OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG; § 78 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG; § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV; § 3a UWG

Leitsätze:

1. **Beim Direktvertrieb der in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV erfassten verschreibungspflichtigen Arzneimittel durch pharmazeutische Unternehmer an Apotheken darf der Verkaufspreis die Summe aus der Addition von Herstellerpreis, Festzuschlag von 0,70 € und Umsatzsteuer nicht unterschreiten. Der pharmazeutische Unternehmer darf einen Rabatt nur im Rahmen des in dieser Vorschrift festgelegten Höchstzuschlags von 3,15% auf den Herstellerpreis (maximal 37,80 €) gewähren. Der in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV normierte Festzuschlag von 0,70 € ist dagegen stets einzupreisen und darf nicht durch Preisnachlässe oder Zuwendungen reduziert werden.**

2. **Soweit ein pharmazeutischer Unternehmer verschreibungspflichtige Importarzneimittel über den Großhandel vertreibt und den Apotheken für jedes von ihnen abgegebene Arzneimittel geldwerte Vorteile verspricht oder gewährt, liegt unabhängig von der Höhe des Rabatts ein Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG vor, weil er in diesem Fall keinen einheitlichen Abgabepreis gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG sicherstellt.**

3. **Das Ausloben und Gewähren von Preisnachlässen und Zuwendungen für den Bezug von Importarzneimitteln kann eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG produktbezogene Werbung auch dann darstellen, wenn die Gewährung der Prämien für das gesamte Sortiment des werbenden pharmazeutischen Unternehmers angekündigt wird.**

4. **Preisnachlässe und Zuwendungen im Gesamtwert von 1,22 € für jedes abgegebene nicht verschreibungspflichtige Importarzneimittel gegenüber Apotheken stellen eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG dar (in Abgrenzung zur Publikumswerbung, bei der im Hinblick auf die leichtere Beeinflussbarkeit der Werbeadressaten bereits eine den Wert von einem Euro übersteigende Werbegabe eine geringwertige Kleinigkeit darstellt).**

OLG München, Urteil vom 23. Februar 2017 - 29 U 2934/16

- Smiles®Plus Partnerprogramm -

Aktenzeichen: **29 U 2934/16**
7 O 3384/15 Landgericht Traunstein

Verkündet am 23. Februar 2017
Die Urkundsbeamtin:
Fritsche
Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

I.

- Kläger und Berufungskläger -

gegen

E.

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Müller sowie Richterin am Oberlandesgericht Dr. Holzinger und Richter am Oberlandesgericht Krapf auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2017

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 10. Juni 2016, Az.: 7 O 3384/15, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,- €; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Apotheken

1. für jede von ihnen abgegebene Packung eines bei der Beklagten direkt bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen geldwerten Vorteil zu gewähren, der jeweils insgesamt über dem Großhandelszuschlag gemäß § 2 Abs. 1 AMPreisV von 3,15% des betreffenden Arzneimittel-Abgabepreises der Beklagten, höchstens jedoch 37,80 €, liegt,

und /oder

2. für jede von ihnen abgegebene Packung eines über den Großhandel bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen geldwerten Vorteil zu gewähren,

jeweils sofern dies geschieht wie in den Anlagen K 2 und K 4 wie nachfolgend wiedergegeben:

Anlage W2

Das [redacted] Smiles® Plus Partnerprogramm

Ihr großes Plus an Vorteilen

Punkte sammeln und Bonus erhalten! Tag für Tag von vielen weiteren Vorteilen profitieren.

Bei [redacted] ist Parterschaft Programm.
Preisgünstige Importarzneimittel leisten in Deutschland einen wichtigen Beitrag zur Entlastung des Gesundheitssystems. [redacted] geht noch einen Schritt weiter: Wir entlasten Sie! Bisher waren unsere [redacted] Smiles® nur für die Bonuspunkte zuständig. Jetzt leisten sie noch mehr. Neben den geldwerten Vorteilen durch Bonuspunkte unterstützen wir unsere [redacted] Smiles® Partner im Apothekenalltag. Aber sehen Sie selbst!

Login für registrierte Kunden

BGA-Nummer

Passwort

Passwort vergessen?

Login

Registrieren Sie sich jetzt!

> Anmelden

Das Prinzip

Warum sich Ihre Treue auszahlt

Mit unserem [redacted] Smiles® Plus Partnerprogramm honorieren wir Ihre Beratungsleistung bei der Abgabe von [redacted] Importarzneimitteln.

Für jede abgegebene Packung – egal, ob direkt von uns oder über den Großhandel bezogen – schreiben wir Ihnen einen Bonuspunkt gut. Die gesammelten Punkte können Sie gegen Ware, Barvergütung oder Sachprämien einlösen.

Einfaches Prinzip

Jede abgegebene [redacted] -Packung bringt einen Punkt – unabhängig von Größe, Preis und egal, ob über Großhandel direkt bezogen.

Die Vorteile

Viele gute Gründe für eine Partnerschaft

Geldwerte Vorteile

Service-Pakete

POS-Aktionen

Verkaufsaktivitäten

Apotheken-Service

Für jedes abgegebene [redacted] Importarzneimittel erhalten Sie einen Bonuspunkt gutgeschrieben, den Sie gegen Ware, Geld- oder Sachprämien eintauschen können. Unsere regelmäßigen Kontonachrichten informieren Sie laufend über Ihren aktuellen Punktestand und den daraus resultierenden Bar- bzw. Warenwert.

Ihre geldwerten Vorteile auf einen Blick:

- Jede abgegebene [redacted] Packung zählt – unabhängig von Größe und Preis.
- Zunehmender Prämienwert mit steigender Punktezahl (ab 300 und 600 Punkten).
- 10 % Mehrwert bei Einlösung ir [redacted] -Importarzneimittel.
- Sie bestimmen den Zeitpunkt Ihrer Prämieneinlösung.
- Es müssen alle Punkte gleichzeitig eingelöst werden.

Und damit keine Fragen und Wünsche mehr offenbleiben, steht Ihnen unsere kostenlose Infohotline [redacted]) mit Rat und Tat zur Seite.

Ihre Prämien

So rechnen sich Ihre Punkte.

Je mehr Bonuspunkte Sie sammeln, desto höher ist der Punktewert. Wenn Sie für Ihre Bonuspunkte [redacted] -Präparate beziehen, steigt der Wert nochmals um 10 Prozent.

‹ Direktbezug ›

Bonuspunkte	Geldwert	Warenwert*
160-299	0,75 € / Punkt	+10%
300-599	0,90 € / Punkt	+10%
ab 600	1,05 € / Punkt	+10%

*Basis: Apothekeneinkaufspreis

Partnerprogramm

Verkaufsaktivitäten

Apotheken-Service

Für jedes abgegebene [redacted] Importarzneimittel erhalten Sie einen Bonuspunkt gutgeschrieben, den Sie gegen Ware, Geld- oder Sachprämien eintauschen können. Unsere regelmäßigen Kontonachrichten informieren Sie laufend über Ihren aktuellen Punktestand und den daraus resultierenden Bar- bzw. Warenwert.

Ihre geldwerten Vorteile auf einen Blick:

- Jede abgegebene [redacted] Packung zählt – unabhängig von Größe und Preis.
- Zunehmender Prämienwert mit steigender Punktezahl (ab 300 und 600 Punkten).
- 10 % Mehrwert bei Einlösung in [redacted]-Importarzneimittel.
- Sie bestimmen den Zeitpunkt Ihrer Prämieneinlösung.
- Es müssen alle Punkte gleichzeitig eingelöst werden.

Und damit keine Fragen und Wünsche mehr offenbleiben, steht Ihnen unsere kostenlose Infohotline [redacted] mit Rat und Tat zur Seite.

Ihre Prämien

So rechnen sich Ihre Punkte.

Je mehr Bonuspunkte Sie sammeln, desto höher ist der Punktewert. Wenn Sie für Ihre Bonuspunkte [redacted]-Präparate beziehen, steigt der Wert nochmals um 10 Prozent.

‹ Großhandel ›

Bonuspunkte	Geldwert	Warenwert*
160-299	0,50 € / Punkt	+10%
300-599	0,60 € / Punkt	+10%
ab 600	0.70 € / Punkt	+10%

*Basis: Apothekeneinkaufspreis

Die „Ja, ist da!"-Liefergarantie

Bei einer Bestellung von [redacted] Arzneimitteln - egal, ob über den Großhandel oder direkt - hören Sie ab sofort immer häufiger:

„Ja, ist da!"

Rund 1.000 Arzneimittel jederzeit lieferbar.

Mehr erfahren

Die „Ja, ist da!"-Liefergarantie

Für rund 1.000 Importarzneimittel aus dem [redacted]-Sortiment garantieren wir Ihnen die Lieferfähigkeit. Denn nicht lieferbare Arzneimittel kosten Zeit, Nerven und organisatorische Kapazitäten in Ihrer Apotheke.

Immer aktuell informiert

Das aktuelle „Ja, ist da!"-Sortiment finden Sie hier.

Bringt Bonuspunkte

Auch für jede abgegebene Packung aus dem „Ja, ist da!"-Sortiment schreiben wir allen [redacted] Smiles® Plus Partnern einen Bonuspunkt gut.

Zusatzpunkte bei Defekten

Sollte [redacted] oder Ihr Großhandel trotz Liefergarantie nicht liefern können, erhalten al [redacted] Smiles® Plus Partner dennoch einen wertvollen Bonuspunkt als Entschädigung.
(Nur einmal pro Monat und Importarzneimittel möglich.)

[redacted]

Telefon:
Fax:
E-Mail:

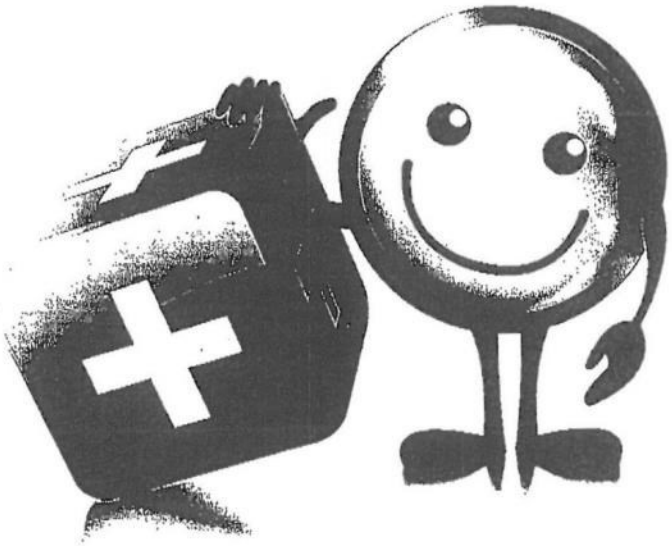
[redacted]

© 2014 [redacted] Alle Rechte vorbehalten.

