



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 79/10

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Sofort-Bonus

AEUV Art. 116, 117; Richtlinie 89/105/EWG betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme Art. 11 Abs. 2 Satz 2; AMG § 78 Abs. 1 Satz 4

Ein Verstoß gegen unionsrechtliche Notifizierungsvorschriften (hier: Art. 116, 117 AEUV; Art. 11 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 89/105/EWG) ist dann irrelevant, wenn die zu notifizierende Vorschrift lediglich auf ein bereits bestehendes Verbot hinweist (hier: § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG).

BGH, Urteil vom 26. Februar 2014 - I ZR 79/10 - OLG Hamburg
LG Hamburg

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:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 25. März 2010 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist ein großes deutsches Versandhandelsunternehmen. Sie hat Ende April 2006 unter der Überschrift „OTTO empfiehlt DocMorris“ auf der Internetseite www.otto.de/docmorris eine Werbung für die niederländische Versandapotheke 0800DocMorris N.V. veröffentlicht. Die Beklagte hat zudem ihrem Katalog vom April 2006 eine entsprechende Werbebroschüre beigelegt.
- 2 In der Werbung verspricht DocMorris, dass gesetzlich Versicherte bei einer Erstbestellung für jedes Medikament ihres Kassenrezepts einen „Sofort-Bonus“ in Höhe ihrer Zuzahlung erhalten und bei jedem Medikament bis zu 10 € sparen. Bei allen nachfolgenden Bestellungen betrage der „Sofort-Bonus“ 50% der Zuzahlung. Von der Zuzahlung befreite gesetzlich Versicherte erhielten bei einer Erstbestellung eine Gutschrift in Höhe des vollen Bonus auf ein Sammelkonto; bei allen weiteren Bestellungen betrage der Bonus 50%. Sobald das

Sammelkonto ein Guthaben von 30 € aufweise, werde dieser Betrag an den Versicherten überwiesen. Privatpatienten erhielten bei einer Erstbestellung für jedes rezeptpflichtige Medikament, sofern es sich nicht um ein Lifestyle-Präparat handele, einen Treuebonus in Höhe von 5 €; bei allen weiteren Bestellungen betrage der Treuebonus dann 3 €. Auch diese Beträge würden auf ein Sammelkonto übertragen und, sobald dort ein Betrag von 30 € erreicht sei, an den Privatpatienten überwiesen.

- 3 Der Kläger, der Landesapothekerverband Baden-Württemberg e.V., hat nach seiner Satzung den Zweck, die fachlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen und zu fördern. Er hält die von der Beklagten für DocMorris veröffentlichte Werbung wegen Verstoßes gegen die arzneimittelrechtlichen Preisbindungsvorschriften, gegen das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot und gegen das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot sowie wegen unangemessener unsachlicher Beeinflussung der Verbraucher für unlauter und unzulässig.
- 4 Das Landgericht hat der vom Kläger deswegen erhobenen Klage auf Unterlassung der konkreten Werbung stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg, PharmR 2010, 410).
- 5 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat die Berufung als zulässig, aber unbegründet angesehen, weil das vom Kläger beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl gegen die arzneimittelrechtlichen Preisbindungsvorschriften als auch gegen das heilmittelwerberechtliche Zuwendungsverbot verstoße und daher unzulässig sei. Zum Verstoß gegen die Preisvorschriften hat es dabei ausgeführt:

7 Auf den von der Beklagten beworbenen Internetarzneimittelversandhandel von DocMorris sei nach dem kollisionsrechtlichen Marktortprinzip deutsches Wettbewerbsrecht anzuwenden. Das von der Beklagten beworbene DocMorris-Angebot stelle mit den angebotenen und gewährten Bonuszahlungen einen Verstoß gegen die Arzneimittelpreisverordnung dar, an die - auch unter Berücksichtigung des vorrangigen europäischen Sekundär- und Primärrechts - auch DocMorris gebunden sei. Der insoweit gegebene Rechtsverstoß stelle zugleich ein unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wettbewerbswidriges Verhalten dar, das die Beklagte unmittelbar gefördert habe.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt und ebenso die weiteren Voraussetzungen für den vom Kläger auf der Grundlage der §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3 AMG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 AMPreisV geltend gemachten Unterlassungsanspruch erfüllt sind.

