Kunden ab, gewährt diesem aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels einen Vorteil, der den Erwerb des Mittels für den neuen Kunden wirtschaftlich günstiger erscheinen lässt. Der Vorteil besteht darin, dass der neue Kunde dem Werbenden durch den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels die ausgelobte Werbeprämie verschafft; dies lässt es für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen, das preisgebundene Arzneimittel beim Beklagten und nicht bei einer anderen Apotheke zu erwerben, die keine entsprechende Werbeprämie gewährt (vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 37 - Freunde werben Freunde).

31 3. Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes sind auch nicht aus unions- oder verfassungsrechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam. Die Revision rügt

ohne Erfolg, die in § 78 Abs. 2 AMG enthaltene Regelung könne nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale (Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 = WRP 2017, 36) keine Geltung mehr beanspruchen. Diese Entscheidung hat keine direkte Bedeutung für den Streitfall, da dieser einen rein innerstaatlichen Sachverhalt betrifft (dazu unter B I 3 a). Der Umstand, dass ausländische Versandapotheken der Preisbindung nicht unterliegen, führt auch zu keiner relevanten Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG (dazu unter B I 3 b). Ebenso wenig kann auf der Grundlage der bei der revisionsrechtlichen Prüfung zu berücksichtigenden Tatsachen angenommen werden, dass die mit dem einheitlichen Apothekenabgabepreis verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit nicht (mehr) gerechtfertigt sein könnte (dazu unter B I 3 c).

32 a) Das nach dem Erlass des Berufungsurteils ergangene Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale hat keine unmittelbare Auswirkung auf den einen rein innerstaatlichen Sachverhalt betreffenden Streitfall.

33 aa) Nach dieser Entscheidung des Gerichtshofs stellt eine nationale Regelung, die vorsieht, dass für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festgesetzt werden, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV dar. Die Preisbindung wirke sich auf die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel 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, GRUR 2016, 1312 Rn. 26 f. - 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 hinrei-

chenden Nachweise dafür vorlägen, dass die Festsetzung einheitlicher Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel die angestrebten Ziele erreichen könne (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 34 bis 46 - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale).

34 bb) Anders als bei einer Klage gegen eine ausländische Versandapotheke kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf an, ob die in Rede stehenden nationalen Preisvorschriften mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV vereinbar sind (vgl. dazu BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 39 bis 50 - Freunde werben Freunde). Im Streitfall geht es allein um die Frage, ob der im Inland ansässige Beklagte beim Vertrieb von Arzneimitteln innerhalb Deutschlands gegen arzneimittelrechtliche Preisvorschriften verstoßen hat. Es steht ein rein innerstaatlicher Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug in Rede. Auf ihn sind die Regelungen der Art. 34 bis 36 AEUV nicht anwendbar (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).

35 b) Die Revision rügt ohne Erfolg einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt einer Inländerdiskriminierung. Die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale ergebende Begünstigung von Versandapotheken aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union führt zu keiner am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG gemessen verfassungswidrigen Ungleichbehandlung deutscher Versandapotheken gegenüber Versandapotheken aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

36 aa) Die Revision macht geltend, das genannte Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union führe zu dem mit dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbaren Ergebnis, dass Versandapotheken aus anderen Mit-

gliedstaaten der Europäischen Union anders als inländische Versandapotheken wie die des Beklagten der Preisbindung nicht mehr unterworfen seien, ohne dass für diese Differenzierung ein sachlicher Grund ersichtlich sei. Dem kann nicht zugestimmt werden.

37 bb) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (BVerfGE 98, 365, 385 [juris Rn. 63]). Dabei ist es grundsätzlich dem Normgeber überlassen, die Merkmale zu bestimmen, nach denen die Sachverhalte als hinreichend gleich anzusehen sind, um sie gleich zu regeln. Er muss seine Auswahl allerdings unter Berücksichtigung der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts sachgerecht treffen. Der Gleichheitssatz verlangt, dass eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung von Personengruppen sich - sachbereichsbezogen - auf einen vernünftigen oder auf andere Weise einleuchtenden Grund von hinreichendem Gewicht zurückführen lässt (BVerfGK 12, 453, 455 [juris Rn. 7]; vgl. auch BGH, Beschluss vom 19. September 2013 - IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 Rn. 6).

