



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 214/18

Verkündet am:
20. Februar 2020
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

DocMorris N.V., vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch 
, Niederlande,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Koch -

gegen

Apothekerkammer Nordrhein, Poststraße 4, Düsseldorf,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Rohnke und Dr. Winter -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABI. EG L 311 vom 28. November 2001, S. 67 ff.), zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2019/1243 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Anpassung von Rechtsakten, in denen auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle Bezug genommen wird, an Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABI. EU L 198 vom 25. Juli 2019, S. 241), folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht es mit den Bestimmungen des Titels VIII und insbesondere mit Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG in Einklang, wenn eine nationale Vorschrift (hier: § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG) dahin ausgelegt wird, dass es einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Versandapotheke verboten ist, mit der Auslobung eines Gewinnspiels um Kunden zu werben, wenn die Teilnahme an dem Gewinnspiel an die Einreichung eines

Rezepts für ein verschreibungspflichtiges Humanarzneimittel gekoppelt ist, der ausgelobte Gewinn kein Arzneimittel, sondern ein anderer Gegenstand ist (hier: ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und elektrische Zahnbürsten), und nicht zu befürchten ist, dass einer unzumutbaren oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub geleistet wird?

Gründe:

- 1 A. Die Klägerin ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk Nordrhein. Es gehört zu ihren Aufgaben, die Einhaltung der Berufspflichten der Apotheker zu überwachen. Die Beklagte ist eine in den Niederlanden ansässige Versandapotheke, die verschreibungspflichtige Arzneimittel an Kunden in Deutschland liefert.
- 2 Im März 2015 warb die Beklagte deutschlandweit mit einem Flyer für ein "Großes Gewinnspiel", mit dem als Hauptpreis ein Gutschein für ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und als zweiter bis zehnter Preis jeweils eine elektrische Zahnbürste ausgelobt wurden. Voraussetzung für die Teilnahme an der Verlosung war das Einsenden eines Rezepts.
- 3 Die Klägerin hält diese Werbung für wettbewerbswidrig. Sie mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 1. April 2015 erfolglos ab.
- 4 Mit ihrer Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, gegenüber Endverbrauchern in Deutschland ein Gewinnspiel auszuloben, das an die Einlösung eines Rezepts gekoppelt ist, wenn dies geschieht wie folgt:

setzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Es stellt sich die Frage, ob ein auf § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG gestütztes Verbot der in Rede stehenden Gewinnspielwerbung beim Vertrieb verschreibungspflichtiger Arzneimittel mit den Zwecken der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel und deren Art. 86 bis 90, insbesondere Art. 87 Abs. 3, in Einklang steht.

8 I. Das Berufungsgericht hat nach Auffassung des Senats zu Recht das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs wegen eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG verneint.

9 1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG darf außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, nicht geworben werden, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten.

10 2. Das Berufungsgericht hat angenommen, es bestünden keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass das Gewinnspiel einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leiste. Dafür genüge es nicht, dass der Kunde veranlasst werde, das ihm verschriebene Arzneimittel bei der Beklagten anstatt bei einer anderen Apotheke zu kaufen. Es erscheine wenig wahrscheinlich, dass ein Kunde einen Arzt veranlassen könnte, ein nicht benötigtes Arzneimittel zu verschreiben, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, zumal die meisten gesetzlich versicherten Patienten dafür eine Rezeptgebühr entrichten müssten. Die Befürchtung erscheine zudem unbegründet, dass Patienten zu spät mit einem dringend benötigten Arzneimittel versorgt würden. Nach dem Besuch beim Arzt wisse der Kunde, ob er mit der Einnahme des Arzneimittels unverzüglich beginnen müsse. Sei dies der Fall, werde er sich von dem

Gewinnspiel nicht verleiten lassen, das Arzneimittel bei der Beklagten zu bestellen.

11 3. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Revisionserwi-
derung greifen nach Auffassung des Senats nicht durch.

12 II. Ohne Beantwortung der Vorlagefrage kann nicht abschließend beurteilt
werden, ob der Klägerin gegen die Beklagte der geltend gemachte Unterlas-
sungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG zusteht.