9 1. 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.

10 2. Die von der Revision dagegen erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

11 a) Der vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes im Verfahren GmS-OGB 1/10 am 22. August 2012 verkündete Beschluss ist ausweislich der Verfassensakten am 17. Januar 2013 in vollständiger und von allen Richtern unterschriebener Form zur Geschäftsstelle gelangt. Die Frist von fünf Monaten, die insoweit gemäß § 10 RsprEinhG, § 315 Abs. 2 ZPO einzuhalten war (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 27. April 1993 - GmS-OGB 1/92, BVerwGE 92, 367 = NJW 1993, 2603 zu § 117 Abs. 4 VwGO), war damit gewahrt.

12 b) Die Revision wendet sich jedenfalls im Ergebnis ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Gemeinsamen Senats im Beschluss vom 22. August 2012, dass die Arzneimittelpreisvorschriften des deutschen Rechts, auch wenn sie auf den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Deutschland anwendbar sind,

keine Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV sind (GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 39 bis 43) und die Regelung, wonach deutsches Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt, zudem jedenfalls nach Art. 36 AEUV zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gerechtfertigt wäre (aaO Rn. 44 bis 46).

13 aa) Soweit der Gemeinsame Senat in dem Beschluss vom 22. August 2012 - im Rahmen seiner Ausführungen zur Frage der Rechtfertigung der Regelung gemäß Art. 36 AEUV - die Bestimmung des Art. 168 Abs. 7 AEUV angeführt hat (BGHZ 194, 354 Rn. 45), ist er entgegen der Darstellung der Revision nicht davon ausgegangen, dass diese Bestimmung die in Art. 34 AEUV geregelte Freiheit des Warenverkehrs verdrängt. Dasselbe gilt insoweit, als der Gemeinsame Senat - vor Eintritt in die Prüfung, ob die in Rede stehende Anwendung des deutschen Arzneimittelpreisrechts im Widerspruch zum primären Unionsrecht steht - im Blick auf die Richtlinie 89/105/EWG betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme - ausgeführt hat, dass diese Richtlinie die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Festsetzung der Arzneimittelpreise unberührt lässt (BGHZ 194, 354 Rn. 36). Soweit die Revision gegenteiliger Ansicht ist, lässt sie unberücksichtigt, dass, da die Vorschriften über die Festsetzung der Arzneimittelpreise nicht vollständig harmonisiert sind, das deutsche Arzneimittelpreisrecht anhand der Art. 34 und 36 AEUV überprüft werden kann (GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 38 in Verbindung mit 35).

14 bb) Keiner Entscheidung bedarf auch weiterhin die im Vorlagebeschluss des erkennenden Senats, der zum Beschluss des Gemeinsamen Senats vom 22. August 2012 geführt hat, offengelassene Frage, ob die Arzneimittelpreisvor-

schriften des deutschen Rechts eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV darstellen. Mit dem Gemeinsamen Senat ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Regelung, wonach deutsches Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt, zumindest nach Art. 36 AEUV zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gerechtfertigt ist (vgl. BGHZ 194, 354 Rn. 44 bis 46). Die Revision hält die vom Gemeinsamen Senat in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen (vgl. aaO Rn. 46) für nicht überzeugend, weil sie meint, dass insoweit keine zwingenden Gründe des Allgemeinwohls für die Beschränkung der Freiheit des Warenverkehrs sprächen, zu der die in Rede stehende Mindestpreisregelung führe. Sie übersieht dabei, dass die Frage, ob eine Beschränkung des freien Warenverkehrs durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt ist, sich erst dann stellt, wenn die Beschränkung nicht schon - wie im Streitfall (vgl. dazu sogleich) - gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 1. März 2012 - C-484/10, EuZW 2012, 264 Rn. 58 - Ascafor und Asidac; Urteil vom 18. Oktober 2012 - C-385/10, EuZW 2013, 21 Rn. 26 - Elenca, jeweils mwN).

