

Titel:

Abgabepreis des Pharmagroßhandels von Fertigarzneimitteln an Apotheken

Normenketten:

HWG § 7

GG Art. 12

AMG § 78

AMPreisV § 2

Leitsätze:

1. Bei der Abgabe der in § 2 Abs. 1 S. 1 AMPreisV erfassten Arzneimittel durch den Pharmagroßhandel an Apotheken darf der Verkaufspreis die Summe aus der Addition von Herstellerpreis, Festzuschlag von 0,70€ und Umsatzsteuer nicht unterschreiten. (amtlicher Leitsatz)
2. Der Pharmagroßhandel darf einen Rabatt nur im Rahmen des in dieser Vorschrift festgelegten Höchstzuschlags von 3,15% auf den Herstellerpreis (maximal 37,80 €) gewähren. (amtlicher Leitsatz)
3. Der in § 2 Abs. 1 S. 1 AMPreisV normierte Festzuschlag von 0,70 € ist dagegen stets einzupreisen und darf nicht durch Preisnachlässe - in welcher Ausgestaltung auch immer, insbesondere auch nicht durch die Gewährung von Skonti - reduziert werden. (amtlicher Leitsatz)
4. Ein Verstoß hiergegen ist wettbewerbswidrig im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG a. F. bzw. von § 3a UWG n. F. (amtlicher Leitsatz)
5. Die mit den Vorgaben des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPreisV verbundene Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG ist verfassungsrechtlich zulässig. (amtlicher Leitsatz)
6. Der Rechtsprechung des BGH, dass § 7 Abs. 1 HWG eine Marktverhaltensregel darstellt, wird sich angeschlossen (vgl. BGH GRUR 2015, 504 - kostenlose Zweitbrille). (red. LS Dirk Büch)

Schlagworte:

Arzneimittel, Verkaufspreis, Berufsausübungsfreiheit, Preisspielraum, Rabattgewährung, Skontogewährung

Vorinstanz:

LG Aschaffenburg, Endurteil vom 22.10.2015 – 1 HK O 24/15

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 05.10.2017 – I ZR 172/16

Fundstellen:

GRUR-Prax 2016, 396

A&R 2016, 240

GRUR-RS 2016, 12355

WRP 2016, 1151

GRUR-RR 2017, 164

LSK 2016, 12355

PharmR 2016, 399

BeckRS 2016, 12355

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts Aschaffenburg vom 22.10.2015, Az. 1 HKO 24/15, abgeändert:

2. Die Beklagte wird verurteilt,

a) es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu € 250.000,00 - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken

Rabatte zu bewerben, die über den Höchstzuschlag von 3,15 % hinausgehen, wenn dies geschieht wie aus der Anlage K2 oder der Anlage K3 ersichtlich, und/oder solchermaßen beworbene Rabatte ankündigungsgemäß zu gewähren;

b) an den Kläger € 246,10 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit 10.03.2015 zu zahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

4. Dieses Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i. H. v. 100.000,00 € bzw. in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe bzw. in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Tatbestand

1

A. Die Parteien streiten um wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche aufgrund der Gewährung von und der Werbung mit Preisnachlässen auf Arzneimittel.

2

I. Der Kläger ist eine Wettbewerbszentrale. Die Beklagte betreibt einen Pharmagroßhandel. In einem Informationsblatt warb die Beklagte jedenfalls bis vor Klageerhebung wie folgt:

„Wir gewähren unseren Apothekenkunden auf alle A.-Artikel bis zu 70,00 € 3% Rabatt plus 2,5% Skonto auf den rabattierten Preis (Skonto nur bei Einhaltung des Zahlungsziels) = Summe 5,425%.

Ab 70,00 € bis zur Höchstpreisgrenze 2% Rabatt + 2,5% Skonto auf den rabattierten Preis (Skonto nur bei Einhaltung des Zahlungsziels) = Summe 4,45%.

Unsere Rabatte bei A.-Produkten beziehen sich auf die gesetzlich festgesetzte Höchstbasis (rAEP).

Soweit wir Endpreise für unsere Apothekenkunden in Listen und Angeboten auf (z. Bsp. im Apotheken-Warenwirtschaftssystem oder in unserem Web-Shop) für A.-Artikel bis zur Hochpreisgrenze angeben, verstehen wir dies unter Berücksichtigung des Rabatts von 3% bzw. 2% und unter Berücksichtigung des Skontos auf den rabattierten Preis bei Zahlung innerhalb des Zahlungsziels.

Soweit wir Gesamtkonditionen ankündigen, z. Bsp. „5,425% oder „fast 5,5%“ bzw. „4,45% oder „fast 4,5%“ verstehen sich diese als Gesamtkondition unter Berücksichtigung des Rabatts von 3% bzw. 2% und des Skontos von 2,5% auf den rabattierten Preis bei Einhaltung des Zahlungsziels.“

3

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 Bezug genommen.

4

Auf ihrer Homepage im Internet wirbt die Beklagte wie folgt:

„Ihre Vorteile:

-3% Rabatt plus 2,5% Skonto = in Summe fast 5,5% -für A.-Produkte bis 70,00 € (Dekadenzahlung)

-2% Rabatt plus 2,5% Skonto = in Summe fast 4,5% -für A.-Produkte ab 70,00 € bis zur Hochpreisgrenze...

-unserer Rabatte bei A.-Produkten beziehen sich auf die gesetzlich festgesetzte Höchstpreisbasis...“

5

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 3 Bezug genommen. Entsprechend dieser Werbung werden von der Beklagten diese Konditionen auch gewährt.

6

Mit Schreiben vom 26.11.2014 mahnte der Kläger die Beklagte ab. Hierfür entstanden dem Kläger Kosten in Höhe von 246,10 €. Die Beklagte lehnte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ab.

7

II. 1. Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen:

8

a) Er sei gemäß § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG umfassend klagebefugt.

9

Seine Anspruchsberechtigung sei gegeben. Der Kläger sei aufgrund Beschwerden Dritter tätig geworden. Er vertrete die Auffassung, dass das Preismodell der Beklagten über das rechtlich Zulässige hinausgehe. Er nehme daher mit der Klage im Rahmen seiner satzungsmäßigen Aufgaben die gewerblichen und selbstständigen beruflichen Interessen seiner Mitglieder wahr. Auch wenn der Kläger durch Mitglieder und sonstige Marktteilnehmer auf den Wettbewerbsverstoß der Beklagten aufmerksam gemacht worden sei, beseitige das nicht seine umfassende Klagebefugnis.

10

Die Klage sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Selbst wenn, was bestritten bleibe, alle Wettbewerber der Beklagten in der Streitgegenständlichen Art und Weise gegen das Arzneimittelpreisrecht sowie das Heilmittelwerberecht verstoßen hätten, könne dies eine Rechtsmissbräuchlichkeit der vorliegenden Klage nicht begründen, weil es ein Recht auf Gleichheit im Unrecht nicht gebe. Eine Kostenübernahme durch den „etablierten Pharmahandel“ sei nicht zugesagt und wäre überdies unerheblich. Es stelle auch keinen Rechtsmissbrauch dar, wenn der Kläger im Rahmen der Bekämpfung einer wettbewerbswidrigen Maßnahme eine offene Rechtsfrage klären wolle.