[redacted] SUM Anlage K 1 :01/0012

Die Anmeldung
DAS „JA-IST-DA!"-SORTIMENT
IHRE PRÄMIEN
DIE VORTEILE
DAS PRINZIP

Das [redacted] Smiles®
Plus Partnerprogramm.



Ihr großes Plus an Vorteilen.

Punkte sammeln und Bonus kassieren! Tag für Tag von vielen weiteren Vorteilen profitieren.

[redacted]

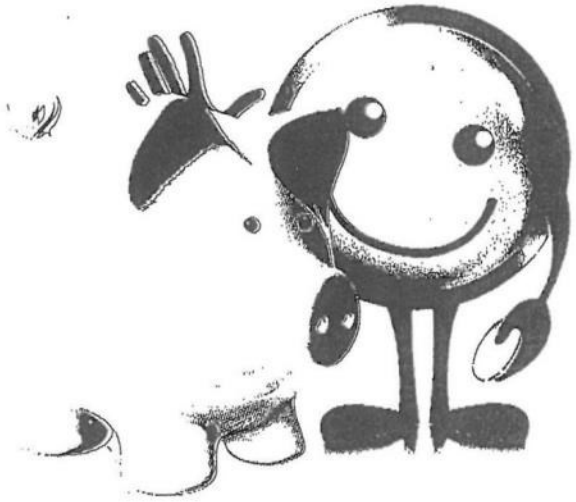
Das Original.
Garantiert!

[redacted] SUN 0002/0012

Warum sich Ihre Treue auszahlt.

Mit unserem [redacted] smiles® Plus Partnerprogramm honorieren wir Ihre Beratungsleistung bei der Abgabe von [redacted] Importarzneimitteln.

Für jede abgegebene Packung – egal, ob direkt von uns oder über den Großhandel bezogen – schreiben wir Ihnen einen Bonuspunkt gut. Die gesammelten Punkte können Sie gegen Ware, Barvergütung oder Schecks einlösen.



[redacted] SUM 0003/0012

Die Anmeldung
DAS „JA-IST-DA!"-SORTIMENT
IHRE PRÄMIEN
DIE VORTEILE
DAS PRINZIP

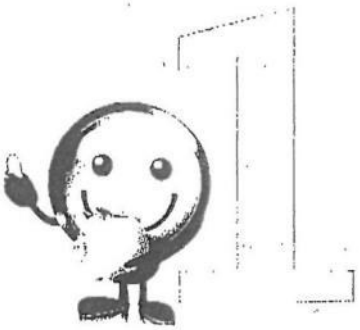
Jede Packung zählt!

- Einfaches Prinzip: Jede abgegebene [redacted]-Packung bringt einen Punkt – unabhängig von Größe, Preis und egal ob über Großhandel oder direkt bezogen.
- Flexible Einlösung: Sie bestimmen die Art und den Zeitpunkt Ihrer Einlösung (ab 160 Punkten).
- Attraktive Punktestaffel: Der Punktwert steigt mit der Anzahl der Punkte (ab 300 bzw. 600 Punkten).
- Höherer Warenwert: Sie kassieren 10 % Mehrwert bei Einlösung in [redacted]-Präparate.

Vier gute Gründe für eine Partnerschaft.

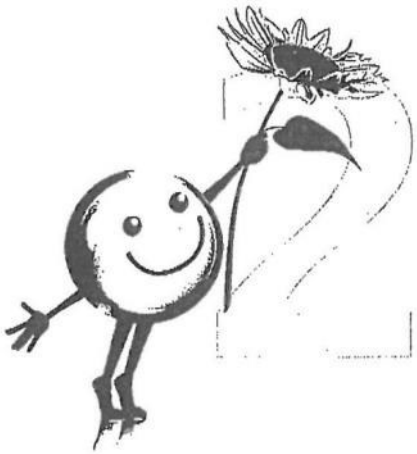
Geldwerte Vorteile

Unsere Kontonachrichten informieren Sie laufend über Ihren aktuellen Punktestand und den daraus resultierenden Bar- bzw. Warenwert. Ihr Guthaben können Sie ganz einfach gegen Ware, Barvergütung oder Sachprämien einlösen.



POS-Aktionen

Mit gezielten POS-Aktionen unterstützen wir Sie bei der Beratung und Bindung Ihrer Kunden. Wir greifen aktuelle Apothekenthemen auf und stellen Ihnen sympathisches POS-Material zur Verfügung. Ganz nebenbei informieren wir Sie über die Vorteile von preisgünstigeren Importarzneimitteln.



[redacted] SUM 0005/0012

Die Anmeldung
DAS „JA-IST-DA!"-SORTIMENT
IHRE PRÄMIEN
DIE VORTEILE

Service-Pakete

Unsere kostenlosen Service-Pakete beinhalten praktische Give-aways für den Apotheken-Alltag, die Sie immer gut gebrauchen können und über die sich jeder Kunde freut. Sie unterstützen Sie in der Beratung und Kundenbindung. Sobald Sie mind. 160 Bonuspunkte gesammelt haben, können Sie zusätzlich kostenlos eines der vier Service-Pakete von [redacted] anfordern. Inhalt und Umfang dieser Pakete finden Sie im Internet unter [redacted]

Die „Ja-ist-da!"-Liefergarantie

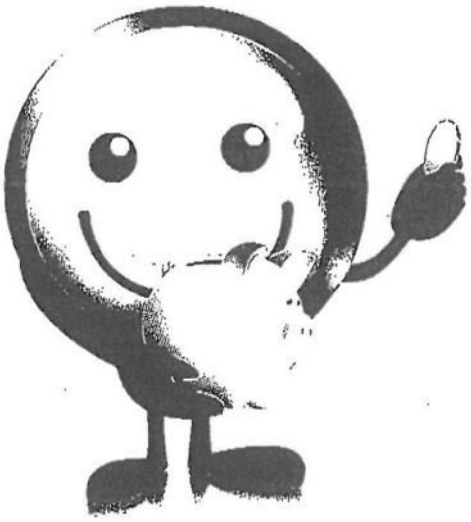
Für rund 1.000 Importarzneimittel aus dem [redacted]-Sortiment garantieren wir Ihnen die Lieferfähigkeit. Bei einer Bestellung bei [redacted] oder Ihrem Großhändler hören Sie also immer häufiger „Ja, ist da!"

So rechnen sich Ihre Punkte.

Je mehr Bonuspunkte Sie sammeln, desto größer ist der Punktwert. Wenn Sie Ihre Bonuspunkte in -Präparate einlösen, steigt der Wert nochmals um 10 Prozent.

BONUSPUNKTE	GROSSHANDEL	
	Geldwert	Warenwert*
160 - 299	0,50 €/Punkt	+10 %
300 - 599	0,60 €/Punkt	+10 %
ab 600	0,70 €/Punkt	+10 %

*Basis: Apothekeneinkaufspreis



SUM 0007/0012

Die Anmeldung
DAS „JA-IST-DA!"-SORTIMENT
IHRE PRÄMIEN

ab 600 Bonuspunkten

0,70 € pro Punkt bei Bezug über den Großhandel
+10 % Mehrwert bei Einlösung in Ware*

z.B. 600 Bonuspunkte:
€ 462,- Warenwert bzw. € 420,- in bar

300 - 599 Bonuspunkte

0,60 € pro Punkt bei Bezug über den Großhandel
+10 % Mehrwert bei Einlösung in Ware*

z.B. 400 Bonuspunkte:
€ 264,- Warenwert bzw. € 240,- in bar

160 - 299 Bonuspunkte

0,50 € pro Punkt bei Bezug über den Großhandel
+10 % Mehrwert bei Einlösung in Ware*

z.B. 200 Bonuspunkte:
€ 110,- Warenwert bzw. € 100,- in bar

[redacted] SUM 0008/0012

Rund 1.000 Arzneimittel jederzeit lieferbar.

Das Problem:

Die Lösung:

* garantiert lieferbare
[redacted]-Importarzneimittel

[redacted] SUM 0009/0012

Die Anmeldung
DAS „JA-IST-DA!"-SORTIMENT

Die „Ja-ist-da!"-Liefergarantie

Für rund 1.000 Importarzneimittel aus dem [redacted] Sortiment garantieren wir Ihnen die Lieferfähigkeit. Bei einer Bestellung bei [redacted] oder Ihrem Großhändler hören Sie also immer häufiger „Ja, ist da!". Denn nicht lieferbare Importarzneimittel kosten Zeit, Nerven und organisatorische Kapazitäten in Ihrer Apotheke.

Bringt Bonuspunkte

Auch für jede abgegebene Packung aus dem „Ja-ist-da!"-Sortiment schreiben wir Ihnen einen Bonuspunkt gut.

Und Zusatzpunkte bei Defekten

Sollte [redacted] oder Ihr Großhandel trotz Liefergarantie nicht liefern können, erhalten Sie dennoch einen wertvollen Bonuspunkt als Entschädigung (Nur einmal pro Monat und Importarzneimittel möglich).

Immer aktuell informiert

Das aktuelle „Ja-ist-da!"-Sortiment finden Sie auf [redacted], in der aktuellen Sortimentsliste oder Sie fordern es an unter [redacted]

SUM 0010/0012

Die Service-Pakete.

Der kostenlose Service für Sie und Ihre Kunden.

unterstützt Sie mit kostenlosen Service-Paketen bei der Beratung und Bindung Ihrer Kunden.
Sobald Sie mindestens 160 Bonuspunkte gesammelt haben und sich entschließen, Ihre Bonuspunkte einzulösen, können Sie zusätzlich kostenlos eines der vier Service-Pakete von anfordern.
Die Größe Ihres Service-Paketes richtet sich nach der von Ihnen erreichten Bonuspunktestaffel.

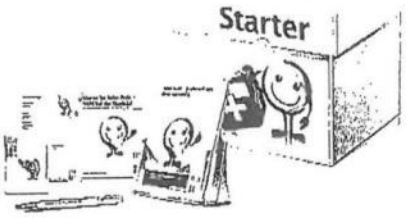
Service-Pakete	Artikel	KLEIN ab 160 Punkte	MITTEL ab 300 Punkte	GROSS ab 600 Punkte
Sicherheit	• 10er Pflaster-Box	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Gummibären	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Tüten (50er Block)	1 Stk.	2 Stk.	3 Stk.
	• Patientenbroschüren	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Karabiner	15 Stk.	20 Stk.	25 Stk.
Sparen	• Einkaufswagen-Chips	10 Stk.	25 Stk.	40 Stk.
	• Gummibären	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Tüten (50er Block)	1 Stk.	5 Stk.	8 Stk.
	• Patientenbroschüren	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Geldbörsen	5 Stk.	10 Stk.	15 Stk.
Partnerschaft	• Gummibären	20 Stk.	30 Stk.	50 Stk.
	• Tüten (50er Block)	1 Stk.	3 Stk.	5 Stk.
	• Patientenbroschüren	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Taschentücher	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Frisbee	10 Stk.	15 Stk.	20 Stk.
Service	• Telefonblöcke	5 Stk.	10 Stk.	15 Stk.
	• Tüten (50er Block)	4 Stk.	6 Stk.	8 Stk.
	• Patientenbroschüren	10 Stk.	20 Stk.	30 Stk.
	• Kugelschreiber	8 Stk.	15 Stk.	25 Stk.
	• Dosieretiketten (500 Stk. auf Rolle)	1 Stk.	2 Stk.	3 Stk.