- 15 cc) Der Gemeinsame Senat ist im Übrigen mit Recht davon ausgegangen, dass bei einer Maßnahme, die in den Bereich der öffentlichen Gesundheit fällt, zu berücksichtigen ist, dass unter den vom Unionsrecht geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, wobei, da sich dieses Niveau in den einzelnen Mitgliedstaaten unterscheiden kann, diesen ein Wertungsspielraum zuzuerkennen ist (EuGH, Urteil vom 2. Dezember 2010 - C-108/09, Slg. 2010, I-12213 = GRUR 2011, 243 Rn. 58 - Ker-Optika). Dass dieser Wertungsspielraum mit der Regelung im deutschen Recht überschritten ist, ist ebenso wenig ersichtlich wie eine Möglichkeit, der Gefahr eines ruinösen

Preiswettbewerbs unter Apotheken, bei dem die flächendeckende und gleichmäßige Versorgung nicht mehr gesichert ist, ebenso wirksam durch andere Maßnahmen entgegenzuwirken, die die Freiheit des Warenverkehrs in geringerem Umfang beschränken (vgl. GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 46).

- 16 c) Der mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 in Kraft getretenen Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG, wonach die aufgrund von § 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, kommt nach den vorstehenden Ausführungen allein klarstellende Bedeutung zu. Dementsprechend hatte der von der Revision insoweit geltend gemachte Verstoß gegen die Notifizierungspflicht gemäß Art. 11 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 89/105/EWG betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme auch keinen Einfluss auf die Fortgeltung des bereits zuvor bestehenden Verbots der vom Kläger beanstandeten Verhaltensweise der Beklagten. Dem steht entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in der Sache „CIA Security International“ (Urteil vom 30. April 1996 - C-194/94, Slg. 1996, I-2201 = EuZW 1996, 379 = ZLR 1996, 437) entschieden hat, dass Verstöße gegen die Mitteilungspflichten, die in Art. 8 und 9 der Richtlinie 83/189/EWG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften geregelt sind, zur Unanwendbarkeit der betreffenden technischen Vorschriften führt (aaO Rn. 29 ff., 54 f.). Der Gerichtshof hat dieses Ergebnis damit begründet, dass die Richtlinie 83/189/EWG neben dem Zweck, die Kommission zu informieren, gerade auch das Ziel verfolgt, die Handelsschranken zu beseitigen oder zu verringern, die anderen Staaten über die von einem Staat geplanten technischen Vorschriften zu informieren, der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten die nötige Zeit zu verschaffen, um zu

reagieren und eine Änderung vorzuschlagen, die es erlaubt, die Einschränkungen des freien Warenverkehrs zu vermindern, die sich aus der geplanten Maßnahme ergeben, sowie der Kommission die nötige Zeit zu lassen, um eine Harmonisierungsrichtlinie vorzuschlagen (EuGH, EuZW 1996, 379 Rn. 50 in Verbindung mit 41 - CIA Security International). Bei einer - wie im Streitfall - letztlich nur deklaratorischen Bestimmung liegen jedoch keine vergleichbaren Gründe vor, die gegen die Fortgeltung des - bereits bestehenden - Verbots sprechen. Weiterhin fehlt es in einem solchen Fall - anders als die Revision meint - an einer für eine Notifizierungspflicht gemäß Art. 117 AEUV erforderlichen Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen im Sinne des Art. 116 AEUV.

17 3. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass auch 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 AMPPreisV gestützten Klageanspruch 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 Revision nicht beanstandet. 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 AMPPreisV 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 4. In der vorliegenden Sache stellen sich keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen zur Auslegung des Unionsrechts, die ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erfordern (vgl. GmS-OGB, BGHZ 194, 354 Rn. 47). Insbesondere

bestehen im Streitfall auch keine vernünftigen Zweifel, dass der von der Revision geltend gemachte Verstoß gegen unionsrechtliche Notifizierungsvorschriften beim Erlass des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG keinen Einfluss auf das unabhängig davon bereits zuvor bestehende Verbot der streitgegenständlichen Verhaltensweise der Beklagten hatte.

19 III. Nach allem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bornkamm

Schaffert

Kirchhoff

Grabinski

Löffler

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 04.08.2009 - 407 O 82/09 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 25.03.2010 - 3 U 126/09 -