11

b) Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm ein Unterlassungsanspruch zustehe. Die Geschäftspraxis der Beklagten bzw. die Werbung und die Gewährung von Rabatten verstoße gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 78 Abs. 1 AMG und §§ 1, 2 AMPPreisV sowie gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 HWG.

12

aa) Barrabatte für Fertigarzneimittel, deren Abgabe nach § 43 Abs. 1 AMG den Apotheken vorbehalten sei, seien nur im Rahmen des § 78 Abs. 3 AMG und der AMPPreisV zulässig. Eine Rabattgewährung des pharmazeutischen Unternehmens gegenüber dem Großhandel komme nicht in Betracht. Der Großhandel wiederum dürfe der Apotheke einen „Rabatt“ nur im Rahmen des Großhandelszuschlags gewähren, der sich aus der Arzneipreisverordnung, und zwar aus § 2 Abs. 1 AMPPreisV, ergebe. Danach dürfe bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln durch den Großhandel an Apotheken auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15%, höchstens jedoch 37,80 €, zuzüglich eines zwingend zu erhebenden Festzuschlags von 70 Cent und der Umsatzsteuer erhoben werden. Dies entspreche dem Willen des Gesetzgebers, wie sich aus den Gesetzesbegründungen entnehmen lasse. Dieser habe mit dem Festzuschlag sicherstellen wollen, dass der Großhandel an seiner Aufgabe mitwirke, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten. Der Großhandel erhalte so eine Vergütung, die dafür ausreichend sei. Daher sei der Festzuschlag unantastbar. Die Vorgehensweise des Gesetzgebers stelle einen zulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar.

13

Entgegen § 2 Abs. 1 AMPPreisV gewähre die Beklagte jedoch Rabatte in Höhe von 5,5% für A.-Produkte (verschreibungspflichtige Produkte) bis zu 70,00 €. Dieser Rabatt setze sich zusammen aus einem 3%igen Rabatt + 2,5% Skonto. Ab 70,00 € ergebe sich ein Rabatt von 4,5%, zusammengesetzt aus 2% Rabatt und 2,5% Skonto. Damit lägen die von der Beklagten beworbenen und gewährten Rabatte von 5,5% und 4,5% deutlich über dem gesetzlichen zulässigen Höchstzuschlag von 3,15% und würden daher den gesetzlich angeordneten Festzuschlag von 0,70 € schmälern.

14

Unerheblich sei das von der Beklagten in der Werbung verwendete Vokabular. Auch Skonto stelle einen Rabatt dar. Bei den Begriffen „Rabatt“ und „Skonto“ gebe es lediglich einen sprachlichen und keinen inhaltlichen Unterschied. Die Begriffe seien als Synonym aufzufassen. Ob und inwieweit sich die Ersparnis ausschließlich auf einen Rabatt oder auch auf ein Skonto zurückführen lasse, sei bei wirtschaftlicher Betrachtung ohne Bedeutung.

15

bb) Die Werbung verstoße auch gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a HWG.

16

§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG differenziere zwischen Barrabatten einerseits und Natural- und Mengenrabatten andererseits. Barrabatte seien nur dann unzulässig, wenn sie entgegen den Preisvorschriften, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten, gewährt würden. Ausnahmslos unzulässig seien Natural- und Mengenrabatte auf alle apothekenpflichtigen Arzneimittel.

17

c) Der Kläger begehrt weiterhin Ersatz der Kosten, die ihm aufgrund der Abmahnung entstanden seien in Höhe von 246,10 €.

18

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt: Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meldung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,- € -ersatzweise Ordnungshaft- oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken Rabatte zu bewerben, die über den Höchstzuschlag von 3,15% hinausgehen, wenn dies geschieht wie aus der Anlage K 2 oder der Anlage K 3 ersichtlich, und/oder solchermaßen beworbene Rabatte ankündigungsgemäß zu gewähren;

2. an den Kläger 246,10 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

19

2. Die Beklagte beantragt Klageabweisung.

20

Zur Begründung führt die Beklagte aus:

21

Die Klage sei unzulässig und zudem unbegründet.

22

a) Der Kläger sei für diese Klage ausnahmsweise nicht klagebefugt und nicht anspruchsberechtigt, da er sich mit seinem Vorgehen außerhalb seiner eigenen Satzung stelle und die Klage rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG sei.

23

Der gesamte etablierte Pharmahandel sei indirekt über den P. in B., der Mitglied beim Kläger sei, sowie im Übrigen teilweise direkt (A./A., S., N.) und teilweise über Tochter-, Beteiligungs- und sonstige Konzerngesellschaften, Mitglied des Klägers. Mit der vorliegenden Klage gehe der Kläger nicht aus eigenem Antrieb gegen die Beklagte und deren Konditionen vor, sondern auf Veranlassung und im Interesse des etablierten Großhandels.

24

Der Kläger sei vorliegend aufgrund einer oder mehrerer Beschwerden des etablierten Pharmahandels und aufgrund einer entsprechenden Kostenübernahmezusage tätig geworden. Obwohl der Kläger über einen eigenen Prozesskostenfonds verfüge, führe er die vorliegende Klage trotz einer Spezialabteilung für die Gesundheitsbranche nicht auf eigenes Kostenrisiko. Der etablierte Pharmahandel habe dem Kläger zugesagt, die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dies zeige, dass der Kläger nur im Auftrag des etablierten Pharmahandels gegen die Beklagte vorgehe. Dies mache das Vorgehen des Klägers zwar noch nicht von vorneherein rechtsmissbräuchlich. Der Kläger sei im vorliegenden Fall aber hinsichtlich der Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit nicht besser gestellt als der hinter dem Kläger stehende Wettbewerber. Da die gesamte Pharmahandelsbranche in der Vergangenheit bis heute jahrzehntelang zusätzlich zu Rabatten von bis zu 3,15% und mehr auch Skonti gewährt habe, sei das Vorgehen des Klägers nach § 8 Abs. 4 UWG, der sich wie ein Wettbewerber behandeln lassen müsse, als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Der Kläger verstoße mit seiner Klage auch gegen seine eigene Satzung. Nach § 2 Abs. 2 der Satzung solle die Bekämpfung wettbewerbswidriger Maßnahmen, insbesondere durch die Erstattung von Gutachten, Rechtsberatung sowie Vermittlung von Informationen, geschehen und in streitigen Fällen möglichst durch

Herbeiführung einer gütlichen Einigung oder Abmahnung oder Anrufung von Stellen zu gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten. Der Kläger habe in dieser Angelegenheit keine Stelle zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten angerufen. Der Kläger beabsichtige auch nicht, wettbewerbswidrige Maßnahmen zu bekämpfen, sondern offene Rechtsfragen zu klären.