13 1. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendun-
gen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündi-
gen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei
denn, es liegt einer der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG gesetzlich geregelt-
ten Ausnahmefälle vor. Von dem Verbot des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 HWG
sind Zuwendungen oder Werbegaben ausgenommen, bei denen es sich um ge-
ringwertige Kleinigkeiten handelt (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HWG) oder
die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag
gewährt werden (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Buchst. a HWG). Allerdings
bleiben bei beiden Ausnahmen Zuwendungen oder sonstige Werbegaben für
Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt wer-
den, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG
geregelt 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 wel-
che Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben un-
sachlich beeinflusst werden (BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17,
GRUR 2019, 1071 Rn. 16 = WRP 2019, 1296 - Brötchen-Gutschein, mwN).

14 2. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass
der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG eröffnet ist. Die Revision

macht ohne Erfolg geltend, die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG schlieÙe im Streitfall die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG aus.

15 3. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die in Rede stehende Werbung der Beklagten mit der Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel bei Einreichung eines Rezepts produktbezogen ist und deshalb hierauf die Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes grundsätzlich anzuwenden sind.

16 a) Nicht jede Werbung für Arzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG unterfällt den Bestimmungen des Heilmittelwerbegesetzes. Einbezogen in den Geltungsbereich dieses Gesetzes ist nur die produktbezogene Werbung (Produkt- und Absatzwerbung) und nicht die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), durch die ohne Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein geworben wird. Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt maßgeblich davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 30 = WRP 2017, 694 - Freunde werben Freunde). Auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke kann produktbezogen sein (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 31 - Freunde werben Freunde; BGH, Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 19 = WRP 2019, 187 - Versandapotheke; BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 22 - Brötchen-Gutschein). Es gibt keinen überzeugenden Grund, den vom Gesetzgeber im Bereich der Heilmittelwerbung als grundsätzlich unerwünscht angesehenen Anreiz einer Wertre-

klame gerade dann hinzunehmen, wenn diese Form der Reklame für eine besonders große Zahl von Heilmitteln eingesetzt wird (BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more).

17 b) Die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG stehen der Annahme nicht entgegen, dass die Bestimmungen des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment einer Apotheke erfassen.

18 aa) Die Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung sind 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; BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 22 - Versandapotheke).

19 bb) Die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG zur Werbung (Titel VIII und VIIIa, Art. 86 bis 100) lassen nicht erkennen, dass sie nur die Werbung für einzelne Arzneimittel erfassen.

20 (1) 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. 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. Wie sich aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, insbesondere aus dem Wort "alle" ergibt, ist der Unionsgesetzgeber von einem sehr weiten Begriff der Werbung für Arzneimittel ausgegangen (EuGH,

Urteil vom 5. Mai 2011 - C-316/09, Slg. 2011, I-3249 = GRUR 2011, 1160 Rn. 29 - MSD Sharp & Dohme).

21

(2) Die Richtlinie 2001/83/EG enthält in Art. 88 Abs. 1 bis 4 Regelungen für die Öffentlichkeitswerbung für ganze Arzneimittelgruppen. Dass die Richtlinie 2001/83/EG nur die Öffentlichkeitswerbung für einzelne Arzneimittel erfasst, folgt nicht aus dem Umstand, dass Art. 89 und Art. 90 der Richtlinie 2001/83/EG von "Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel" sprechen; denn dort ist lediglich bestimmt, welche näheren Angaben bei einer auf ein bestimmtes Arzneimittel bezogenen Werbung zu diesem Mittel zu machen sind und welche Angaben nicht erlaubt sind. In den übrigen Regelungen - Art. 86 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie 2001/83/EG - ist von "Werbung für Arzneimittel" und "Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel" die Rede. Danach erfasst die Richtlinie auch die Werbung für Arzneimittel im Allgemeinen und nicht allein die auf bestimmte Arzneimittel bezogene Werbung (vgl. BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 24 - Versandapotheke).

22

c) Danach kommt der in Rede stehenden Werbung der erforderliche Produktbezug zu. Bei der versprochenen Vergünstigung in Form der Teilnahme am Gewinnspiel der Beklagten geht es weder um die Anpreisung der Leistungen der von ihr betriebenen Versandapotheke noch um eine Zuwendung aus anderen unternehmensbezogenen Gründen. Nach der im Klageantrag in Bezug genommenen konkreten Verletzungshandlung ist die Teilnahme am Gewinnspiel mit der Einsendung eines Rezepts verknüpft. Damit bezieht sich die Werbung auf verschreibungspflichtige Arzneimittel, die nur auf Rezept abgegeben werden dürfen, und ist damit ohne weiteres produktbezogen.