Gültig solange der Vorrat reicht. Inhalt der Pakete kann je nach Nachfrage variieren

Das Startgeschenk für Sie und Ihre Kunden.

Werden Sie jetzt Smiles® Plus Partner und Sie erhalten neben **10 Start-Bonuspunkten** Ihr **kostenloses „Starter"-Paket.** Das Paket beinhaltet praktische Give-aways für Ihren Apotheken-Alltag, die Sie immer gut gebrauchen können und über die sich jeder Ihrer Kunden freut.

- Gummibären
- Telefonblock
- Kugelschreiber
- Tüten (50er Block)
- Endverbraucherbroschüren



Gültig solange der Vorrat reicht. Symbolfoto.

[redacted] SUM 0011/0012

Die Anmeldung

[redacted]® Plus Partnerprogramm

Teilnahmeformular

kopieren und faxen an: [redacted]

Geldwerte Vorteile

Bonuspunkte	Großhandel Geldwert	Großhandel Warenwert*	Sach- und Serviceprämien
160-299	0,50 €/Punkt	+10%	Mehr Informationen unter: [redacted] Achten Sie auch auf unsere Sonderaktionen.
300-599	0,60 €/Punkt	+10%	
ab 600	0,70 €/Punkt	+10%	

*Basis: Apothekeneinkaufspreis

Teilnahmebedingungen

- Jede Packung zählt: 1 Packung = 1 Bonuspunkt
- Sie benötigen mindestens 160 Punkte, um Ihre Punkte in Prämien einzutauschen.
- Bis zum Einlösen Ihrer Punkte in Prämien müssen mind. 20 verschiedene [redacted] Präparate (PZN) bezogen worden sein.
- Es wird nur der Bezug von apothekenüblichen Mengen an [redacted] importarzneimitteln gewertet.
- Die Punkte müssen immer komplett eingelöst werden.
- Der Weiterleitung meiner Bestelldaten vom jeweiligen GH an [redacted] allein zur Verwaltung meines Punktekontos stimme ich bis auf Widerruf zu.
- Änderungen aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen bleiben vorbehalten.
- Die Einlösung der gesammelten Punkte unterliegt der gesetzlichen Verjährungspflicht gem. §§ 195, 199 BGB
- Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.

Liefergarantie

[redacted] garantiert für über 900 seiner Arzneimittel aus dem Importsortiment eine 100 %ige Lieferfähigkeit über [redacted] oder den Großhandel. Sollte weder Großhandel noch [redacted] aus nicht planbaren Gründen wie versprochen liefern können, erhalten Partnerapotheken als Aufwandsentschädigung trotzdem den Bonuspunkt*.

*Nur einmal pro Monat und Importarzneimittel möglich. Ist Ihr GH nicht lieferfähig, muss ein Bestellversuch bei [redacted] erfolgen.

Service-Pakete

Sobald Sie mind. 160 Bonuspunkte gesammelt haben und sich entschließen, Ihre Bonuspunkte einzulösen, können Sie zusätzlich kostenlos eines der vier Service-Pakete von [redacted] anfordern. Die Pakete beinhalten praktische Give-aways für den Apotheken-Alltag wie z. B. Karabiner, Pflaster, Einkaufswagenchips und vieles mehr. Die Inhalte und die Größe Ihres Service-Paketes finden Sie unter [redacted]

POS-Aktionen

Mit gezielten POS-Aktionen unterstützen wir Sie bei der Beratung und Bindung Ihrer Kunden. Wir greifen aktuelle Apothekenthemen auf und stellen Ihnen sympathisches POS-Material zur Verfügung. Ganz nebenbei informieren wir Ihre Kunden über die Vorteile von preisgünstigeren Importarzneimitteln.

✓ **Ja, wir möchten [redacted] Smiles® Plus Partner werden. Als Begrüßungsgeschenk erhalten wir 10 Bonuspunkte und das [redacted] „Starter"-Paket.**

Apothekenstempel BGA-Nr. [ ]

.....

Datum / Unterschrift

Eine Gemeinschaftsaktion von [redacted] und [redacted]

/2013

SUH 0012/0012

So lösen Sie Ihre Punkte ein.

Sie haben mindestens 160 Smiles® Bonuspunkte gesammelt und möchten diese einlösen? Nichts leichter als das!

Als registrierter Kunde können Sie Ihr Punktekonto ganz einfach online verwalten. Hier sehen Sie auf einen Klick Ihren Punktestand und können Ihre Bonuspunkte gegen Ware, Bargeld oder Sachprämien tauschen.

Klicken Sie sich Ihre Prämie!

Auf www.

- Loggen Sie sich mit Ihrer BGA-Nummer und Ihrem Passwort ein.
- Klicken Sie auf „Punkte einlösen".
- Klicken Sie auf „Warenprämien", „Geldwert" oder „Sachprämien".
- Legen Sie die gewünschten Waren oder Prämien in den Warenkorb.
- Schicken Sie Ihre Bestellung ab.

Sie haben Ihr Passwort vergessen?
Sie haben Fragen zur Online-Einlösung?
Sie möchten lieber telefonisch einlösen?
Kein Problem!

Das Original. Garantiert!

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 2/5 und die Beklagte 3/5 zu tragen.

IV. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer I. 1. und 2. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 120.000,- € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung jeweils Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen können die Parteien die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

V. Der Vollstreckungsschutzantrag wird zurückgewiesen.

VI. Die Revision wird im Hinblick auf die Entscheidung über die Berufungsanträge I. 1. und I. 3. zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche aufgrund der Gewährung von Preisnachlässen auf Arzneimittel an Apotheken.

Der Kläger ist ein Verein zur Selbstkontrolle der pharmazeutischen Industrie, dem neben den drei Industrieverbänden Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH), Bundesverband der pharmazeutischen Industrie e.V. (BTI) und Bundesverband der Hersteller von Lebensmittel für besondere Ernährung e.V. (Diätverband) 59 Einzelfirmen als Mitglieder angehören (vgl. Anlage K 1).

Die Beklagte ist ein pharmazeutischer Unternehmer und bringt im Bundesgebiet die in ihrem Produktportfolio befindlichen Importarzneimittel nach Umverpackung unter ihrem Namen als …-Arzneimittel in den Verkehr. Sie betreibt mit ihrem „…Smiles®Plus Partnerprogramm“ seit über 10 Jahren ein Kundenbindungsprogramm. Bestandteil des Programms ist, dass sie Apotheken pro Abgabe eines Arzneimittels aus ihrem Produktportfolio unabhängig von Größe und Preis des Arzneimittels einen Bonuspunkt gewährt. Das Bonuspunktangebot gilt für verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Der Geldwert eines Bonuspunktes ist im Falle des Direktbezugs bei der Beklagten höher als beim Bezug von Arzneimitteln der Beklagten über den Großhandel. Die Apotheken können ihre gesammelten Bonuspunkte bei Erreichen einer Mindestsumme von 160 Bonuspunkten in Ware, Geld- und Sachprämien eintauschen. Der Wert eines Bonuspunkts erhöht sich mit der Anzahl der gesammelten Bonuspunkte ab einer Punktzahl von 300 und nochmals ab einer Punktzahl von 600. Beim Eintausch in Ware bei der Beklagten erhöht sich der Punktwert um weitere 10%. Der Punktwert bewegt sich nach diesen Regelungen zwischen 0,50 € bei Bezug über den Großhandel und 299 gesammelten Bonuspunkten und maximal 1,15 € bei Direktbezug, einer Gesamtpunktzahl von mindestens 600 Punkten und der Realisierung der 10 %-igen Erhöhung beim Wareneintausch.

Zusätzlich zu den Bonuspunkten gewährt die Beklagte den am Partnerprogramm teilnehmenden Apotheken ab einem Umsatzwert von mindestens 160 Bonuspunkten kostenlos verschiedene Service-Pakete unter den Bezeichnungen „Sicherheit“, „Sparen“, „Partnerschaft“ und „Service“. Die Service-Pakete bestehen aus jeweils fünf verschiedenen Produktkategorien und enthalten Produkte zur Abgabe an die Apothekenkunden wie Pflaster, Boxen, Gummibären, Tüten,

Patientenbroschüren, Karabiner, Taschentücher, Frisbees, Telefonblöcke, Kugelschreiber und Dosieretiketten. Auch die Größe dieser Service-Pakete ist bonuspunktabhängig gestaffelt (vgl. Anlage K 4 Seite 10).

Die Beklagte verspricht den Apotheken weiterhin, sie bei Teilnahme am Partnerprogramm mit gezielten „POS-Aktionen“ (Point-of-Sale-Aktionen) bei der Beratung und Bindung ihrer Kunden zu unterstützen, indem sie „aktuelle Apothekenthemen aufgreift und den Apotheken sympathisches POS-Material“ für vorgenannte Zwecke kostenlos zur Verfügung stellt. Die POS-Aktionen gewährt die Beklagte unabhängig von einer Mindestanzahl von bezogenen und abgegebenen Arzneimitteln (vgl. Anlage K 5, Seite 3).

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 30. April 2015 erfolglos ab (Anlage K 6).

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte verstoße mit ihren verschiedenen geldwerten Vorteilen, die sie im Rahmen ihres Partnerprogramms den Apotheken gewähre, gegen die Marktverhaltensregeln des § 78 AMG i. V. m. § 2 AMPreisV sowie des § 7 Abs. 1 HWG.

Zum geltend gemachten Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG hat der Kläger vorgetragen, dass die Beklagte die Bonuspunkte sowie die bonuspunktabhängigen Service-Pakete jeweils in Bezug auf konkret identifizierbare Arzneimittel gewähre. Jede Vergütungsform sei im Rahmen des Programms an den Bezug eines konkreten Arzneimittels geknüpft. Die Beklagte benenne in den Werbeaussagen zwar keine konkreten Arzneimittel. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des HWG sei jedoch die Individualisierbarkeit konkreter Arzneimittel ausreichend. Mit den gewährten Zuwendungen wolle die Beklagte ganz offensichtlich die Beschaffungs- und Abgabeentscheidung des Apothekers zu Gunsten ihres Produktportfolios beeinflussen.