25

b) Ein Verstoß gegen das Arzneimittelpreisrecht liege nicht vor. Gemäß § 78 Abs. 3 AMG hätten die pharmazeutischen Unternehmer (die Hersteller pharmazeutischer Produkte) einen einheitlichen Preis sicherzustellen. Zweck der Regelung sei ein einheitlicher Apothekenabgabepreis. Ausgehend von dem einheitlichen Herstellerabgabepreis setze bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln § 2 AMPPreisV die Großhandelszuschläge auf der vorletzten Handelsstufe an Apotheken und § 3 AMPPreisV die Apothekenzuschläge auf der letzten Handelsstufe an den Endverbraucher fest. Der Großhandel sei im Rahmen seiner Preisstellung an Apotheken auf jeden Fall berechtigt, auf den prozentualen Aufschlag von 3,15% im Rahmen der Rabattgewährung zu verzichten. § 2 AMPPreisV bestimme ohnehin keine Preisuntergrenze, so dass auch darüber hinaus Preisabschläge gewährt werden dürften. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach der Großhandel Zuschläge erheben dürfe, jedoch nicht müsse. Bei einer anderen Auslegung würde § 2 AMPPreisV gegen die in Art. 12 GG verfassungsrechtlich gesicherte Berufsausübungsfreiheit verstoßen.

26

Im Übrigen sei die Behauptung des Klägers unrichtig, dass die Beklagte Rabatte von mehr als 3,15% gewähre. Die Beklagte gewähre auf A.-Produkte nur Rabatte von 3% bzw. 2%. Der Rabatt von 3% bzw. 2% werde generell eingeräumt und nicht an Zahlungsfristen, Mengen oder sonstige Bedingungen geknüpft. Das Skonto habe hiermit nichts zu tun und sei kein Rabatt. Es stelle vielmehr einen Anreiz für die Abnehmer der Beklagten dar, innerhalb kürzester Frist zu zahlen. Die Skontogewährung sei also tatsächlich eine Gegenleistung für den Zinsvorteil, mehr Liquidität, geringeres eigenes Vorfinanzierungsvolumen und geringeres Forderungsausfallvolumen. Skonti in Höhe von mindestens 3% seien handelsüblich und nicht von § 2 AMPPreisV ausgeschlossen. Dies stehe im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 16/691 S. 13).

27

Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf die dort gewechselten Schriftsätze sowie den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils (Bl. 312 - 319 d. A.) Bezug genommen.

28

III. Das Landgericht hat die Klage ohne Durchführung einer Beweisaufnahme in vollem Umfang abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

29

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der Kläger aus § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG klagebefugt.

30

a) Soweit die Beklagte vortrage, dass der Kläger über einen eigenen Prozesskostenfonds verfüge, die Klage nicht auf eigenes Kostenrisiko führe und der etablierte Pharmahandel dem Kläger zugesagt habe, die Kosten dieses Verfahrens zu tragen, könne dies im Ergebnis dahingestellt bleiben, da es nichts an der Klagebefugnis des Klägers ändere.

31

Der Kläger sei als Wettbewerbsverband gemäß § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG prinzipiell klagebefugt. Er verfolge vorliegend Ansprüche, die nicht nur seinem eigenem Interesse dienen, sondern auch zumindest nach dem klägerischen Vortrag im Interesse der Allgemeinheit stehen würden. Es sei auch nicht ungewöhnlich, dass ein Mitbewerber sich an „seinen“ Verband wende, um zu erreichen, dass der Verband gegen einen auf demselben Markt tätigen Mitbewerber wettbewerbsrechtlich vorgehe. Mithin bestehe die Prozessführungsbefugnis des Klägers aus § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG.

32

b) Das Klagebegehren sei auch nicht rechtsmissbräuchlich gemäß § 8 Abs. 4 UWG. Ein Missbrauch könne nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 2001, S. 178) im Einzelfall vorliegen, wenn der Anspruchsberechtigte nicht mehr im eigenen oder im Verbandsinteresse, sondern als „Werkzeug“ oder „Handlanger“ eines Dritten tätig werde. Für einen Verband spreche allerdings die Vermutung, dass er

seinen eigenen satzungsgemäßen Zwecken nachgehe. Danach obliege es demjenigen, der von einem Verband in Anspruch genommen werde, diese Vermutung dadurch zu erschüttern, dass er Umstände darlege und beweise, die für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Verbandes sprechen würden. Das sei allerdings nicht schon dann der Fall, wenn ein Verband auf Anregung und Prozesskostenzusage eines Dritten tätig werde. Die Beklagte könne sich in diesem Zusammenhang auch nicht auf den Beweis des ersten Anscheins berufen.

33

Auch eine unzumutbare Benachteiligung des (allein) angegriffenen Verletzers gegenüber anderen sei nicht zu sehen. Es stehe dem Verletzer offen, seinerseits wegen gleichartiger Verletzungshandlungen seiner von dem Verband nicht angegriffenen Mitbewerber vorzugehen. Selbst bei identischer Werbung sei es grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, wenn ein Verband, der die Frage der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens höchstrichterlich klären lassen wolle, zunächst gegen einen Dritten, nicht aber gegen ein eigenes Mitglied gerichtlich vorgehe. Die Klärung offener Rechtsfragen sei eine der ureigensten Aufgaben der Gerichte.

34

2. Die zulässige Klage sei jedoch unbegründet, da ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 78 Abs.1 AMG und §§ 1, 2 AMPPreisV sowie gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 HWG nicht vorliege.

35

a) Die Bestimmungen der § 78 Abs. 2, Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, §§ 1 Abs. 1 und Abs. 4, 3 AMPPreisV seien Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG und neben § 7 HWG anwendbar. Auch liege in der Werbung der Beklagten eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 UWG.

36

aa) Nach § 78 Abs. 2 und 3 AMG sei für verschreibungspflichtige (Fertig-) Arzneimittel und die nicht verschreibungs-, aber apothekenpflichtigen (Fertig-) Arzneimittel, die zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegeben werden, ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten.

37

Die auf der Grundlage des § 78 Abs. 1 AMG ergangene Arzneimittelpreisverordnung lege für verschreibungspflichtige Arzneimittel in § 2 AMPPreisV die Preisspanne des Großhandels bei der Abgabe im Wiederverkauf von Apotheken und in § 3 AMPPreisV die Preisspanne der Apotheken bei der Abgabe im Wiederverkauf jeweils zwingend fest. Die Bestimmung des § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG stelle die Rechtslage insoweit umfassend klar, als danach ein einheitlicher Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens für alle Arzneimittel zu gewährleisten sei, soweit für diese verbindliche Preise und Preisspannen durch die Arzneimittelpreisverordnung bestimmt sei. Erst hierdurch ergebe sich in Verbindung mit den Handelszuschlägen, die die Arzneimittelpreisverordnung festlege, ein einheitlicher, bei der Abgabe an den Endverbraucher verbindlicher Apothekenabgabepreis.

38

Diese Regelungen sollten nach dem Willen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung des BGH (GRUR 2010, S. 1136) insbesondere gewährleisten, dass die im öffentlichen Interesse gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichergestellt werde. Deshalb liege ein Verstoß gegen die Preisbindung auch vor, wenn dem Kunden gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt würden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen ließen. Bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf der letzten Handelsstufe, also im Verhältnis zwischen Apotheker und Verbraucher, solle ein Preiswettbewerb ausgeschlossen werden. Für die vorgelagerte Handelsstufe (Großhandel bzw. Direktvertrieb der Hersteller bei der Abgabe an die Apotheken) gelte dies aber nicht entsprechend.