23

4. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, im Streitfall liege in der von der Beklagten eingeräumten Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG.

24 a) Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist mit Blick auf den Zweck der dortigen Regelung, durch eine weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Heilmittelbereich der abstrakten Gefahr einer hiervon ausgehenden unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, weit auszulegen. Er erfasst grundsätzlich jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 22 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT; Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 14 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN). Eine Werbegabe setzt demnach voraus, dass die Zuwendung aus der Sicht des Empfängers unentgeltlich gewährt wird; er muss diese als ein Geschenk ansehen (vgl. BGH, GRUR 2012, 1279 Rn. 24 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT; GRUR 2015, 504 Rn. 14 - Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN). Eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG liegt allerdings nur dann vor, wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 83/12, GRUR 2014, 689 Rn. 14 = WRP 2014, 847 - Testen Sie Ihr Fachwissen). Diese teleologische Einschränkung des Begriffs der Werbegabe gilt nicht nur für die Fachkreiswerbung, sondern auch für die Publikumswerbung (BGH, GRUR 2015, 504 Rn. 24 - Kostenlose Zweitbrille).

25 b) Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Teilnahme an dem von der Beklagten beworbenen Gewinnspiel als eine geldwerte Vergünstigung und als Geschenk verstehen. Diese trichterliche Beurteilung wird im Revisionsverfahren nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

26 5. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass keiner der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG geregelten Ausnahmefälle vorliegt.

27 a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Möglichkeit der Teilnahme an dem Gewinnspiel stelle keine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HWG dar, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

28 b) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, im Streitfall lägen die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Buchst. a HWG vor. Diese Regelung erfasst allein Werbegaben, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden. Eine solche Zuwendung steht im Streitfall nicht in Rede. Der Wert der Teilnahme an einem Gewinnspiel entspricht nicht dem Wert des ausgelobten Gewinns, selbst wenn dieser Gewinn ein bestimmter Geldbetrag ist (so allerdings Reese in Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 78; vgl. auch OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 309, 310 [juris Rn. 19]; OLG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2015, 31 [juris Rn. 6]), sondern in der mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel verbundenen Chance auf den Gewinn (vgl. BGH, GRUR 2014, 689 Rn. 14 - Testen Sie Ihr Fachwissen; Mand in Gröning/Mand/Reinhart, Heilmittelwerberecht, Stand Januar 2015, § 7 HWG Rn. 157). Diese Chance auf einen Gewinn ist auch nicht mit einem auf eine bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gleichzusetzen. Mit der Wendung "auf eine bestimmte Art zu berechnender Geldbetrag" sind Preisnachlässe in prozentualer oder sonst auf einfache Weise zu ermittelnder Höhe gemeint, die auf den Normalpreis gewährt werden (Mand in Prütting, Medizinrecht, 5. Aufl., § 7 HWG Rn. 68 mwN). An einer solchen einfachen Ermittlungsmethode fehlt es im Streitfall. Dementsprechend geht auch die Revision nur davon aus, der Wert einer Gewinnchance auf einen Gutschein für ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € sei bestimmbar, ohne aufzuzeigen, wie dieser Wert auf einfache Weise zu berechnen ist.

29 6. Fraglich ist jedoch, ob die Werbung der Beklagten ihre Kunden unsachlich beeinflusst.