Zu den geltend gemachten Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und die Arzneimittelpreisverordnung hat der Kläger vorgetragen, die pharmazeutischen Unternehmer dürften im Direktvertrieb an die Apotheke im Zusammenhang mit dem Verkauf und/oder der Bewerbung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels lediglich auf den Großhandelszuschlag in Höhe von 3,15 %, höchstens jedoch 37,80 €, verzichten (§ 2 Abs. 1 AMPreisV). Das Bonuspunkteprogramm der Beklagten verstoße jedenfalls in Bezug auf einen nicht unerheblichen Teil der verschreibungspflichtigen Arzneimittel gegen den maximal zulässigen Preisnachlass von 3,15 % des Herstellerabgabepreises. Die Beklagte gewähre den Apotheken je nach der Anzahl der ab-

gegebenen verschreibungspflichtigen Arzneimittel im Direktbezug eine Vergütung in Höhe von 0,75 € bis 1,15 € (Höchstwert im Falle der Einlösung der Bonuspunkte in Waren). Dies bedeute, dass alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel der Beklagten, deren Herstellerabgabepreis unter 36,50 € liege, allein aufgrund der Vergütungstabelle des Programms unabhängig vom anteiligen Wert der Service-Pakete den maximal zulässigen Preisnachlass in Höhe von 3,15 % des Herstellerabgabepreises überschritten. Die Beklagte vertreibe zahlreiche verschreibungspflichtige Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis unterhalb von 36,50 €, wie ein Auszug aus der Lauertaxe vom 15. Mai 2015 zeige (vgl. Anlage K 7).

Zudem sei anteilig der Wert der Service-Pakete hinzuzurechnen. Der Mindestwert der Service-Pakete in der Kategorie „Klein“ betrage 50,- €, in der Kategorie „Mittel“ 100,- € und in der Kategorie „Groß“ 150,- €. Insofern werde auch bei Arzneimitteln oberhalb eines Herstellerabgabepreises von 36,50 € je nach Vergütungsstaffel der maximal zulässige Preisnachlass überschritten.

Der Kläger hat weiter die Auffassung vertreten, bei der Belieferung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln über den Großhandel dürfe der pharmazeutische Unternehmer aufgrund von § 78 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 AMG keinerlei geldwerten Vorteil gewähren. Beim Bezug über den Großhandel sei das gesamte Partnerprogramm unabhängig von der Höhe der Bonuspunkte und dem anteiligen Wert der Service-Pakete unzulässig.

Auch in Bezug auf nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel hat der Kläger das Bonuspunktesystem beanstandet. Diesbezüglich gelte zwar die Arzneimittelpreisverordnung nicht, aber § 7 Abs. 1 HWG verbiete im Zusammenhang mit produktbezogener Absatzwerbung für Arzneimittel grundsätzlich jede Gewährung eines geldwerten Vorteils. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG mache davon zwar eine Ausnahme. Nach ständiger Rechtsprechung liege die Geringwertigkeitsschwelle jedoch bei 1,- €. Die Beklagte gewähre im Falle des Direktvertriebs allein mit ihrer Bonuspunkte-Staffel geldwerte Vorteile pro Arzneimittel oberhalb von 1,- €.

Ferner hat der Kläger die Auffassung vertreten, dass die kostenlose Zurverfügungstellung von Werbe-und Kundenbindungsmaterial im Rahmen der „POS-Aktionen“ gegen § 7 Abs. 1 HWG verstoße. Die Beklagte gewähre den Apotheken hierdurch einen geldwerten Vorteil, den nur die Apotheken erhalten würden, die sich an dem umsatzorientierten Partnerprogramm der Beklag-

ten beteiligten, welches wiederum den Absatz des gesamten Importarzneimittel-Sortiments der Beklagten fördern solle.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Apotheken für jede von ihnen abgegebene Packung eines bei der Beklagten direkt bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen über dem Großhandelszuschlag gemäß § 2 Abs. 1 AMPreisV liegenden geldwerten Vorteil zu gewähren (Ziffer I. 1.), für jede von den Apotheken abgegebene Packung eines über den Großhandel bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen geldwerten Vorteil zu gewähren (Ziffer I. 2.), für jede von den Apotheken abgegebene Packung eines nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen Vorteil im Marktwert von über 1,- € zu gewähren (Ziffer I. 3.), und/oder kostenlos Werbe- und Kundenbindungsmaterial im Rahmen eines vom Umsatz mit Arzneimitteln der Beklagten abhängigen Bonuspunkte-Programms zu überlassen (Ziffer I. 4.).

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, sie verstoße mit ihrem Partnerprogramm weder gegen § 7 HWG noch gegen § 78 AMG in Verbindung mit den Vorgaben der AMPreisV. Es handele sich um ein Kundenbindungsprogramm, das dazu diene, durch allgemeine Imagewerbung und die Gewährung rechtlich zulässiger Zuwendungen an teilnehmende Apotheken ihren Bekanntheitsgrad am Markt zu steigern, Vertrauen in ihre Leistungen zu wecken und damit für die Qualität und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens insgesamt zu werben. Die hervorgehobene Bewerbung der „Ja-ist-da!“-Liefergarantie mache dies deutlich. Daher werde im Rahmen des Programms die Aufmerksamkeit der angesprochenen und teilnehmenden Apotheken allein auf die Qualität und Preisgünstigkeit der Unternehmensleistung, aber nicht auf einzelne konkrete Arzneimittel gelenkt. Das Heilmittelwerbegesetz und insbesondere § 7 HWG finde auf das Programm keine Anwendung. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit von § 7 HWG sei ein Produktbezug. Die vom Kläger vorgelegten Werbeunterlagen in den Anlagen K2 bis K5 enthielten keinen einzigen Hinweis auf ein bestimmtes Arzneimittel. Sie sei als Parallelimportunternehmer gerade nicht im klassischen Sinne Arzneimittelhersteller. Bei den von ihr vertriebenen Produkten gebe es auch wirkstoffgleiche Arzneimittel verschiedener Hersteller; insofern gehe es ihr bei dem Partnerprogramm nicht um eine Beeinflussung des Absatzes konkreter Arzneimittel.

Hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen die AMPreisV hat die Beklagte weiter vorgetragen, der Kläger stelle die tatsächliche Bezugssituation verzerrt dar. Die Mehrzahl ihrer Produkte habe einen Preis, der über 36,50 € liege. Bei ihrem Partnerprogramm handele es sich um eine Mischkalkulation, auf deren Basis sie die Zuwendungen gesetzeskonform gewähre. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass bei Arzneimitteln mit einem Preis von über 1.200,- € eine Zuwendung in Höhe des Höchstbetrages, das heißt in Höhe von 37,80 €, in zulässiger Weise gewährt werden dürfte, worauf sie aber verzichte. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Bestell- und Bezugssituation und unter Einbeziehung der hochpreisigen Arzneimittel im Sortiment der Beklagten sei das Partnerprogramm zulässig. Selbst wenn man eine arzneimittelbezogene Betrachtung zugrunde legen wollte und nicht eine Mischkalkulation, gehe der Antrag zu Ziffer I. 1. viel zu weit, da aus den genannten Gründen für die Mehrzahl der betroffenen Arzneimittel eine viel höhere Zuwendung rechtlich zulässig sei.

Bei den Service-Paketen handele es sich um Werbe- und Verkaufshilfen, die dazu dienten, den Verkauf gegenüber dem Endverbraucher zu erleichtern. Solche Verkaufshilfen seien bereits nicht vom Zuwendungsbegriff des § 7 HWG umfasst. Selbst unter Einbeziehung der Werte der Service-Pakete, die durch den Kläger viel zu hoch angesetzt seien, hielten die im Rahmen des Partnerprogramms insgesamt gewährten Zuwendungen die rechtlichen Vorgaben ein. Für das Paket „Klein“ seien höchstens 15,- €, für das Paket „Mittel“ 30,- € und für das Paket „Groß“ 45,- € anzusetzen.

Zum Unterlassungsantrag Ziffer I. 2. hat die Beklagte vorgetragen, dass sie bei Bezug über den Großhandel höchstens einen Punktwert von 0,70 € gewähre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seien gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG Werte von bis zu 1,- € zulässig. Zum Antrag Ziffer I. 3. hat sie darauf verwiesen, dass es für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel auf die Geringwertigkeitsgrenze nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG gar nicht ankomme. Rabatte für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel seien uneingeschränkt zulässig. Der Gesetzgeber habe insoweit gerade eine Förderung des Wettbewerbs sicherstellen wollen. Zum Antrag Ziffer I. 4. hat sie vorgetragen, bei den „POS-Aktionen“ handele es sich um zulässige Werbe- und Verkaufshilfen. Diese Verkaufshilfen seien überdies gerechnet auf die Anzahl der bezogenen Arzneimittel geringwertig.

Mit Urteil vom 10. Juni 2016, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er wiederholt und vertieft sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und beantragt unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts:

> I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) zu unterlassen,
>
> im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Apotheken
>
> 1. für jede von ihnen abgegebene Packung eines bei der Beklagten direkt bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen geldwerten Vorteil zu gewähren, der jeweils insgesamt über dem Großhandelszuschlag gemäß § 2 Abs. 1 AMPreisV von 3,15% des betreffenden Arzneimittel-Abgabepreises der Beklagten, höchstens jedoch 37,80 €, liegt,
>
> wie in den Anlagen K 2 und K 4 geschehen
>
> und /oder
>
> 2. für jede von ihnen abgegebene Packung eines über den Großhandel bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen geldwerten Vorteil zu gewähren,
>
> wie in den Anlagen K 2 und K 4 geschehen
>
> und /oder
>
> 3. für jede von ihnen abgegebene Packung eines nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen Vorteil im Marktwert von über 1,00 € zu gewähren, sofern dies nicht in der Gestalt eines Barrabatts geschieht,
>
> wie in den Anlagen K 3 und K 4 geschehen
>
> und / oder
>
> 4. kostenlos Werbe- und Kundenbindungsmaterial im Rahmen eines vom Umsatz mit Arzneimitteln der Beklagten abhängigen Bonuspunkte-Programms zu überlassen,
>
> wie in den Anlagen K 4 und K 5 geschehen.

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen sowie Vollstreckungsschutz gemäß § 712 ZPO zu gewähren.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2017 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist hinsichtlich der Berufungsanträge Ziffer I. 1. und 2. begründet. Im Übrigen hat sie keinen Erfolg.

1. Der Unterlassungsantrag Ziffer I. 1., wonach es die Beklagte zu unterlassen hat, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Apotheken für jede von ihnen abgegebene Packung eines bei der Beklagten direkt bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen geldwerten Vorteil zu gewähren, der jeweils insgesamt über dem Großhandelszuschlag gemäß § 2 Abs. 1 AMPreisV von 3,15% des betreffenden Arzneimittel-Abgabepreises der Beklagten, höchstens jedoch 37,80 €, liegt, ist zulässig und begründet.

a) Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (vgl. BGH WRP 2017, 64 Tz. 36 – *Orthopädietechniker*).