38 cc) Nach diesen Maßstäben ist in der beschränkten Anwendbarkeit der Arzneimittelpreisbindung auf rein inlandsbezogene Vorgänge kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz zu sehen.

39 (1) Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt nur dann vor, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen sachlichen Grund gibt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. September 1989 - AnwZ (B) 24/89, BGHZ 108, 342, 346 [juris Rn. 13]). Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt nicht, dass die Regelung für Inländer der für andere Unionsbürger entsprechen muss, solange die Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht.

40 (2) Apotheker mit Sitz in Deutschland und Apothekern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union werden zwar unterschiedlich

behandelt, soweit sie Kunden in Deutschland im Versandwege mit Arzneimitteln beliefern. Ein gewichtiger sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ergibt sich jedoch 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). Auch 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]).

41 dd) Keiner Entscheidung bedarf danach die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 GG im Streitfall bereits deshalb nicht anwendbar ist, weil es an einer Ungleichbehandlung durch denselben Normgeber fehlt (so OVG Münster, PharmR 2017, 557, 562 [juris Rn. 108]; OLG Frankfurt, GRUR 2018, 208, 211 [juris Rn. 30]; aA BAG, NZA 2018, 1200 Rn. 27).

42 c) Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG liegt ebenfalls nicht vor. Zwar greifen die Preisvorschriften in die Berufsausübungsfreiheit ein (dazu unter B I 3

c aa). Zum für die insoweit vorzunehmende Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestanden jedoch keine Anhaltspunkte für eine Verletzung dieses Grundrechts durch die Bestimmungen des § 78 Abs. 1 und 2 AMG (dazu unter B I 3 c bb). Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale wie geschehen entschieden hat, keine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts (dazu unter B I 3 c cc).

43 aa) Die Regelungen über die Preisbindung bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln stellen einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Apotheker dar. Zum Schutzbereich dieses Grundrechts gehören die Bedingungen, unter denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht, sowie die Modalitäten, unter denen diese abläuft. Gesetzliche Vorgaben für die Bildung von Preisen, zu denen das in Ausübung des Berufs hergestellte oder vertriebene Erzeugnis verkauft wird, sind geeignet, sich auf die Berufsausübung auszuwirken (vgl. BVerfG, DVBl 1991, 205 [juris Rn. 10]; OVG Münster, PharmR 2017, 557, 560 [juris Rn. 76]).

44 bb) Das Berufungsgericht hat zur Frage einer Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG zu Recht keine Feststellungen getroffen. Zum Zeitpunkt der mündlichen Berufungsverhandlung bestanden nach den gemäß § 559 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen keine Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit der Preisvorschriften. 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).

45 (1) 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 Hinblick 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).

46 (2) Für die Einschätzung, ob eine gesetzliche Bestimmung zur Erreichung ihres Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist, kommt dem Gesetzgeber bei der Regelung der Berufsfreiheit, insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung, eine weite Gestaltungsfreiheit 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]).

47 (3) Gemäß 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 ist als die vorrangige Aufgabe des Apothekers anzusehen, hinter der das Streben nach Gewinn zurückzutreten hat (vgl. BVerfGE 17, 232, 238 bis 240 [juris Rn. 32 bis 36, 53, 96 und 98]).

48 cc) Der vom Gerichtshof der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale angenommene Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV führt für sich genommen nicht zu einem Verstoß gegen das materielle Verfassungsrecht (BVerfG, NJW 2016, 1436 Rn. 16). Ebenso wenig rechtfertigen denkbare tatsächliche Konsequenzen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts eine abweichende Beurteilung durch das Revisionsgericht.

49 (1) Eine ursprünglich verfassungsgemäße Norm kann durch die Änderung der Verhältnisse grundsätzlich 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 Kon-

kurrenzdrucks aus dem europäischen Ausland nicht mehr zumutbar ist (vgl. Gundel, DVBl 2007, 269, 277 mwN; vgl. auch - zum Meisterzwang - BVerfG, WRP 2006, 463, 465 f. [juris Rn. 21 f.]). Insofern ist 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 (Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 192).