- 30 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Bewerbung der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bei der Einlösung eines Rezepts begründe die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient, der ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel benötige und von seinem Arzt das hierfür erforderliche Rezept erhalten habe, sich für die Einlösung des Rezepts bei der Versandapotheke der Beklagten entscheidet, ohne zu erwägen, dass der Erwerb des Arzneimittels bei einer stationären Apotheke seinen persönlichen Bedürfnissen mehr entspreche. Versandapotheken könnten nur telefonisch und auf ausdrückliche Nachfrage beraten. Es könne für den Kunden bedeutsam sein, auch bei Einlösung eines Rezepts unaufgefordert beraten zu werden, beispielsweise im Hinblick auf Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten. Hierfür sei der Apotheker ausgebildet. Die vom Kunden zu treffende Entscheidung für eine stationäre Apotheke oder eine Versandapotheke sei daher für seine Gesundheit relevant. Diese Entscheidung werde durch die in Rede stehende Werbung mit einem Gewinnspiel unsachlich beeinflusst.
- 31 b) Dass in der Teilnahme an einem Gewinnspiel ein geldwerter Vorteil liegt, rechtfertigt es für sich genommen nicht, der Beklagten die beanstandete Werbung wegen einer unsachlichen Beeinflussung potentieller Kunden zu untersagen.
- 32 aa) Der Gerichtshof der Europäischen Union ist in seiner Entscheidung "Deutsche Parkinson Vereinigung" (Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 = WRP 2017, 36) zwar gleichfalls davon ausgegangen, dass traditionelle Apotheken grundsätzlich besser als Versandapotheken in der Lage sind, Patienten durch ihr Personal vor Ort individuell zu beraten und eine Notfallversorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen, und Versandapotheken mit ihrem eingeschränkten Leistungsangebot eine solche Versorgung nicht angemessen ersetzen können. Er hat aber mit Blick auf diesen Umstand angenommen, der

Preiswettbewerb könne deshalb für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Versandapotheken ein wichtigerer Wettbewerbsfaktor sein als für traditionelle stationäre Apotheken in Deutschland, weil es von einem solchen Preiswettbewerb abhängt, ob ausländische Versandapotheken einen unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt fänden und auf diesem konkurrenzfähig blieben (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 24 - Deutsche Parkinson Vereinigung). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat deshalb entschieden, dass die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Abgabepreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstelle, weil sie sich auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirke als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken und dadurch der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werden könnte als für inländische Erzeugnisse (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 26 f. - Deutsche Parkinson Vereinigung). Außerdem hat er angenommen, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festsetzt, nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden könne, da es nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 46 - Deutsche Parkinson Vereinigung).

- 33 bb) Diesen Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem Urteil "Deutsche Parkinson Vereinigung" ist zu entnehmen, dass es den in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Versandapotheken grundsätzlich nicht versagt werden kann, die in der Unmöglichkeit einer individuellen Beratung der Patienten vor Ort liegende Einschränkung ihres Leistungsangebots durch einen Preiswettbewerb mit stationären Apotheken in dem betreffenden Mitgliedstaat auszugleichen. Um einen solchen Preiswettbewerb geht es im Streitfall.

34 (1) Zwar findet in Deutschland wegen der rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln - unabhängig von der für diese Arzneimittelgruppe weiterhin bestehenden Preisbindung - zwischen den Apotheken kein mit anderen Warenbereichen vergleichbarer Preiswettbewerb um Kunden statt. In Deutschland besteht nach § 5 Abs. 1 SGB V eine allgemeine Krankenversicherungspflicht. Jedermann muss sich entweder gesetzlich oder privat versichern. Folge dieser allgemeinen Versicherungspflicht ist, dass bei einer ärztlichen Verordnung eines Arzneimittels grundsätzlich nicht der Patient die für dessen Bezug aufzuwendenden Kosten trägt, sondern die Krankenversicherung, bei der der Patient versichert ist. Gesetzlich Versicherte müssen beim Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln lediglich eine vom Berufungsgericht als "Rezeptgebühr" bezeichnete Zuzahlung pro Arzneimittelpackung von höchstens zehn Euro und mindestens fünf Euro tragen (§ 61 Satz 1 SGB V).