Im Streitfall wiederholt der Kläger im Antrag weitgehend den Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV, nimmt jedoch auf die konkrete Verletzungsform gemäß den Anlagen K 2 und K 4 Bezug. Aus den Anlagen und dem Sachvortrag des Klägers ergibt sich hinreichend deutlich, dass der Beklagten verboten werden soll, beim Direktvertrieb Apotheken geldwerte Vorteile zu gewähren, sofern diese durch das Bonuspunktesystem und den anteiligen Wert der Service-Pakete jeweils in der Summe über dem Großhandelszuschlag gemäß § 2 Abs. 1 AMPreisV von 3,15% des betreffenden Arzneimittel-Abgabepreises der Beklagten, höchstens jedoch 37,80 €, liegen.

b) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, § 3, § 3a UWG i. V. m. § 78 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV begründet.

Das streitgegenständliche Bonussystem verstößt gegen die vorstehend genannten Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und der Arzneimittelpreisverordnung, soweit die Beklagte im Direktvertrieb den Apotheken Bonuspunkte für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis unter 36,50 € gewährt. Die zusätzlich gewährten Service-Pakete erhöhen anteilig die Rabatte um bis zu 10 Cent, so dass im Einzelfall auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit einem Herstellerabgabepreis über 36,50 € ein Verstoß gegen § 78 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV vorliegen kann.

aa) Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV dürfen bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15 %, höchstens jedoch 37,80 Euro, zuzüglich eines Festzuschlags von 70 Cent sowie die Umsatzsteuer erhoben werden. Mit dem Zuschlag von 3,15 %, höchstens jedoch 37,80 Euro, wird eine Preisspanne bestimmt, zu der der Großhandel die Arzneimittel weitergeben darf. Der Großhandel darf allerdings auch den Preisrahmen unausgeschöpft lassen und die Apotheken zum Herstellerabgabepreis zuzüglich des Festzuschlages von 70 Cent und Umsatzsteuer beliefern. Weitergehende Preisnachlässe sind unzulässig.

aaa) Entgegen der Auffassung der Beklagten darf bei der Abgabe der in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV erfassten Arzneimittel durch den Großhandel an Apotheken der Verkaufspreis die Summe aus der Addition von Herstellerpreis, Festzuschlag von 0,70 € und Umsatzsteuer nicht unterschreiten. Der Großhandel darf einen Rabatt nur im Rahmen des in dieser Vorschrift festgelegten Höchstzuschlags von 3,15% auf den Herstellerpreis (maximal 37,80 €) gewähren. Der in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV normierte Festzuschlag von 0,70 € ist dagegen stets einzupreisen und darf nicht durch Preisnachlässe reduziert werden (vgl. OLG Bamberg, WRP 2016, 1151 Tz. 94, 96, 115 – *Großhandelsrabatte für Apotheker*; entgegen KG Berlin, GRUR-RR 2013, 78 Tz. 37 – *aut idem-Substitution*).

Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV („Festzuschlag“) und dem Willen des Gesetzgebers. In der vom 1. April 2007 bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung des § 2 AMPreisV war ein Festpreiszuschlag noch nicht enthalten. Hiervon ist der Gesetzgeber mit der Neuregelung der AMPreisV zum 1. Januar 2011 abgerückt. In der BT-Drucksache 17/2413 vom 6. Juli 2010 (Gesetzentwurf zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes

in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz - AMNOG)) heißt es auf Seite 36 auszugsweise:

„…Der Großhandelszuschlag für Fertigarzneimittel wird neu geregelt und an die Struktur der Apothekenvergütung angeglichen, die durch das GKV- Modernisierungsgesetz zum 1. Januar 2004 von einem rein prozentualen Zuschlag in einen Festzuschlag zuzüglich eines prozentualen Zuschlags umgestellt wurde. Künftig setzt sich auch der Großhandelszuschlag aus einem Festzuschlag in Höhe von 60 Cent je Packung und einem prozentualen Zuschlag von 1,7 Prozent des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers zusammen… Der preisunabhängige Bestandteil ist nicht rabattfähig. Der preisabhängige Zuschlag in Höhe von 1,7 Prozent des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers ist wie der bisherige Großhandelszuschlag als Höchstzuschlag ausgestaltet. Durch den Festzuschlag von 60 Cent ist insgesamt sichergestellt, dass der Großhandel eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken sicherstellen kann. Gleichzeitig gewährleistet der preisabhängige Zuschlag die Finanzierung wertabhängiger Aufwendungen. Der rabattfähige prozentuale Zuschlag gewährleistet dem Großhandel einen gewissen Spielraum bei der Preisgestaltung gegenüber den Apotheken. Insbesondere soll er Funktionsrabatte, zum Beispiel für die Bestellung größerer Mengen, ermöglichen.“

Der Entwurf wurde im Wesentlichen unverändert als Beschluss des Gesundheitsausschusses in den Bundestag eingebracht und dort mit einem prozentualen Zuschlag von 3,15 % und einem Festzuschlag von 70 Cent beschlossen. In der BT-Drucksache 17/3698 vom 10. November 2010 heißt es auf Seite 60: „*Der rabattfähige Anteil des Großhandelszuschlages beträgt künftig 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 €. Der nicht rabattfähige Anteil beträgt 70 Cent je Packung*.“

Aus der Entstehungsgeschichte der Verordnung ist zu ersehen, dass der Wille des Gesetzgebers dahin geht, dem Großhandel zur Sicherung einer angemessenen und flächendeckenden Belieferung der Apotheken einen als „Festzuschlag“ ausgestalteten Betrag zur Verfügung zu stellen. Um diesen Zweck zu erreichen, hat der Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass insoweit keine Rabatte gewährt werden dürfen; er hat vielmehr nur den prozentualen Zuschlag als rabattfähig und damit als Instrument der Preisgestaltung gegenüber Apotheken angesehen.

bbb) Das Landgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Festzuschlag von 70 Cent im Streitfall rabattfähig sei, weil die Beklagte als pharmazeutischer Unternehmer die Arzneimittel gerade nicht über den Großhandel, sondern direkt vertreibe und es ihr deshalb nicht verwehrt sein könne, auf diesen Festzuschlag zu verzichten.

Gemäß § 78 Abs. 1 Satz 3 AMG gelten die Preisvorschriften für den Großhandel aufgrund von § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG und § 2 AMPreisV auch für pharmazeutische Unternehmer. Der Gesetzgeber hat durch die Änderung des § 78 Abs. 1 AMG mit dem Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, 2983 ff.) ausdrücklich klargestellt, dass die Vorschriften zur Höhe der Großhandelszuschläge und zum Rabattverbot auch für den pharmazeutischen Unternehmer im Direktvertrieb gelten, da er dann wie ein Großhändler tätig wird (vgl. BT-Drucksache 17/8005, Seite 135). Daraus folgt, dass auch ein von einem pharmazeutischen Unternehmer im Direktvertrieb an Apotheken gewährter Preisnachlass, bei dem der Höchstzuschlag von 3,15 % überschritten und auf den nicht rabattfähigen Festzuschlag verzichtet wird, unzulässig ist.

bb) Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nicht nur dann vor, wenn der pharmazeutische Unternehmer oder Großhändler ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV zulässigen Preis abgibt. Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden vielmehr auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Apotheker aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen (vgl. BGH GRUR 2013, 1264 Tz. 13 - *RezeptBonus*). Insbesondere ein über einen bestimmten Geldbetrag lautender Gutschein oder einzulösende Bonuspunkte stellen Vorteile im vorstehend genannten Sinne dar (vgl. BGH GRUR 2010, 1133 Tz. 14 – *Bonuspunkte*).

Im Streitfall können die Apotheken ihre gesammelten Bonuspunkte bei Erreichen einer Mindestsumme von 160 Bonuspunkten ohne wesentliche Hindernisse in Ware, Geld- und Sachprämien eintauschen. Sie können den Zeitpunkt ihrer Prämieneinlösung selbst bestimmen, wobei alle gesammelten Punkte gleichzeitig eingelöst werden müssen (vgl. Anlage K 2 Seite 3). Der Beklagten kann auch nicht darin gefolgt werden, dass die ersten 159 gesammelten Punkte keinen Geldwert hätten. Denn bei Erreichen der Mindestsumme von 160 Punkten können auch die Punkte 1 bis 159 eingelöst werden.

cc) Das Bonuspunktesystem der Beklagten verstößt gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV jedenfalls dadurch, dass beim Direktvertrieb den Apotheken auch Bonuspunkte für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis unter 36,50 € gewährt werden.

aaa) Der Geldwert eines Punktes beläuft sich gemäß dem gestaffelten Prämiensystem ab einer Gesamtpunktzahl von 160 auf 0,75 €, ab 300 gesammelten Punkten auf 0,90 € und ab 600 Punkten auf 1,05 €. Dieser erhöht sich im Falle der Einlösung der Bonuspunkte in Waren bei der Beklagten nochmals um 10 % und beträgt dann maximal 1,15 €. Die teilnehmenden Apotheken bekommen für jede abgegebene Importarzneimittel-Packung der Beklagten – unabhängig von Größe und Preis – einen Bonuspunkt gutgeschrieben (vgl. Anlage K 2, Seite 3).

bbb) Der nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV zulässige Rabatt von höchstens 3,15 % beträgt bei einem unter 36,50 € liegenden Herstellerabgabepreis weniger als 1,15 €. Bereits bei einem Herstellerabgabepreis von 35,- € liegt der zulässige Rabatt bei 1,10 €, bei einem Herstellerabgabepreis von 20,- € beträgt der zulässige Rabatt nur noch 0,63 €.

ccc) Der von der Beklagten ausgelobte maximale Geldwert von 1,15 € pro Punkt übersteigt daher den für Arzneimittel mit einem unter 36,50 € liegenden Herstellerabgabepreis gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV zulässigen Rabatt von höchstens 3,15 %. Je weiter der Herstellerabgabepreis eines Arzneimittels der Beklagten unterhalb von 36,50 € liegt, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die nach der Vergütungsstaffel der Beklagten gewährte Vergütung den maximal zulässigen Preisnachlass überschreitet.

ddd) Die Beklagte kann sich dabei nicht auf eine „Mischkalkulation“ ihres Bonuspunktesystems berufen. Entgegen der Annahme des Landgerichts kann bei der Prüfung, ob die gewährten Bonuspunkte gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV verstoßen, nicht auf eine umsatzbezogene Gesamtbetrachtung der Beklagten abgestellt werden. Zwar vertreibt die Beklagte überwiegend Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis über 36,50 €, wie sich aus dem vom Kläger vorgelegten – unvollständigen – Auszug aus der Lauertaxe vom 15. Mai 2015 hinsichtlich Produkten der Beklagten ergibt. Danach hat die Beklagte zu diesem Zeitpunkt rund 130 Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis unter 36,50 € und rund 280 Arzneimittel mit einem Herstellerabgabepreis über 36,50 €, darunter auch hochpreisige Medikamente, angeboten (vgl. Anlage K 7, Spalte „EK“).