39

Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV dürfe bei der Abgabe von Arzneimitteln durch den Großhandel an Apotheken auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers (dieser stehe auf der ersten Handelsstufe) ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15%, höchstens jedoch 37,80 €, zuzüglich eines Festzuschlags von 0,70 € sowie die Umsatzsteuer erhoben werden. Damit werde die Preisspanne bestimmt, zu der der Großhandel die Arzneimittel an die Apotheken weitergeben dürfe. Diese

Regelung enthalte entsprechend ihrem Wortlaut nur die Festsetzung einer Preisspanne mit einer Begrenzung durch den Höchstpreis. Der Großhandel dürfe daher diesen Preisrahmen unausgeschöpft lassen und die Apotheken zum Herstellerabgabepreis beliefern. Die Vorschrift regle mithin die Möglichkeit für den Großhandel, Zuschläge zu erheben, begrenze diese nach oben, jedoch nicht nach unten. Dies lasse sich auch der amtlichen Begründung zur Arzneimittelpreisverordnung (BT-Drucksache 16/194 S. 11 zu Art. 2 und BT-Drucksache 17/2413 S. 36) entnehmen. Der Gesetzgeber habe einen Preiswettbewerb nur auf der letzten Handelsstufe, nicht jedoch auf der vorgelagerten Handelsstufe (Großhandel bzw. Direktvertrieb der Hersteller bei der Abgabe an die Apotheken) ausschließen wollen.

40

Unter diesen Umständen könne vorliegend ein Preisnachlass, wie von der Beklagten gewährt, auch keine unangemessene und sachliche Beeinflussung der Apotheker gemäß § 4 Nr. 1 UWG gesehen werden. Wenn der Gesetzgeber heilmittelwerberechtlich eine solche Anreizwirkung hinnehme und auch nicht als eine unzulässige Beeinflussung der Apotheker ansehe, so sei diese Wertung auch wettbewerbsrechtlich im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG hinzunehmen.

41

Die Beklagte verstoße daher mit der streitgegenständlichen Werbung nicht gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 Abs. 1 AMG und die §§ 1, 2 AMPPreisV und auch nicht gegen § 7 HWG.

42

b) Der Kläger sehe im Übrigen die Skontogewährung der Beklagten zu Unrecht als unzulässigen Rabatt und als wettbewerbswidrig an.

43

Soweit sich der Kläger auf das Urteil des OLG Stuttgart berufe, das der Ansicht sei, dass Skonti geradezu ein Synonym für Barzahlungsrabatte, also Rabatte für sofortige Bezahlung darstellten, könne das Gericht dieser Auffassung nicht folgen.

44

Unter einem Rabatt werde ein Preisnachlass verstanden, dessen Funktion darin bestehe, einheitliche Angebotspreise gegenüber unterschiedlichen Kunden oder zu besonderen Anlässen zu modifizieren und so das Kaufverhalten zu beeinflussen. Skonto stelle seinem Wesen nach die Gegenleistung dafür dar, dass der Käufer zeitnah innerhalb von wenigen Tagen zahle, wodurch die Liquidität und auch der Zinsvorteil des Verkäufers erhöht werde. Skonto könne vom Kunden selbstständig in Anspruch genommen werden, wenn er innerhalb vorgegebener Fristen seinen Kaufpreis zahle. Der Käufer entscheide mithin erst bei Bezahlung der Rechnung, ob er das Skonto in Anspruch nehmen wolle. Rabatte dagegen würden vom Verkäufer vor Auftragserteilung gewährt mit der Folge, dass diese sofort den Preis senken würden, so dass der Käufer zu einem niedrigeren Preis kaufe. Ein Skonto reduziere nicht den Verkaufspreis.

45

Hieraus ergebe sich, dass Skonto und Rabatt keineswegs synonym seien und damit auch kein Verstoß gegen § 78 Abs. 1 AMG in Verbindung mit §§ 1, 2, AMPPreisV und gegen § 7 HWG vorliege.

46

Nach alledem sei die Auffassung des Klägers, Rabatt und Skonto seien gleichzusetzen, nicht zutreffend. Eine Skontierung sei durch das AMG und auch durch die AMPPreisV nicht verboten.

47

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf die Entscheidungsgründe (Bl. 319 - 331 d. A.) Bezug genommen.

48

IV. 1. Gegen dieses ihm am 28.10.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger am 03.11.2015 Berufung eingelegt und diese nach erfolgter Fristverlängerung rechtzeitig am 27.01.2016 begründet. Zur Begründung führt er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens aus:

49

Das Landgericht Aschaffenburg habe die Klage zu Unrecht vollumfänglich abgewiesen. Das angegriffene Urteil beruhe auf einer Rechtsverletzung, da das Landgericht Aschaffenburg die Rechtsnormen der § 3, 4

Nr. 11 UWG a. F. i. V. m. § 78 Abs. 1 AMG und den § 1, 2 AMPPreisV sowie § 7 HWG falsch angewandt habe.

50

a) Die rechtsfehlerhafte Entscheidung des Landgerichts gründe auf einem unzutreffenden Verständnis der Norm des § 2 Abs. 1 AMPPreisV und der darin geregelten Preisspanne des Großhandels. Zwar habe das Landgericht zutreffend angenommen, dass § 2 AMPPreisV eine „Preisspanne“ bestimme. Unzutreffend sei jedoch die Auffassung, dass diese „Preisspanne“ nur „nach oben, jedoch nicht nach unten“ begrenzt werde.

51

aa) Bereits der Wortlaut des § 2 Abs. 1 AMPPreisV lasse keinen Zweifel daran, dass die dort normierte Preisspanne nicht nur nach oben, sondern auch nach unten hin festgelegt sei. So werde in der Norm ausdrücklich zwischen einem „Höchstzuschlag“ und einem „Festzuschlag“ unterschieden. Es sei nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber die Differenzierung zwischen einem Höchst- und einem Festzuschlag bemüht habe, um im Ergebnis lediglich einen Höchstzuschlag zu normieren. Auch der Formulierung des Gesetzes „darf ... höchstens ... erhoben werden“ sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zu entnehmen, dass dem Großhandel die Berechnung seiner Abgabepreise bis zu einer festgesetzten Obergrenze freistehe. Das „Dürfen“ beziehe sich in diesem Zusammenhang erkennbar nicht auf die Höhe der beiden Preisbestandteile Höchst- und Festzuschlag, sondern auf deren Summe. § 2 AMPPreisV eröffne dem Großhandel eine Preisspanne von bis zu 3,15%. Der darüber hinaus auf den Herstellerabgabepreis aufzuschlagende Festzuschlag i. H. v. 0,70 € sei (ebenso wie die aufzuschlagende Umsatzsteuer) nicht variabel.