35 (2) Der Wettbewerb beim Vertrieb verschreibungspflichtiger Arzneimittel um Kunden in Deutschland wird von in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässigen Versandapotheken regelmäßig nicht mit Arzneimittelpreisen, die unter den Preisen deutscher Apotheken liegen, sondern durch die Werbung mit geldwerten Zuwendungen an die Kunden geführt. Diese Zuwendungen sollen Kunden in Deutschland bewegen, ihre Rezepte nicht bei einer stationären Apotheke, sondern bei einer ausländischen Versandapotheke einzulösen. Geworben wird etwa mit einem Bonus in Höhe der Hälfte der gesetzlichen Zuzahlung bei gesetzlich Krankenversicherten (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2008 - I ZB 8/07, GRUR 2008, 447 Rn. 2 = WRP 2008, 675 - Treuebonus I; zu einem ähnlichen Modell: BGH, Beschluss vom 27. Januar 2017 - I ZR 67/14, GRUR 2016, 523 Rn. 1), mit einem Bonus bei einer Erstbestellung (BGH, Urteil vom 26. Februar 2014 - I ZR 79/10, GRUR 2014, 593 Rn. 2 = WRP 2014, 692 - Sofort-Bonus), mit einem vom Preis des Arzneimittels abhängigen und der Höhe

nach auf 15 € begrenzten Bonus (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2014 - I ZR 120/09, PharmR 2014, 257 [juris Rn. 1]), mit einer Geldprämie von 15 € als Aufwandsentschädigung für die Mitwirkung bei der Qualitätssicherung (BGH, Beschluss vom 27. Januar 2016 - I ZR 68/14, PharmR 2016, 187 [juris Rn. 1]), mit einer Vergütung für die Mitwirkung des Kunden bei einem Arzneimittel-Check (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 2 - Freunde werben Freunde) oder mit einer Prämie für die Werbung eines neuen Kunden (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 3 - Freunde werben Freunde).

36 (3) So liegt auch der Streitfall. Die Beklagte wirbt bei den Patienten in Deutschland nicht mit gegenüber deutschen Apotheken günstigeren Arzneimittelpreisen, sondern mit einem anderen, dem Patienten gewährten geldwerten Vorteil.

37 c) Es stellt sich jedoch die Frage, ob die in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG für die Werbung mit geldwerten Vorteilen vorgesehenen Werbebeschränkungen im Streitfall durch die Zwecke der Richtlinie 2001/83/EG und deren Art. 86 bis 90, insbesondere Art. 87 Abs. 3, gerechtfertigt sind. Darauf zielt die Vorlagefrage. Nach Ansicht des Senats spricht vieles dafür, dass eine Werbung mit vom Zufall abhängigen Gewinnchancen beim Absatz verschreibungspflichtiger Arzneimittel als unsachliche Beeinflussung der angesprochenen potentiellen Kunden der Beklagten anzusehen und aus diesem Grund die in Rede stehende Werbung zu untersagen ist.

38 aa) Es kann nicht angenommen werden, dass ein Verbot der Werbung mit geldwerten Zuwendungen für verschreibungspflichtige Arzneimittel bereits nach Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83/EG gerechtfertigt ist, der - in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 44 dieser Richtlinie - den Mitgliedstaaten auferlegt, die Öffentlichkeitswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu untersagen.

39 Auch wenn eine Öffentlichkeitswerbung, mit der - wie im Streitfall - allgemein der Absatz von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch die Gewährung geldwerter Vorteile gefördert werden soll, eine Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel im Sinne von Art. 86 Abs. 1 erster Spiegelstrich darstellt, handelt es sich nach Auffassung des Senats dabei nicht um eine generell verbotene Öffentlichkeitswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Sinne von Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83/EG.

40 Art. 88 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG soll zum Schutz der Gesundheit verhindern, dass durch Werbung in der Öffentlichkeit Anreize dafür geschaffen werden, dass Patienten ihren Arzt bitten, ihnen ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel zu verordnen. Die Preiswerbung oder die Werbung mit anderen geldwerten Vorteilen für verschreibungspflichtige Arzneimittel hat dagegen den Zweck, dass sich ein Patient beim Bezug eines ihm bereits verschriebenen Arzneimittels für eine bestimmte Apotheke entscheidet. Preiswerbung beim Vertrieb verschreibungspflichtiger Arzneimittel ist Bestandteil des Wettbewerbs und wird nicht von Art. 88 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG erfasst.

41 bb) Es kommt jedoch in Betracht, dass eine Werbung in der Öffentlichkeit mit der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel beim Absatz von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln den Zwecken der Richtlinie 2001/83/EG und den Regelungen in ihren Art. 86 bis 90, insbesondere Art. 87 Abs. 3, zuwiderläuft.