§ 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV stellt jedoch nach seinem klaren Wortlaut auf die einzelnen Fertigarzneimittel ab. Dies zeigen insbesondere der nicht rabattfähige Festzuschlag von 70 Cent und der Höchstzuschlag von 37,80 € pro Arzneimittel. Dementsprechend ist auch für den ra-

battfähigen Zuschlag von 3,15 % eine produktbezogene Betrachtung pro Arzneimittel maßgeblich.

dd) Die von der Beklagten zusätzlich gewährten Service-Pakete stellen ebenfalls geldwerte Vorteile i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV dar und erhöhen anteilig den gewährten Rabatt um bis zu 10 Cent pro Arzneimittelpackung. Auch diese Service-Pakete sind an das Erreichen der 160-Punktemarke gekoppelt. Die Größe dieser Service-Pakete richtet sich nach der erreichten Bonuspunktestaffel. Dementsprechend gibt es die Service-Pakete „Klein“ (ab 160 Punkten), „Mittel“ (ab 300 Punkten) und „Groß“ (ab 600 Punkten).

aaa) Bei den Service-Paketen handelt es sich nicht um „Werbe- und Verkaufshilfen“ der Beklagten. Es kann daher dahinstehen, ob die vom Werbegabeverbot des § 7 Abs. 1 HWG nicht umfassten „Werbe- und Verkaufshilfen“ auch bei der Prüfung der Überschreitung der zulässigen Preisnachlässe gemäß § 78 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV unberücksichtigt bleiben müssen.

Bei reinen Verkaufshilfen (z. B. Schaufensterdekoration) steht nicht die Werbung des Herstellers gegenüber dem Einzelhändler – hier dem Apotheker –, sondern gegenüber dem Endverbraucher im Mittelpunkt. Sie werden von Herstellern an Einzel- oder Zwischenhändler unentgeltlich abgegeben, um diesen die Werbung oder den Verkauf ihrer Produkte gegenüber Endverbrauchern oder Nächstabnehmern zu erleichtern. Sie dienen damit vorwiegend dem eigenen Interesse des Herstellers und sind damit keine Zuwendungen oder sonstige Werbegaben im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2008, Az.: 20 U 173/07, juris Tz. 22).

Im Streitfall handelt es sich bei den Service-Paketen nicht um Werbung der Beklagten gegenüber Apothekenkunden. Die Service-Pakete bestehen aus jeweils fünf verschiedenen Produktkategorien, enthalten Produkte zur Abgabe an die Apothekenkunden wie Pflaster, Boxen, Gummibären, Tüten, Patientenbroschüren, Karabiner, Taschentücher, Frisbees, Telefonblöcke, Kugelschreiber und Dosieretiketten und sind zur unentgeltlichen Weitergabe an die Apothekenkunden vorgesehen. Zwar ist auf den einzelnen Paketen und den Verpackungen der darin befindlichen Gegenstände jeweils das als Smiley ausgestaltete Logo des …Smiles®Plus Partnerprogramms der Beklagten angebracht (vgl. Anlage K 3, Seiten 3 und 4). Konkrete Arzneimittel der Beklagten werden damit aber nicht beworben. Die Apotheken sind auch nicht verpflichtet,

die in den Service-Paketen enthaltenen Produkte ausschließlich an Apothekenkunden weiterzureichen, denen sie Arzneimittel der Beklagten abgeben. Die Apothekenkunden werden die unentgeltlich überlassenen Gegenstände als eine weitergehende Leistung der Apotheke zur Kundenbindung ansehen und nicht als Werbung der Beklagten für einzelne Importarzneimittel oder deren Leistungsfähigkeit. Vielmehr stellen die an die Bonuspunkte gekoppelten Service-Pakete eine zusätzliche Rabattierung der von den Apotheken abgegebenen Arzneimittel der Beklagten dar. Sie sind fester Bestandteil des Partnerprogramms und tragen dazu bei, die Auswahlentscheidung der Apotheken zu Gunsten der Importarzneimittel der Beklagten zu beeinflussen.

bbb) Der darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat jedoch nicht dargetan, dass die von der Beklagten angegebenen Verkehrswerte der Service-Pakete in Höhe von 15,- € („Klein“), 30,- € („Mittel“) und 45,- € („Groß“) unzutreffend sind. Die vom Kläger unsubstantiiert behaupteten Werte von 50,- €, 100,- € und 150,- € erscheinen angesichts des Inhalts der einzelnen Pakete (vgl. Anlage 4 Seite 10) überhöht, zumal auch unklar ist, von welcher Qualität die einzelnen in den Service-Paketen enthaltenen Produkte sind. Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 6. Mai 2016 mit dem Anlagenkonvolut K 17 die Ergebnisse seiner Google-Recherchen für einzelne Produkte vorgelegt hat, hat er die jeweiligen Verkaufspreise schriftsätzlich schon gar nicht vorgetragen, sondern lediglich pauschal auf die Anlage verwiesen.

Maßgeblich ist bei der Bewertung der Verbrauchs- bzw. Verkehrswert, den der Gegenstand im Allgemeinen für den Durchschnittsadressaten hat. Auf den Herstellungs- oder Anschaffungswert kommt es hingegen nicht an (vgl. *Brixius* in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl. 2016, § 7 Rn. 80). Ausgehend von den Verkehrswerten der Service-Pakete in Höhe von 15,- € („Klein“), 30,- € („Mittel“) und 45,- € („Groß“) ergeben sich anteilige Zuwendungen der Beklagten an die Apotheken in Höhe von 0,09 € (160 Punkte), 0,1 € (300 Punkte) und 0,07 € (600 Punkte). Dadurch erhöhen sich die gewährten Rabatte der Beklagten durch die Service-Pakete um bis zu 10 Cent.

ee) Die entgegen § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV gewährten Rabatte sind auch nicht durch einen erhöhten Beratungsaufwand in Bezug auf Importarzneimittel gerechtfertigt. Dass solche Auskünfte und Beratungsleistungen der Apotheker abhängig von den gesammelten Bonuspunkten einen erhöhten Arbeitsaufwand nach sich ziehen, der mit einem höheren Prämienwert honoriert wird, ist nicht nachvollziehbar. Im Übrigen gehört die Beratung durch den Apotheker gemäß § 20 ApBetrO zu dessen ureigensten Pflichten, die nicht gesondert von pharmazeutischen Un-

ternehmern vergütet werden müssen. Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 ApBetrO muss der Apothekenleiter sicherstellen, dass Patienten hinreichend über Arzneimittel informiert und beraten werden. Zudem muss er nach § 20 Abs. 3 ApBetrO einschlägige Informationen bereithalten, um Patienten zu helfen, eine sachkundige Entscheidung zu treffen, auch in Bezug auf Behandlungsoptionen, Verfügbarkeit, Qualität und Sicherheit der von ihm erbrachten Leistungen. Insofern steht den gewährten Rabatten keine echte Gegenleistung der Apotheken gegenüber.

ff) Die Bestimmungen der § 78 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 AMPreisV sind nach ihrem Zweck dazu bestimmt, den (Preis-)Wettbewerb unter den pharmazeutischen Unternehmen zu regeln. Sie stellen damit Marktverhaltensregelungen i.S. des § 3a UWG dar (vgl. BGH GRUR 2010, 1133 Tz. 19 – *Bonuspunkte*).

gg) Der Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 AMPreisV ist auch spürbar im Sinne des § 3a UWG.

aaa) Die Interessen der Mitbewerber werden spürbar beeinträchtigt, weil zu erwarten ist, dass die Beklagte durch die unzulässige Gewährung von Preisrabatten gegenüber Mitbewerbern im Wettbewerb Vorteile erlangt. Angesichts der bestehenden Nachahmungsgefahr und aufgrund der vorgeschriebenen strikten Preisbindung können schon geringfügige Durchbrechungen dieses Gebots Auswirkungen auf den Markt haben.

bbb) Allerdings war nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Verstoß gegen die Preisvorschriften, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten, nur dann 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 (vgl. BGH GRUR 2010, 1133 Tz. 19 – *Bonuspunkte*; GRUR 2013, 1264 Tz. 20 – *RezeptBonus*).

Der Bundesgerichtshof hat dabei entscheidend darauf abgestellt, dass ein Verstoß gegen die Preisvorschriften, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten, dann nicht geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, wenn die für eine entsprechende Heilmittelwerbung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 HWG a.F. bestehenden Grenzen eingehalten sind. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 HWG sind Zuwendungen oder Werbegaben, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Weise zu

berechnenden Geldbetrag bestehen (Barrabatte), unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Da eine entsprechende Beschränkung, die der Abstimmung des Heilmittelwerberechts mit dem Arzneimittelpreisrecht dient, für die anderen Fälle des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG a.F. nicht vorgesehen war, ist der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, dass Zuwendungen und sonstige Werbegaben, die den in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 HWG a.F. für zulässige Wertreklame vorgegebenen Rahmen nicht überschreiten, auch dann heilmittelwerberechtlich zulässig sind, wenn sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Arzneimittelrechtlich liegt nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs zumindest in den Fällen, in denen es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um geringwertige Kleinigkeiten im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG a.F. handelt, lediglich ein Verstoß vor, der nicht geeignet ist, den Wettbewerb bzw. die Interessen von Marktteilnehmern in relevanter Weise zu beeinträchtigen (vgl. BGH a.a.O. Tz. 21 – *Bonuspunkte*).

ccc) Dieser besonderen, der Vermeidung von Wertungswidersprüchen dienenden Beurteilung ist jedoch die Grundlage entzogen, nachdem der Gesetzgeber mit der Änderung von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in der seit dem 13. August 2013 geltenden Fassung die heilmittelrechtliche Zulässigkeit von Zuwendungen verschärft, einen zweiten Halbsatz eingefügt und ausdrücklich geregelt hat, dass derartige Zuwendungen stets unzulässig sind, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die auf Grund des Arzneimittelgesetzes gelten. Diese Gesetzesänderung diente nach der Entwurfsbegründung (BT-Drucksache 17/13770, Seite 21) dazu, als Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Einheitlichkeit der Rechtsordnung wiederherzustellen. Unter diesen Umständen kann auch im vorliegenden Fall die Spürbarkeit im Sinne von § 3a UWG nicht mehr unter Hinweis auf den Wertungswiderspruch verneint werden, der sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus den unterschiedlichen Regelungen im Arzneimittelrecht und im Heilmittelwerberecht in der bis zum 12. August 2013 geltenden Fassung ergab (vgl. OLG Frankfurt, GRUR-RR 2015, 31 Tz. 10).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung vom 26. Februar 2014, in der der Bundesgerichtshof auf seine frühere Rechtsprechung verwiesen hat, wonach ein Verstoß gegen die Bestimmungen des § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4, § 3 AMPreisV geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, wenn der Wert der für den Bezug eines Arzneimittels gewährten Werbegabe einen Euro übersteigt (vgl. BGH GRUR 2014, 593 Tz. 21 – *Sofort-Bonus*). Mit der

Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG zum 13. August 2013 hat sich der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung nicht auseinandergesetzt. Zudem war die Spürbarkeitsgrenze von einem Euro nicht entscheidungserheblich, da in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt mit Rabatten von 3,- € bis 10,- € pro Medikament geworben wurde.

hh) Der Unterlassungsantrag ist auch nicht zu weit gefasst. Der Beklagten soll ihr Bonuspunktesystem nicht insgesamt, sondern nur insoweit verboten werden, als die nach § 2 Abs. 1 AMPreisV zulässigen Rabatte für einzelne verschreibungspflichtige Arzneimittel bei der Gewährung von Bonuspunkten und Service-Paketen überschritten werden.