52

bb) Auch die Gesetzeshistorie begründe die Entscheidung des Landgerichts nicht. Die aus dem Jahr 2005 stammende BT-Drucksache sei überholt. Die Gesetzeslage sei seit dem Jahr 2012 vollkommen neu geordnet. Mit Art. 8 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG) vom 22.12.2010 habe der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.01.2012 erstmals die Komponente eines als „Festzuschlag“ bezeichneten, vom Grundpreis unabhängigen, d. h. festen Preisbestandteils in die Berechnung des Großhandelszuschlags aufgenommen. Damit habe der Gesetzgeber das ursprüngliche Modell einer vollkommen variablen Berechnung des Großhandelszuschlags aufgegeben. Der Festzuschlag als der einzige vom Herstellerpreis unabhängige Bestandteil des Großhandelszuschlags sei nicht rabattfähig.

53

Außerdem habe der Gesetzgeber erreichen wollen, dass mit dem Großhandelszuschlag als Festzuschlag und einem prozentualen Zuschlag des Abgabepreises gewährleistet werden solle, dass der Großhandel eine Vergütung erhalte, die ausreichend sei, eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken und damit den öffentlichen Versorgungsauftrag zu gewährleisten. Diese Absicht des Gesetzgebers werde von dem Landgericht ignoriert, wenn es sogar eine völlig zuschlagsfreie Abgabe von Arzneimitteln zum Herstellerabgabepreis an Apotheken als zulässig erachte.

54

Auch der Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz - GKV-VStG, BT-Drs. 17/8005) sei der eindeutige Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, den Festzuschlag des Großhandels i. H. v. € 0,70 zu fixieren, d. h. Rabatte auf diesen Zuschlag auszuschließen.

55

Die Auffassung des Landgerichts stehe daher insgesamt in einem offenkundigen Widerspruch zu dem Wortlaut, dem Sinn und Zweck des § 2 AMPPreisV und nicht zuletzt dem Willen des Gesetzgebers. Gleiches gilt auch für das von dem Landgericht zur Begründung herangezogene Urteil des KG Berlin.

56

b) Auch die Ausführungen des Landgerichts zu den vermeintlichen semantischen und buchhalterischen Unterschieden zwischen „Rabatten“ einerseits und „Skonti“ andererseits seien nicht überzeugend.

57

Es liege auf der Hand, dass der vom Gesetz vorgegebene Preisspielraum i. H. v. 3,15% nicht unter dem Deckmantel von „Skonti“, die zudem das aktuelle Zinsniveau um ein Vielfaches überschritten, nahezu

verdoppelt werden könne. Selbst die Beklagte gebe durch die Bewerbung von „Gesamtkonditionen von fast 5,5%“ (Anlage K 2) zu erkennen, dass eine Differenzierung zwischen „Skonto“ und „Rabatt“ in der von dem Landgericht ausgeführten Weise nicht sachgerecht sei. Außerdem ergebe sich aus den Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drs. 16/194 v. 13.12.2005. S.11) eindeutig, dass auch der Gesetzgeber davon ausgehe, dass das „Skonto“ einen Unterfall des „Rabattes“ darstelle.

58

Im Übrigen sei alleine die wirtschaftliche Betrachtungsweise des von einem Rabatt Begünstigten maßgeblich. Diese bleibe ungeachtet der Bezeichnung des Barabattes als „Skonto“ oder aber als „Rabatt“ stets dieselbe. Der Apotheker habe einen geringeren Preis zu zahlen, als sich aus der Addition des Herstellerpreises, des Festzuschlages von 0,70 € und der Umsatzsteuer ergebe; der gesetzlich angeordnete Preis werde also unterschritten.

59

c) Aus den vorstehenden Ausführungen zu dem Verstoß der Beklagten gegen das Arzneimittelpreisrecht folge zwingend, dass auch ein Verstoß gegen § 7 HWG zu konstatieren sei.

60

Die Beklagte gewähre ihren Kunden unter Verstoß gegen die Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes einen auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag (Skonto). Sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 7 HWG seien mithin erfüllt. Da auch § 7 HWG eine Markverhaltensregel im Sinne des § 3a UWG n. F. bzw. § 4 Nr. 11 UWG a. F. darstelle, liege auch ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht vor. Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch daher uneingeschränkt zu.

61

d) Der Kläger habe die Beklagte also berechtigterweise abgemahnt und zur Unterlassung der streitgegenständlichen Verhaltensweisen aufgefordert. Daher könne er auch die Abmahnkosten gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG verlangen.

62

Der Kläger beantragt,

die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aschaffenburg vom 22.10.2015, Az. 1 HK O 24/15, kostenpflichtig zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu € 250.000,00 - ersatzweise Ordnungshaft -oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken Rabatte zu bewerben, die über den Höchstzuschlag von 3,15% hinausgehen, wenn dies geschieht wie aus der Anlage K2 oder der Anlage K3 ersichtlich, und/oder solchermaßen beworbene Rabatte ankündigungsgemäß zu gewähren;

2. an den Kläger € 246,10 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

63

Die Beklagte beantragt,

die Zurückweisung der Berufung.

64

Zur Begründung trägt die Beklagte ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vor:

65

Der pharmazeutische Großhandel gewähre ständig und regelmäßig seinen ApothekerKunden unmittelbare und mittelbare Vorteile, die weit über die vom Kläger propagierte Obergrenze von 3,15% hinausgingen. Hierzu gehörten auch Skonti. Diese seien auch nach der Neuregelung von § 2 Abs. 1 AMPPreisV vom 22.12.2010 branchenüblich.

66

Zutreffend habe das Landgericht angenommen, dass zahlungszielabhängige Skonti Preisrabatten nicht gleichzustellen oder als Unterfall anzusehen seien. Skonto sei keine Preis-, sondern eine Zahlungskondition. Skonto und Rabatt würden auch steuerrechtlich unterschiedlich behandelt. Sie seien durch § 2 Abs. 1 AMPPreisV auch nicht ausgeschlossen. Dies stehe im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, wie dem Gesetzesentwurf der CDU- und SPD-Fraktion vom 13.12.2005 (BT-Drucks. 16/194) und dem weiteren Verfahren zu entnehmen sei.

67

Richtig sei auch die Auffassung des Landgerichts, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV keine Preisuntergrenze normiere. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus einem Vergleich mit dem Wortlaut der Vorschrift des § 3 Abs. 1 AMPPreisV. Darin habe der Gesetzgeber durch die Verwendung der Formulierung, dass die dort genannten Zuschläge „zu erheben sind“, zum Ausdruck gebracht, dass diese nicht verzichtbar seien. Dies lasse sich aus § 2 Abs. 1 S. AMPPreisV nicht herleiten, weil dort nur von „Höchstzuschlägen“ die Rede sei. Der Großhandel dürfe also sowohl auf den preisabhängigen Zuschlag von 3,15% als auch auf den preisunabhängigen Zuschlag von 70 Cent verzichten. Gegenteiliges lasse sich auch nicht den Gesetzesmaterialien entnehmen.