50 (2) 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 durch die Ergänzung des § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG durch Art. 5 Nr. 5 Buchst. a des Gesetzes zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV vom 4. Mai 2017 (BGBl. I S. 1050, 1055 - AMVSG) durch einen Halbsatz 2 zum Ausdruck gebracht, dass der 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 AMVSG, BT-Drucks. 18/10208, S. 41). Eine verfassungsrechtlich relevante Änderung der Verhältnisse kann erst entstehen, wenn 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 (vgl. OLG Frankfurt, GRUR 2018, 208, 209 [juris Rn. 25]; vgl. auch Hammerl aaO S. 192).

51 (3) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Revision rechtfertigt eine mögliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse infolge der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale keine Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nach § 563 Abs. 1 ZPO.

52 Gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Die Urteilsgrundlage wird durch das Ende der Berufungsverhandlung abgeschlossen (BGH, Urteil vom 25. April 1988 - II ZR 252/86, BGHZ 104, 215, 220 [juris Rn. 16]; Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 222 [juris Rn. 14]). Neue Tatsachen dürfen daher im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.

53 Dem Beklagten entsteht dadurch kein Rechtsnachteil. Es bleibt ihm unbenommen, eventuelle Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, die zur Unverhältnismäßigkeit der Arzneimittelpreisvorschriften und damit zum Wegfall des gegen ihn ausgeurteilten, in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs führen könnten, im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend zu machen. Nach § 767 Abs. 2 ZPO sind nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingetretene Tatsachen nicht präkludiert. Dies hat auch in Fällen zu gelten, in denen solche neuen Tatsachen im Revisionsverfahren ausnahmsweise hätten Berücksichtigung finden können, weil sie unstrittig waren und keine schützenswerten Belange der Gegenseite entgegenstanden (vgl. BGHZ 139, 214, 221 bis 224 [juris Rn. 15 bis 18]; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 273/14, GRUR 2017, 541 Rn. 44 = WRP 2017, 579 - Videospiele-Konsolen III; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 137/16, NJW-RR 2018, 677 Rn. 47).

54 II. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG auf Ersatz von Abmahnkosten.

55 Bei dem in Rede stehenden Wettbewerbsverstoß handelte es sich im Zeitpunkt der Abmahnung, auf den es für die Beurteilung des Anspruchs auf Ersatz von Abmahnkosten ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 13 = WRP 2017, 1081 - Komplettküchen; Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 210/16, GRUR 2018, 317 Rn. 10 = WRP 2018, 324 - Portierungsauftrag), noch um einen typischen und auch nur durchschnittlich schwer zu verfolgenden Verstoß. Für die Klägerin als rechtsfähigen Verband zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG waren die ihr insoweit entstandenen Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts aus damaliger Sicht daher nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2017 - I ZR 33/16, GRUR 2017, 926 Rn. 13 bis 22 = WRP 2017, 1089 - Anwaltsabmahnung II, mwN). Der Umstand, dass die Klägerin berechtigt gewesen wäre, vom Beklagten im Falle einer Abmahnung durch eigenes Personal pauschale Abmahnkosten zu verlangen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Derartige Kosten sind der Klägerin nicht entstanden, und fiktive Kosten sind nicht erstattungsfähig (BGH, GRUR 2017, 926 Rn. 23 - Anwaltsabmahnung II, mwN).

56 III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Dies gilt auch für den von der Revision angesprochenen Gesichtspunkt einer Werbung für das gesamte Sortiment. Wie oben in den Randnummern 22 bis 25 ausgeführt wurde, ist nicht zweifelhaft, dass die Regelung des Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG nicht nur die Werbung für einzelne Arzneimittel erfasst.

57 C. Danach hat die Revision des Beklagten nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Stattgabe der Klage mit dem Zahlungsantrag richtet. In diesem Umfang führt das Rechtsmittel des Beklagten zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils sowie Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin zur Abweisung der Klage mit dem Zahlungsantrag. Im übrigen Umfang ist die Revision un begründet und daher zurückzuweisen.

58 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 16.02.2016 - 14 O 348/15 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 07.10.2016 - 6 U 45/16 -