2. Der Unterlassungsantrag Ziffer I. 2., wonach es die Beklagte zu unterlassen hat, Apotheken für jede von ihnen abgegebene Packung eines über den Großhandel bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen geldwerten Vorteil zu gewähren, ist ebenfalls begründet.

a) Soweit die Beklagte verschreibungspflichtige Importarzneimittel über den Großhandel vertreibt und den Apotheken in der Folgezeit für jedes von ihnen abgegebene Arzneimittel geldwerte Vorteile gewährt, liegt unabhängig von der Höhe des Rabatts ein Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2, 78 Abs. 3 Satz 1 AMG vor, weil sie in diesem Fall keinen einheitlichen Abgabepreis gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG sicherstellt.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV ist vorliegend nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift gilt der Großhandelszuschlag bei der Abgabe von Arzneimitteln durch Großhändler an Apotheken sowie im Falle des Direktvertriebs bei der Abgabe von Arzneimitteln durch den pharmazeutischen Unternehmer an Apotheken (§ 78 Abs. 1 Satz 3 AMG).

Der pharmazeutische Unternehmer ist in seiner Preisbildung zwar grundsätzlich frei, darf jedoch bei der Abgabe seiner Importarzneimittel an den Großhandel keine Zuschläge gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV verlangen. Er ist verpflichtet, ein bestimmtes Arzneimittel stets zum gleichen Preis anzubieten. Der einheitliche Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers darf bei der Abgabe an den Großhandel sowie an die Apotheken nicht unterschritten werden, so dass eine Überschreitung der höchstzulässigen Zuschläge in den Handelsstufen ausgeschlossen ist (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 24. Oktober 2006 (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz), BT-Drucksache

16/3100, Seite 199; *Hofmann* in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl. 2016, § 78 Rn. 55, vgl. Anlage K 13; Rehmann, AMG, 4. Aufl. 2014, § 78 Rn. 2, vgl. Anlage K 12).

Indem die Beklagte den Apotheken für jede von ihnen abgegebene Packung eines über den Großhandel bezogenen verschreibungspflichtigen Arzneimittels geldwerte Vorteile verspricht und gewährt, unterschreitet sie ihren gegenüber dem Großhandel verlangten einheitlichen Abgabepreis und stellt diesen entgegen § 78 Abs. 3 Satz 1 AMG nicht sicher. Preisnachlässe auf den einheitlichen Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers können gemäß § 78 Abs. 3 Satz 2 AMG lediglich Sozialleistungsträger und private Krankenversicherungen mit dem pharmazeutischen Unternehmer für die zu ihren Lasten abgegebenen verschreibungspflichtigen Arzneimittel vereinbaren. Diese Regelung ermöglicht einen Wettbewerb der Krankenversicherungen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen vom pharmazeutischen Unternehmer gewährte Preisvorteile lediglich den Krankenkassen und damit im Ergebnis dem Endverbraucher, nicht aber dem Großhandel oder Apotheken zugutekommen.

Das Vorgehen der Beklagten kann zudem zu einer Überschreitung der höchstzulässigen Preisnachlässe führen. Die Apotheken können sowohl vom Großhandel die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV zulässigen Rabatte, als auch von der Beklagten zusätzliche Preisnachlässe gewährt bekommen. Die Beklagte macht die ausgelobten geldwerten Vorteile beim Bezug über den Großhandel gerade nicht davon abhängig, dass der Großhandel auf die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV zulässigen Rabatte verzichtet.

b) Auch wenn die von der Beklagten beim Bezug der Importarzneimittel über den Großhandel gewährten Bonuspunkte lediglich einen Geldwert zwischen 0,50 € und 0,70 € zuzüglich 10 % bei Einlösung in Ware haben (vgl. Anlage K 4 Seiten 6, 7, 11) und sich der geldwerte Vorteil mit dem anteiligen Wert der Service-Pakete auf maximal 0,87 € pro Arzneimittel erhöht, ist der Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG spürbar im Sinne des § 3a UWG (vgl. II. 1. b) gg)).

3. Der Unterlassungsantrag Ziffer I. 3., wonach es die Beklagte zu unterlassen hat, Apotheken für jede von ihnen abgegebene Packung eines nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittels der Beklagten einen Vorteil im Marktwert von über 1,- € zu gewähren, sofern dies nicht in der Gestalt eines Barrabatts geschieht, hat hingegen keinen Erfolg.

a) Für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ist ein einheitlicher Apothekenabgabepreis der Apotheken nicht vorgeschrieben, die Arzneimittelpreisverordnung gilt hierfür nicht (vgl. § 1 Abs. 4 AMPreisV).

Einen Verstoß gegen § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AMG, wonach für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden, die pharmazeutischen Unternehmer zum Zwecke der Abrechnung der Apotheken mit den Krankenkassen ihren einheitlichen Abgabepreis anzugeben haben, von dem bei der Abgabe im Einzelfall abgewichen werden kann, hat der Kläger nicht dargetan.

b) Auch ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG liegt im Ergebnis nicht vor. Der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ist im Streitfall zwar eröffnet. Bei den von der Beklagten gewährten geldwerten Vorteilen in Höhe von bis zu 1,22 € pro abgegebenes Arzneimittel handelt es sich jedoch um geringwertige Kleinigkeiten gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG.

aa) Das beanstandete umsatzabhängige Bonuspunkte- und Prämiensystem stellt eine produktbezogene Werbung für (nicht verschreibungspflichtige) Arzneimittel i.S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 7 HWG dar.

aaa) In den Geltungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes einbezogen ist allein die produktbezogene Werbung (Produkt- und Absatzwerbung), nicht dagegen die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt (vgl. BGH GRUR 2009, 1082 Tz. 15 – *DeguSmiles & more*). Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt danach 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. Diese Grundsätze gelten insbesondere auch für die in § 7 HWG geregelte Werbung mit Werbegaben. Die Bestimmung des § 7 HWG ist daher nur dann anwendbar, wenn gewährte Werbegaben sich aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs als Werbung für konkrete Heilmittel darstellen (vgl. BGH a.a.O. Tz. 15 – *DeguSmiles & more*).

bbb) Die Beklagte schreibt den am Partnerprogramm teilnehmenden Apotheken für jede abgegebene Packung nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel – unabhängig von Größe und Preis der Packung – einen Bonuspunkt gut. Der Geldwert eines Punktes beläuft sich im Falle des Direktbezugs ab 600 gesammelten Punkten auf 1,05 €. Dieser erhöht sich im Falle der Einlösung der Bonuspunkte in Waren bei der Beklagten nochmals um 10 % und beträgt dann maximal 1,15 €. Der geldwerte Vorteil erhöht sich durch die Service-Pakete, bei denen es sich nicht um zulässige „Werbe- und Verkaufshilfen“ handelt, um 0,07 € (anteiliger Wert der Service-Pakete ab 600 Punkten) so dass der – umsatzabhängige – geldwerte Vorteil für ein von der Beklagten bezogenes nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel maximal 1,22 € betragen kann.

ccc) Zwar bewirbt die Beklagte in ihrem Partnerprogramm mit der „Ja-ist-da!“-Liefergarantie und den Hinweisen auf die Qualität und die Preisgünstigkeit ihrer Importarzneimittel auch ihre allgemeine Leistungsfähigkeit. Insbesondere garantiert sie für rund 1.000 Importarzneimittel die Lieferfähigkeit (vgl. Anlage K 4, Seite 5, 8, 9 und 11) und verspricht einen Zusatzpunkt pro Monat und Importarzneimittel als Entschädigung, falls sie trotz Liefergarantie nicht liefern kann (vgl. Anlage K 2, Seite 5). Zudem ist zu berücksichtigen, dass das mit den „POS-Aktionen“ ausgelobte Werbe- und Kundenbindungsmaterial nicht umsatzabhängig gestaffelt ist. Auch gewährt die Beklagte den Apotheken bei Anmeldung zum Partnerprogramm als Startgeschenk umsatzunabhängig 10 Start-Bonuspunkte und ein kostenloses „Starter“-Paket (vgl. Anlage K 4, Seite 10).

ddd) Trotz dieser umsatzunabhängigen, die allgemeine Leistungsfähigkeit des Unternehmens betreffenden Umstände steht das produkt- und umsatzbezogene Bonuspunkte- und Prämiensystem der Beklagten für die am Partnerprogramm teilnehmenden Apotheken im Vordergrund. Dies zeigt sich schon in der Unterüberschrift auf Seite 1 der Anlagen K 2 und K 3, in der es heißt: „*Punkte sammeln und Bonus erhalten! Tag für Tag von vielen weiteren Vorteilen profitieren*.“ Auch auf den Seiten 2 bis 5 der Anlagen K 2 und K 3 wird maßgeblich auf das Bonuspunktesystem unter Einblendung der Prämienstaffelung und die Service-Pakete abgestellt. Dabei wird insbesondere das Prinzip („*Warum sich Treue ausbezahlt*“, Seite 2) erläutert. Auf Seite 3 der Anlage K 2 werden unter der Überschrift „*Ihre geldwerten Vorteile auf einen Blick*“ die Voraussetzungen der Inanspruchnahme zusammengefasst und anschließend die Prämienstaffelung beim Direktbezug sowie beim Bezug über den Großhandel tabellarisch dargestellt. In der Anlage K 4 preist die Beklagte insbesondere auf den Seiten 3 bis 7, 10 und 11 beim Bezug über

den Großhandel ganz überwiegend ihr Bonuspunktesystem sowie die umsatzabhängigen Service-Pakete (Seite 10) an. Auch im Teilnahmeformular (Seite 11) werden unter nochmaliger Einblendung der Prämientabelle an prominenter Stelle die geldwerten Vorteile hervorgehoben. Abschließend heißt es auf Seite 12: „*So lösen Sie Ihre Punkte ein.*“

Für die am Partnerprogramm interessierten bzw. teilnehmenden Apotheker stellt sich das Prämiensystem mit der Möglichkeit, die gesammelten Bonuspunkte gegen Ware, Bargeld oder Sachprämien einzutauschen, als Hauptvorteil dar, während die weiteren unternehmensbezogenen Vorteile in den Hintergrund treten.

eee) Eine andere Bewertung ist im Streitfall auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte ihr Bonuspunkte- und Prämiensystem nicht auf bestimmte Importarzneimittel beschränkt, sondern auf ihr gesamtes Produktsortiment erstreckt.