68

Die von der Beklagten gewährten Skonti stellten ohnehin keine Preiskondition dar. Die klägerische Auslegung der Norm sei verfassungswidrig, weil sie dem objektivierten Willen des Gesetzgebers widerspreche. Außerdem sei so die Berufsausübungsfreiheit massiv eingeschränkt. Im Übrigen halte die Beklagte das Vorgehen des Klägers weiterhin für rechtsmissbräuchlich.

69

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz und die dort gestellten Anträge wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

70

B. Die statthafte (§ 511 ZPO) und auch sonst zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg und führt dazu, dass dem Klagebegehren in vollem Umfang stattzugeben ist. Dem Kläger stehen die verlangten Ansprüche zu.

71

I. Die Zulässigkeit der Klage hat das Landgericht zutreffend bejaht. Die vom Landgericht genannten, ausführlich und erschöpfend dargestellten Gründe treffen in vollem Umfang zu. Der Senat nimmt zur Vermeidung von überflüssigen Wiederholungen hierauf Bezug und macht sie sich zu Eigen; für weitere Ausführungen besteht kein Anlass.

72

II. Zu Unrecht hat das Landgericht jedoch einen Unterlassungsanspruch des Klägers verneint. Die Beklagte verstößt mit der Gewährung der streitgegenständlichen Skonti und der Werbung hiermit gegen die Vorschriften der § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 AMPPreisV, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a HWG. Da es sich bei diesen Regelungen um Marktverhaltensregeln im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a. F. bzw. um einen Wettbewerbsverstoß nach §§ 3, 3a UWG n. F. handelt, folgt aus diesen Vorschriften der Unterlassungsanspruch des Klägers.

73

1. Das Bestehen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen, im Streitfall also nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 in der seit dem 10.12.2015 geltenden Fassung. Soweit ein Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsfahr gestützt ist, besteht er allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig war (BGH GRUR 2009, S. 173). Maßgebend ist insoweit das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der vom 29.12.2008 bis zum 09.12.2015 geltenden Fassung. Allerdings war mit der Gesetzesänderung zum 10.12.2015 keine für den Streitfall bedeutsame Änderung des materiellen Regelungsgehalts des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verbunden. Insbesondere sind die Regelungen des § 4 Nr. 11 UWG a. F. und des § 3a UWG n. F., von dem Erfordernis der Spürbarkeit abgesehen, im Wesentlichen inhaltsgleich.

74

2. Die Vorschriften der § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 AMPPreisV, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a HWG stellen Marktverhaltensregeln im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG a. F., § 3a UWG n. F. dar (BGH NJOZ 2010, S. 2500 - Bonuspunkte-; BGH GRUR 2015, S. 504 -kostenlose Zweitbrille; BGH Beschluss vom 27.01.2016, Az.: I ZR 68/14 -Arzneimittel-Check-; OLG Köln, Urteil vom 19.02.2014, Az.: 6 U 103/13).

75

3. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die von der Beklagten entsprechend den Anlagen K2 und K3 gewährten Rabatte unter Einschluss der Skonti über den Höchstzuschlag von 3,15% des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers hinausgehen. Diese Praxis der Beklagten verstößt gegen die Vorschriften der § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV.

76

Der Gesetzgeber hat von der in § 78 Abs. 1 AMG niedergelegten Ermächtigung Gebrauch gemacht und in der Arzneimittelpreisverordnung die Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel abgegeben werden, festgesetzt. Er hat hierbei in der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV bestimmt, dass sich der Abgabepreis des Großhandels aus dem Herstellerpreis, einem Höchstzuschlag hierauf von 3,15% (maximal 37,80 €) sowie einem Festzuschlag von 0,70 € und der Umsatzsteuer hierauf zusammensetzt. Diesen Festzuschlag sieht der Senat nach dem Willen des Gesetzgebers als Fixum an, der durch keine Art von Preisnachlass reduziert werden darf, sondern stets zu erheben ist.

77

a) Entgegen der Ansicht des Landgerichts legt die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV hinsichtlich des Abgabepreises der dort erfassten Arzneimittel nicht nur eine Höchstgrenze, sondern auch eine Untergrenze fest. Zu Unrecht stützen sich das Landgericht und die Beklagte für ihre gegenteilige Auffassung auf den unterschiedlichen Wortlaut der Vorschriften der §§ 2 und 3 AMPPreisV.

78

Es ist zwar richtig, dass nach § 2 Abs. 1 AMPPreisV in Bezug auf den Abgabepreis die Formulierung „darf ... erhoben werden“ verwendet wird, während nach § 3 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV vorgibt: „...sind ... ein Festzuschlag ... sowie die Umsatzsteuer zu erheben“. Den vom Landgericht gezogene Schluss, hieraus sei der Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass es sich bei der in § 2 Abs. 1 AMPPreisV normierten Preisspanne nur um einen Höchstpreis handle, der es dem Großhandel erlaube, Apotheken auch zum Herstellerpreis zu beliefern, teilt der Senat nicht. Aus der Stellung des Wortes „darf“ im Gesetzestext ist vielmehr zu entnehmen, dass sich dieses allein auf den direkt nachfolgend bezeichneten prozentualen Zuschlag bezieht. Nur dieser Preisteil wird mit „höchstens“ bezeichnet, so dass darin zum Ausdruck kommt, dass auch nur insoweit eine Preisspanne festgelegt werden soll, der vom Großhandel ausgeschöpft werden darf. Die davon durch das Wort „zuzüglich“ sprachlich abgesetzten weiteren Preisbestandteile Festzuschlag und Umsatzsteuer sollten hiervon nicht erfasst werden.

79

Hieraus wird auch der Unterschied zu der Regelung des § 3 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV deutlich. Diese Vorschrift erlaubt keine Preisspanne, so dass die dort festgelegten Preisaufschläge eben zwingend zu erheben sind.

80

b) Tatsächlich wird der Wille des Gesetzgebers bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV und dort durch die Verwendung des Wortes „Festzuschlag“ deutlich.

81

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Wort „fest“ als „unverrückbar“, „definitiv“ bzw. „unveränderlich“ verwendet. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber dies anders sieht. Im Übrigen hätte es dem Gesetzgeber, wenn er den „Festzuschlag“ von 0,70 € als Teil der veränderlichen Preisspanne gesehen hätte, ausgereicht, diesen lediglich als „Zuschlag“ zu bezeichnen. Dies ist jedoch nicht der Fall; die bewusste Verwendung des Wortes „Festzuschlag“ spricht vielmehr dafür, dass dieser nicht verändert werden darf.

82

c) Dieser Wille des Gesetzgebers ist entgegen der Ansicht des Landgerichts auch den Gesetzesmaterialien so zu entnehmen.