42 (1) Die Richtlinie 2001/83/EG verbietet in ihrem Artikel 94 Abs. 1 die Verkaufsförderung für Arzneimittel durch Prämien und finanzielle oder materielle Vorteile bei den zu ihrer Verschreibung berechtigten Personen. Danach ist es verboten, solchen Personen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, sofern diese Vorteile nicht von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind. Für die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel enthält die Richtlinie

2001/83/EG keine entsprechende Regelung. Nach Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG muss die Arzneimittelwerbung zwar einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt und darf zudem nicht irreführend sein. Die Richtlinie 2001/83/EG enthält jedoch keine Vorschriften über Arzneimittelwerbung, die die Möglichkeit der Teilnahme an Auslosungen bewirbt.

43 (2) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat eine Öffentlichkeitswerbung in Form von Auslosungen für ein nicht verschreibungspflichtiges Arzneimittel mit der Begründung als kaum hinnehmbar angesehen, dass nach Erwägungsgrund 45 und Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG die Notwendigkeit besteht, übertriebene und unvernünftige Werbung, die sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnte, zu verhindern (EuGH, GRUR 2008, 267 Rn. 55 - Gintec). Bei der Werbung für ein Arzneimittel in Form von Verlosungen wird der unzumutbaren und übermäßigen Verwendung dieses Arzneimittels Vorschub geleistet, wenn dieses Arzneimittel als Preis oder Geschenk dargestellt wird, und der Verbraucher so von einer sachlichen Prüfung der Frage, ob seine Einnahme erforderlich ist, abgelenkt wird (EuGH, GRUR 2008, 267 Rn. 56 - Gintec).

44 (3) Anhand der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Gintec" lässt sich nicht zweifelsfrei beantworten, ob ein Verbot der in Rede stehenden Gewinnspiel-Werbung mit der Richtlinie 2001/83/EG in Einklang steht, weil jener Entscheidung ein anderer Sachverhalt zugrunde lag. Im Streitfall wird nicht ein konkretes, frei verkäufliches Arzneimittel beworben. Die Werbung bezieht sich vielmehr allgemein auf verschreibungspflichtige Arzneimittel. Der vom Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung herangezogene Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2001/83/EG bezieht sich nur auf die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden können. Anders als im Fall "Gintec" besteht zudem der Gewinn nicht in dem Arzneimittel selbst, sondern in einem Elektrofahrrad und Elektrozahnbürsten. Nach den

Feststellungen des Berufungsgerichts ist im Streitfall zudem nicht zu befürchten, dass einer unzumutbaren oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub geleistet wird.

45

cc) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts werden allerdings Patienten, denen ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel verordnet worden ist, durch die in Rede stehende Gewinnspielwerbung dazu verleitet, auf eine objektiv in ihrem Interesse liegende unaufgeforderte und umfassende Beratung in einer stationären Apotheke zu verzichten. Hat ein Arzt ein Arzneimittel verschrieben, ist zwar davon auszugehen, dass er den Patienten im Hinblick auf dieses Arzneimittel beraten hat und ihn insbesondere über Risiken und Nebenwirkungen des verschriebenen Arzneimittels aufgeklärt hat. Dies bedeutet jedoch nicht, dass in jedem Fall eine zweite unaufgeforderte Beratung durch einen Apotheker entbehrlich ist. Der Apotheker hat nach § 20 Abs. 2 ApoBetrO bei der Abgabe von Arzneimitteln an einen Patienten durch Nachfrage festzustellen, inwieweit dieser gegebenenfalls weiteren Informations- und Beratungsbedarf hat und eine entsprechende Beratung anzubieten. Der Verzicht auf ein solches Beratungsangebot

kann für einen Patienten, dem ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel verschrieben worden ist, objektiv betrachtet unvernünftig sein, wenn nach einer Beratung durch den verschreibenden Arzt Fragen offengeblieben sind. Die Entscheidung des Patienten für den Bezug eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels bei einer in- oder ausländischen Versandapotheke statt bei einer stationären Apotheke, die eine objektiv benötigte Beratung leisten kann, sollte nach Ansicht des Senats auf sachlichen Gründen beruhen und nicht durch aleatorische Reize beeinflusst werden.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.04.2017 - 3-08 O 77/15 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.07.2018 - 6 U 112/17 -