(1) Die Beklagte gewährt die Bonuspunkte und die Service-Pakete jeweils in Bezug auf konkret identifizierbare Arzneimittel. Die Importarzneimittel aus dem Produktportfolio der Beklagten sind für die teilnehmenden Apotheken ohne weiteres individualisierbar. Das aktuelle „Ja, ist da!“-Sortiment der Beklagten für rund 1.000 Importarzneimittel ist in der streitgegenständlichen Werbung abrufbar (vgl. Anlage K 3, Seite 6). Zudem können die Apotheker die Importarzneimittel der Beklagten über ihre Apothekensoftware unter dem Suchbegriff „…“ finden. Mit jedem Arzneimitteleinkauf gewährt die Beklagte den Apotheken Prämien für den Bezug konkreter Arzneimittel.

(2) Das Ausloben und Gewähren von Prämien – für den Bezug von Medizinprodukten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG – durch einen Hersteller stellt eine produktbezogene und daher gemäß § 7 HWG verbotene Werbung dar unabhängig davon, ob die für die Gewährung der Prämien erforderlichen Prämienpunkte allein für genau benannte Medizinprodukte, für eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl von Medizinprodukten oder sogar für das gesamte, neben Medizinprodukten auch andere Produkte umfassende Sortiment angekündigt wird. Der Zweck des § 7 HWG besteht vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen ausgehen kann. Es gibt keinen Grund, den vom Gesetzgeber im Bereich der Heilmittelwerbung als grundsätzlich unerwünscht angesehenen Anreiz einer Wertreklame gerade dann hinzunehmen, wenn diese Form der Reklame für eine

besonders große Zahl von Heilmitteln eingesetzt wird (vgl. BGH a.a.O. Tz. 15 - *DeguSmiles & more*).

(3) In den zeitlich nachfolgenden Entscheidungen vom 9. September 2010 hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass eine auf sämtliche verschreibungspflichtigen Arzneimittel bezogene Publikumswerbung eines Apothekers sich als Imagewerbung darstelle (vgl. BGH GRUR 2010, 1136 Tz. 24 - *UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE*; GRUR-RR 2011, 39 Tz. 20 - *Bonussystem*; GRUR 2010, 1133 Tz. 21 – *Bonuspunkte*).

(4) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Bundesgerichtshof in den drei Entscheidungen vom 9. September 2010 keine Abkehr von der „*DeguSmiles & more*"-Entscheidung vom 26. März 2009 vorgenommen, wonach ein Produktbezug auch dann vorliegen könne, wenn Prämienpunkte für das gesamte Sortiment ausgelobt werden. Vielmehr ist der Bundesgerichtshof in den drei nachfolgenden Entscheidungen davon ausgegangen, dass im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung im konkreten Einzelfall eine Imagewerbung eines Apothekers vorliege, wenn dieser den Verbrauchern Bonuspunkte oder andere Vorteile beim Bezug von Arzneimitteln und anderen Produkten in seiner Apotheke verspricht.

Einem Apotheker, der fremde Fertigarzneimittel unterschiedlichster Hersteller an Endverbraucher abgibt, kommt es bei der Gewährung von Zuwendungen pro Arzneimitteleinkauf auf sein gesamtes Warensortiment nicht darauf an, den Vertrieb von bestimmten Arzneimitteln eines Herstellers zu fördern, sondern darauf, die Verbraucher allgemein an seine Apotheke zu binden und hierdurch Wettbewerbsvorteile gegenüber konkurrierenden Apotheken zu erlangen. Daher stellt sich eine auf sämtliche verschreibungspflichtigen Arzneimittel bezogene Publikumswerbung eines Apothekers als Imagewerbung ohne Produktbezug dar.

Hingegen vertreibt die Beklagte als pharmazeutischer Unternehmer die in ihrem Produktportfolio befindlichen Importarzneimittel nach Umverpackung im eigenen Namen. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 AMG müssen Arzneimittel, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes in den Verkehr gebracht werden, den Namen oder die Firma und die Anschrift des pharmazeutischen Unternehmers tragen. Anders als Großhändler oder Apotheken vertreibt die Beklagte keine fremden Arzneimittel mit der Verpackung des Originalherstellers, sondern bringt mit ihrem Namen auf Verpackung und Gebrauchsanweisung die umverpackten Arzneimittel in den Verkehr. Zwar gehören zum Sortiment der Beklagten auch wirkstoffgleiche Arzneimittel unterschiedlicher

Hersteller; auch diese Parallelarzneimittel bringt sie aber jeweils im eigenen Namen in den Verkehr. Die Beklagte als Parallelimporteurin kann auch nicht wie ein Großhändler oder Apotheker beliebige Fertigarzneimittel auf Abruf von Originalherstellern bestellen und den Apotheken liefern, da sie nur mit ganz bestimmten Herstellern Vertriebsvereinbarungen und deshalb nur ein begrenztes, wenn auch wechselndes Produktportfolio hat. Daher kommt es der Beklagten bei ihrem Bonuspunktesystem darauf an, den Absatz ihrer nach Import umverpackten und mit ihrem Namen und ihrer Anschrift gekennzeichneten Arzneimittel zu fördern.

fff) Nach dem Gesamterscheinungsbild des Bonuspunkte- und Prämiensystems der Beklagten steht daher nicht die Darstellung des Unternehmens, sondern die Anpreisung ihrer Produkte im Vordergrund.

bb) Soweit die Beklagte geldwerte Vorteile in Höhe von maximal 1,22 € für jedes nicht verschreibungspflichtige Medikament an Apotheken gewährt, handelt es sich jedoch um geringwertige Kleinigkeiten i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG.

Danach sind Zugaben erlaubt, wenn es sich um geringwertige Kleinigkeiten handelt. Nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung fallen unter den Begriff der geringwertigen Kleinigkeit allein Gegenstände von so geringem Wert, dass eine relevante unsachliche Beeinflussung der Werbeadressaten als ausgeschlossen erscheint. Die Wertgrenze liegt im Falle der Publikumswerbung bei einem Euro (vgl. BGH GRUR 2010, 1133 Tz. 19 – *Bonuspunkte*; GRUR 2013, 1264 Tz. 19, 20 – *RezeptBonus),* wobei hierbei im Hinblick auf die leichtere Beeinflussbarkeit der Werbeadressaten von einer eher niedrigeren Wertgrenze auszugehen ist (vgl. BGH a.a.O. Tz. 19 – *RezeptBonus*).

Ob die Wertgrenze im Falle der Zuwendung an Angehörige der Fachkreise entsprechend der im Kodex über die freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie (FSA-Kodex) vorgesehenen Wertgrenze von fünf Euro für Zuwendungen an die Ärzteschaft anzusetzen ist (vgl. *Brixius* in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl. 2016, § 7 Rn. 138), kann dahinstehen.

Denn jedenfalls bei einer – wie im Streitfall – nur sehr geringfügigen Überschreitung der bei der Publikumswerbung maßgeblichen Wertgrenze von einem Euro handelt es sich unter Berücksichtigung der nach der Lebenserfahrung im Vergleich zum allgemeinen Publikum schwereren Beeinflussbarkeit der angesprochenen Apotheker, die es gewöhnt sind, in vielfältiger

Weise mit Werbegaben ausgestattet zu werden (vgl. BGH GRUR 2012, 1279 Tz. 30 – *DAS GROSSE RÄTSELHEFT*), um geringwertige Kleinigkeiten gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG, soweit für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel die strikte Preisbindung des Arzneimittelrechts nicht gilt.

4. Auch der Antrag Ziffer I. 4., wonach es die Beklagte zu unterlassen hat, Apotheken kostenlos Werbe- und Kundenbindungsmaterial im Rahmen eines vom Umsatz mit Arzneimitteln der Beklagten abhängigen Bonuspunkts-Programms zu überlassen, hat keinen Erfolg.

a) Einen Verstoß gegen § 78 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 2 AMPreisV durch die kostenlose Überlassung von Werbe- und Kundenbindungsmaterial im Rahmen der „POS-Aktionen“ hat der Kläger nicht dargetan.

b) Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG liegt ebenfalls nicht vor.

Der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ist hinsichtlich der „POS-Aktionen“ nicht eröffnet, da es sich insofern um reine Imagewerbung ohne Produktbezug handelt. Das kostenlose Werbe- und Kundenbindungsmaterial ist zwar Teil des Partnerprogramms, mit dem das Bonuspunktesystem und die Service-Pakete beworben werden. Im Gegensatz dazu sind die „POS-Aktionen“ jedoch nicht umsatzabhängig gestaffelt. Voraussetzung für die Übersendung des Werbe- und Kundenbindungsmaterials ist lediglich die Teilnahme am Partnerprogramm, nicht jedoch ein (Mindest-)Bezug von Importarzneimitteln aus dem Produktportfolio der Beklagten (vgl. Anlage K 4, Seite 4 und 11). Insofern bewirbt die Beklagte allenfalls ihre allgemeine Leistungsfähigkeit. Weitere Details zum Inhalt dieses Werbe- und Kundenbindungsmaterials, die Aufschluss über die etwaige Erwartung der angesprochenen Apotheker auf einen weiteren unentgeltlichen Bezug geben könnten, hat der Kläger nicht dargetan.

5. Der nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 2. Februar 2017 bot keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (§ 156 ZPO).

III.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 ZPO. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2017 angegeben, dass sich der Streitwert von insgesamt 400.000,- € auf die Anträge Ziffer I. 1. bis 3. mit jeweils 120.000,- € und auf den Antrag Ziffer I. 4. mit 40.000,- € verteilt. Der Streitwert für das Berufungsverfahren ist vom Senat mit der entsprechenden Aufteilung auf 400.000,- € festgesetzt worden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Der beantragte Vollstreckungsschutz gemäß § 712 ZPO war nicht zu gewähren. Die Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, dass ihr die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde (§ 712 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO i. V. m. § 714 Abs. 1, Abs. 2 ZPO).

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) liegen im Hinblick auf die Entscheidung über die Berufungsanträge I. 1. und I. 3. vor. Die Rechtsfrage, ob die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPreisV die Gewährung von Rabatten über den Betrag von 3,15 % des Herstellerabgabepreises hinaus verbietet und der Festzuschlag von 0,70 € nicht rabattfähig ist, ist nicht höchstrichterlich geklärt. Ebenfalls nicht geklärt ist die Wertgrenze für geringwertige Kleinigkeiten gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG im Falle von Zuwendungen an Angehörige der Fachkreise. Angesichts der möglichen Auswirkungen auch für die Allgemeinheit gerade im Hinblick auf das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der flächendeckenden, bedarfsgerechten und wohnortnahen medizinischen Versorgung der Bevölkerung hat die Klärung dieser Rechtsfragen auch über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

Müller Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht	Dr. Holzinger Richterin am Oberlandesgericht	Krapf Richter am Oberlandesgericht