83

aa) In der ursprünglichen, vom 01.04.2007 bis 31.12.2010 geltenden Fassung des § 2 AMPPreisV war der Festpreiszuschlag nicht enthalten. Die Vorschrift normierte ausschließlich einen Höchstpreiszuschlag, innerhalb dessen Barrabatte und Skonti an Apotheken ausdrücklich zugelassen waren. Dies ist in der Bundestags-Drucksache 16/194 Seite 11 zu Artikel 2 (Änderung des Heilmittelwerbegesetzes) vom 13.12.2005 auch so niedergelegt:

„... Barrabatte an die Apotheken, insbesondere Skonti, bleiben in dem von der Arzneimittelpreisverordnung gesetzten Rahmen zulässig, da der Großhandelszuschlag aufgrund der Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung ein Höchstzuschlag ist, auf dessen Geltendmachung gegenüber der Apotheke der Großhandel bzw. im Falle des Direktbezugs, das pharmazeutische Unternehmen ganz oder teilweise verzichten kann. Dies bleibt auch im Rahmen der Neuregelung zulässig und ist keine unzulässige Zuwendung im Sinne dieser Vorschrift...“

84

bb) Hiervon ist der Gesetzgeber mit der Neuregelung der AMPPreisV zum 01.01.2011 abgerückt. Dies ergibt sich aus der BT-Drucksache 17/2413 vom 06.07.2010 (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP; Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes ... in ... der ... gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz - AMNOG). Hierin heißt es:

„...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... Aufgabe des Großhandels ist es gemäß dem öffentlichen Versorgungsauftrag nach § 52b AMG, an der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln mitzuwirken. Diese Aufgabe ist unabhängig vom Preis eines Arzneimittels zu erfüllen. Der Großhandel erhält im Gegenzug eine Vergütung, die ausreichend ist, eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken zu gewährleisten ... 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...“

85

Der Entwurf wurde im Wesentlichen unverändert als Beschluss des Ausschusses in den Bundestag eingebracht und dort mit einem prozentualen Zuschlag von 3,15% und einem Festzuschlag von 70 Cent beschlossen (BT-Drucksache 17/3698 vom 10.11.2010, S. 36).

86

cc) Hatte der Gesetzgeber mit der Änderung der vorstehenden Verordnung bereits zum Ausdruck gebracht, dass das Gewähren von Rabatten auf den fixen Großhandelszuschlag unzulässig ist, hat er dies mit der Änderung der Vorschrift des § 78 AMG am 01.01.2012 nochmals bekräftigt. Hierzu ist in dem entsprechenden Gesetzesentwurf ausgeführt (BT-Drucksache 17/8005 vom 30.11.2011, S. 136):

„...Die Vorschriften zur Höhe der Großhandelszuschläge und zum Rabattverbot gelten für den Großhandel mit Arzneimitteln (§ 78 Absatz 1 des Arzneimittelgesetzes - AMG - in Verbindung mit § 2 der Arzneimittelpreisverordnung) ... Der Großhandelsbegriff des AMG stellt auf die Wahrnehmung der Großhandelsfunktion ab, die grundsätzlich auch von pharmazeutischen Unternehmern wahrgenommen werden kann. Daher gilt der Großhandelszuschlag nach § 2 der Arzneimittelpreisverordnung für alle Unternehmen, die Großhandelsfunktionen ausüben, damit beispielsweise auch für pharmazeutische Unternehmer im Direktvertrieb oder für Apotheken, die entsprechende wirtschaftliche Betätigungen wahrnehmen. Das Gewähren von Rabatten auf den fixen Großhandelszuschlag ist in den oben genannten Konstellationen demnach unzulässig. Dies wird mit der vorliegenden Regelung klargestellt...“

87

dd) Aus dieser Entstehungsgeschichte der Verordnung ist also zu ersehen, dass der Wille des Gesetzgebers dahin geht, dem Pharmagroßhandel 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. Dies hat das Landgericht nicht hinreichend berücksichtigt, weil es bei seiner Auslegung von § 2 Abs. 1 AMPPreisV im Wesentlichen nur die Materialien zum Gesetzesentwurf im Jahr 2005 (BT-Drucksache 16/194) herangezogen hat. Damit hat sich das Landgericht den Blick auf die seit dem Jahr 2010 veränderte Willensrichtung des Gesetzgebers verstellt, so dass auch seiner Schlussfolgerung, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV nur eine Höchstgrenze, jedoch keine Mindestgrenze festlege, die Basis fehlt. Zu Unrecht beruft sich das Landgericht in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Kammergerichts vom 11.09.2012 (GRUR-RR 2012, S. 78). Gegenstand dieses Verfahrens war ein Wettbewerbsverstoß, der aus dem Jahr 2009 datierte; zu diesem Zeitpunkt war die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV noch ohne Festzuschlag ausgestaltet.

88

Damit legt nach dem Willen des Gesetzgebers die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV eine Mindestgrenze für den Abgabepreis der dort erfassten Arzneimittel fest. Dieser setzt sich aus dem Herstellerpreis, dem Festzuschlag und der Umsatzsteuer zusammen; lediglich der prozentuale Zuschlag von 3,15% ist der Preisdisposition des Großhandels und seiner Abnehmer unterworfen.

89

d) Dem Landgericht sowie der Beklagten ist auch nicht darin zu folgen, dass die Gewährung von Skonti nicht von der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV erfasst sei.

90

aa) Zuzugeben ist dem Landgericht, dass Skonti grundsätzlich im Gegenzug für eine besonders rasche Zahlung eingeräumt werden. Der Vorteil hiervon mag für die Beklagte entsprechend ihrem Vortrag in der sich hieraus ergebenden Zinersparnis, der erhöhten Liquidität und dem geringeren Vorfinanzierungsvolumen und Forderungsausfallvolumen zu sehen sein. Diese Vorteile stellen jedoch keine Leistung dar, die die Beklagte von ihren Abnehmern im Gegenzug für die Lieferung von Arzneimitteln erhält. Sie sind lediglich ein Folge davon, dass die Abnehmer der Beklagten zeitnah ihrer Verpflichtung zur Zahlung des nach § 271 BGB sofort fälligen Kaufpreises aus dem jeweiligen Kaufvertrag nachkommen. Auf dieses Skonto haben die Abnehmer also keinen gesetzlichen Anspruch, sondern dieser besteht ausschließlich aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit der Beklagten. Damit stellt sich die Einräumung von Skonti als Teil der Preisgestaltung der Beklagten dar. Mit dieser Vereinbarung wird der Kaufpreis für den Fall einer Zahlung innerhalb eines bestimmten Zeitfensters einvernehmlich reduziert. Die Gewährung von Skonti ist damit nichts anderes als eine besondere Art des Preisnachlasses.

91

Dass dies der Gesetzgeber genauso gesehen hat, wird zum einen aus dem vom 1. Januar 1934 bis zum 25. Juli 2001 geltenden Rabattgesetz deutlich. Zwar ist dieses Gesetz außer Kraft; gleichwohl ist dies das einzige Regelungswerk, in dem der Gesetzgeber explizit den Begriff des „Rabatts“ bestimmt hat. Unter die dort in § 1 Abs. 1 definierten Preisnachlässe (Rabatte) fallen auch die in § 2 geregelten Preisnachlässe für Barzahlung und demnach auch die von der Beklagten gewährten Skonti.

92

Zum anderen entspricht diese Einordnung auch den vorstehend dargestellten Gesetzesmaterialien zu der Vorschrift des § 2 AMPPreisV. In der Bundestags-Drucksache 16/194 vom 13.12.2005 ist ausdrücklich niedergelegt, dass Barabatte, insbesondere Skonti, zulässig seien. Auch hier wird also das Skonto nur als eine besondere Rabattform angesehen.

93

bb) Letztendlich ist entscheidend, dass sich das über den Festzuschlag vom Gesetzgeber verfolgte Ziel nur erreichen lässt, wenn dieser nicht, auch nicht über die Gewährung von Skonti, angetastet wird.

94

(1) Mit der Vorschrift des § 2 AMPPreisV will der Gesetzgeber eine flächendeckende, bedarfsgerechte und wohnortnahe medizinische Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichern; er hat dies als ein „zentrales gesundheitspolitisches Anliegen“ bezeichnet (BT-Drucksache 17/8005 S. 2). Dieses Ziel soll insbesondere mit dem in der genannten Vorschrift enthaltenen „Festzuschlag“ erreicht werden. Der Gesetzgeber will damit dem Großhandel eine Vergütung verschaffen, die die Erfüllung dieser Aufgabe unabhängig vom Preis eines Arzneimittels gewährleistet. Dieses gesetzgeberische Ziel würde grundsätzlich in Frage gestellt, wenn dieser Festzuschlag ganz oder teilweise nicht gezahlt würde. Dies wäre vor allem dann der Fall, wenn durch die Möglichkeit der Gewährung von Skonti der Wettbewerb unter den Großhändlern im Bereich des Festzuschlags eröffnet würde. Jeder Großhändler hätte dann die Möglichkeit, gegebenenfalls unter Berufung auf die Handelsüblichkeit, durch die Einräumung weiträumiger Zahlungsziele und eines nach eigenem Belieben zu gewährenden Nachlasses de facto einen Preiskampf auch in diesem Bereich entgegen der Intention des Gesetzgebers zu eröffnen. Dies könnte dann zur Folge haben, dass die Belieferung von Fertigarzneimitteln an Apotheken sich punktuell als nicht mehr lukrativ erwiesen und damit nur noch eingeschränkt oder gar nicht mehr erfolgten. Würden Skonti nur Großabnehmern gewährt, so würde die Konkurrenzfähigkeit kleinerer Apotheken beeinträchtigt, was zu einer Ausdünnung der Apotheken und damit zu einer Versorgungsbeeinträchtigung führen könnte. Damit würde genau das Szenario eintreten, das der Gesetzgeber mit dem Festzuschlag im Sinne der angemessenen und flächendeckenden Belieferung der Apotheken gerade verhindern will (GmS-OGB, GRUR 2013, 417; BGH GRUR 2016, S. 523 -Arzneimittel-Check-). Aus diesem Grund ist bei dem Verkauf von Fertigarzneimitteln, deren Abgabe nach § 43 Abs. 1 AMG den Apotheken vorbehalten ist, jegliche Preisgestaltung des Großhändlers unzulässig, die zur Folge hat, dass der Abgabepreis die Summe von Herstellerpreis, Festzuschlag von 0,70 € und Umsatzsteuer unterschreitet.

95

(2) Soweit die Beklagte der Meinung ist, dass der Festzuschlag von 0,70 € hierfür

96

(1) jedenfalls in der Höhe nicht benötigt werde, so ist dies unerheblich. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber, wie aus der BT-Drucksache 17/2413 vom 06.07.2010 zu ersehen ist, diesen Zuschlag für das Erreichen des von ihm verfolgten Zwecks erforderlich gehalten hat. Dieser Wertung kann sich die Beklagte jedenfalls solange nicht entziehen, wie sie im Geltungsbereich der AMPPreisV tätig ist (s. hierzu GmS-OGB, GRUR 2013, S. 417).

97

e) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Beschränkung eines Rabatts auf die in § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV festgelegte Obergrenze von 3,15% des Abgabepreis mit Art. 12 GG vereinbar.

98

Zuzugeben ist der Beklagten, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV als Berufsausübungsregelung in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingreift. Berufsausübungsregelungen sind jedoch verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt erscheinen, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und die Beschränkung den Betroffenen zumutbar ist. Hierbei hat der Gesetz- und Verordnungsgeber einen weiten Regelungsspielraum (BVerfG NJW 1974, S. 1317; BVerfG, NJW 2000, S. 1326), der auch im Arzneimittelpreisrecht Anwendung findet (BVerfG, Beschluss vom 31.03.2016, Az.: 2 BvR 929/14 m. w. N.).

99

In diesem vorgesehen Rahmen ist die Wertung des Gesetzgebers nicht zu beanstanden, dass Fertigarzneimittel im Sinne der Vorschrift des § 1 AMPPreisV im Interesse der sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung einer Preisbildung unterstellt werden, um so eine flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung zu sichern, die durch einen ruinösen Preiswettbewerb der hieran beteiligten Großhändler gefährdet wäre (GmS-OGB a. a. O.; BGH GRUR 2016, S. 523 -Arzneimittel-Check-). Der Senat vermag auch nicht zu erkennen, welches konkrete System außerhalb eines für alle Wettbewerber gleichermaßen geltenden Festzuschlags dieser Gefahr ebenso wirksam entgegenwirken könnte. Die Beschränkungen sind auch zumutbar, weil eine Preisgestaltungsfreiheit und damit auch eine Abgrenzung zu anderen Großhändlern ausreichend innerhalb des rabattfähigen Preisteils stattfinden können.

100

f) Aus diesen Gründen ist jeder Großhändler bei Abgabe von Fertigarzneimitteln nach den Vorschriften der § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisVO verpflichtet, den dort normierten Festzuschlag von 0,70 € stets und in vollem Umfang zu erheben (im Ergebnis ebenso Rehmann, AMG, 4. Aufl., § 78 Rnr. 1). Mit ihrem streitgegenständlichen Angebot kommt die Beklagte dieser Verpflichtung nicht nach. Sie verstößt damit gegen eine Marktverhaltensregel im Sinne der Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG a. F. Nachdem dieser Verstoß auch geeignet ist, die Interessen anderer Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen, sind auch die Voraussetzung der Vorschrift des § 3a UWG n. F. erfüllt. Deshalb kann der Kläger von der Beklagten verlangen, es zu unterlassen, dass diese bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken Rabatte, die über den Höchstzuschlag von 3,15% hinausgehen, gewährt und auch damit wirbt.

101

4. Dieser Anspruch folgt auch aus § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a HWG in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG a. F. bzw. § 3a UWG n. F. Die von der Beklagten gewährten Rabatte stellen Zuwendungen für Arzneimittel dar, die entgegen den Preisvorschriften aufgrund des Arzneimittelgesetzes gewährt werden.

102

5. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten ergibt sich aus der Vorschrift des § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Die Höhe des Betrages von 246,10 € ist unstrittig. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 S. 1 BGB.

103

III. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

104

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

105

3. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO) liegen vor. Die Rechtsfrage, ob die Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 AMPPreisV die Gewährung von Skonti und Rabatten über den Betrag von 3,15% des Herstellerabgabepreises hinaus verbietet, ist nicht geklärt. 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 Rechtsfrage auch über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung.