Ergänzt durch Beschluss vom
18. November 2021
Brauer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 214/18

Verkündet am:
18. November 2021
Brauer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Gewinnspielwerbung II

Richtlinie 2001/83/EG Art. 86 Abs. 1; UWG § 3a; HWG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Satz 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13; AMG § 78 Abs. 1 Satz 1; AMPreisV § 1, § 3; SGB V § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3

a) Eine Werbung, die nicht auf ein bestimmtes Arzneimittel abzielt, sondern auf das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von einer Apotheke angeboten wird, fällt nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Titels VIII der Richtlinie 2001/83/EG (Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-190/20, GRUR 2021, 1325 Rn. 21 und 22 - DocMorris).

b) Der Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG stimmt nicht mit dem Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG überein (Aufgabe BGH, Urteil vom 13. März 2008 - I ZR 95/05, GRUR 2008, 1014 Rn. 21 - Amlodipin), sondern geht darüber hinaus und erfasst auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke (Festhaltung BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 31 - Freunde werben Freunde; Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 19 - Versandapotheke; Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17, GRUR 2019, 1071 Rn. 22 - Brötchen-Gutschein).

c) Die Werbung mit der Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln kann sowohl als Ankündigung einer gemäß § 7 Abs. 1

ECLI:DE:BGH:2021:181121UIZR214.18.0

Satz 1 HWG unzulässigen Werbegabe als auch als Verstoß gegen das Arzneimittelpreisrecht (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AMG, §§ 1, 3 AMPreisV, § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V) verboten werden.

d) Das Verbot der Veranstaltung eines solchen Gewinnspiels kann auch gegenüber einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässigen Versandapotheke verhängt werden, weil es sich dabei nicht um eine nach Art. 34 AEUV verbotene Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit handelt, sondern um eine Verkaufsmodalität, die nicht geeignet ist, den Zugang von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat zum inländischen Markt zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse (Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-190/20, GRUR 2021, 1325 Rn. 35 - DocMorris, mwN).

BGH, Urteil vom 18. November 2021 - I ZR 214/18 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Juli 2018 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen aufgehoben, soweit der Klage mit dem Zahlungsantrag stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 5. April 2017 zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk N. . Es gehört zu ihren Aufgaben, die Einhaltung der Berufspflichten der Apotheker zu überwachen. Die Beklagte ist eine in den Niederlanden ansässige Versandapotheke, die verschreibungspflichtige Arzneimittel an Kunden in Deutschland liefert.

2 Im März 2015 warb die Beklagte deutschlandweit mit einem Flyer für ein "Großes Gewinnspiel", mit dem als Hauptpreis ein Gutschein für ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und als zweiter bis zehnter Preis jeweils eine elektrische Zahnbürste ausgelobt wurden. Voraussetzung für die Teilnahme an der Verlosung war das Einsenden eines Rezepts.

3 Die Klägerin hält diese Werbung für wettbewerbswidrig. Sie mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 1. April 2015 erfolglos ab.

4 Mit ihrer Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, gegenüber Endverbrauchern in Deutschland ein Gewinnspiel auszuloben, das an die Einlösung eines Rezepts gekoppelt ist, wenn dies geschieht wie folgt:

5 Die Klägerin hat ferner beantragt, die Beklagte zur Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Höhe von 2.348,94 € nebst Zinsen zu verurteilen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt (OLG Frankfurt am Main, A&R 2019, 38). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

7 Der Senat hat dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt (Beschluss vom 20. Februar 2020 - I ZR 214/18, GRUR 2020, 659 = WRP 2020, 722 - Gewinnspielwerbung I):

> Steht es mit den Bestimmungen des Titels VIII und insbesondere mit Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG in Einklang, wenn eine nationale Vorschrift (hier: § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG) dahin ausgelegt wird, dass es einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Versandapotheke verboten ist, mit der Auslobung eines Gewinnspiels um Kunden zu werben, wenn die Teilnahme an dem Gewinnspiel an die Einreichung eines Rezepts für ein verschreibungspflichtiges Humanarzneimittel gekoppelt ist, der ausgelobte Gewinn kein Arzneimittel, sondern ein anderer Gegenstand ist (hier: ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und elektrische Zahnbürsten), und nicht zu befürchten ist, dass einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub geleistet wird?

8 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat wie folgt geantwortet (EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-190/20, GRUR 2021, 1325 = WRP 2021, 1277 - DocMorris):

> 1. Die Richtlinie 2001/83/EG ist dahin auszulegen, dass sie auf eine nationale Regelung, die es einer Apotheke, die Arzneimittel im Versandhandel verkauft, verbietet, eine Werbeaktion in Form eines Gewinnspiels durchzuführen, bei dem die Teilnehmer Gegenstände des täglichen Gebrauchs, die keine Arzneimittel sind, gewinnen können und die Teilnahme die Einsendung

der Bestellung eines verschreibungspflichtigen Humanarzneimittels und des entsprechenden Rezepts voraussetzt, nicht anwendbar ist.

2. Art. 34 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer solchen nationalen Regelung nicht entgegensteht.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klage als zulässig und begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

10 Es könne offen bleiben, ob in der Gewinnspielwerbung ein Verstoß gegen die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel liege und deshalb ein Unterlassungsanspruch gemäß § 3a UWG in Verbindung mit § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG, § 3 AMPreisV bestehe. Die Beklagte verstoße mit der Bewerbung des Gewinnspiels jedenfalls gegen das Verbot der Wertreklame gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Ein Unterlassungsanspruch gemäß § 3a UWG, § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG bestehe dagegen nicht, weil nicht ersichtlich sei, dass das Preisausschreiben einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leiste. Der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten sei gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG begründet.

11 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Unterlassung verurteilt (dazu unter B I). Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten besteht dagegen nicht (dazu unter B II).

12

I. Der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der Auslobung eines Gewinnspiels, bei dem die Teilnahme an die Einsendung eines für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel ausgestellten Rezepts gekoppelt ist, ist zwar nicht gemäß §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG begründet (dazu B I 2). Ein solcher Anspruch ergibt sich jedoch sowohl aus §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (dazu B I 3) als auch aus §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF beziehungsweise § 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG (dazu B I 4).

13 1. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte und in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch besteht nur, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten zum Zeitpunkt seiner Vornahme wettbewerbswidrig war und sich auch noch nach der zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz geltenden Rechtslage als wettbewerbswidrig darstellt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2021 - I ZR 227/19, GRUR 2021, 758 Rn. 29 = WRP 2021, 610 - Rechtsberatung durch Architektin, mwN).

14 Nach dem beanstandeten Verhalten der Beklagten im März 2015 ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015 S. 2158) mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 novelliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus aber nicht. Der seither geltende § 3a UWG entspricht der bis dahin in § 4 Nr. 11 UWG aF enthalten gewesenen Regelung des Rechtsbruchtatbestands. Das in § 3 Abs. 1 UWG aF bestimmte Spürbarkeitserfordernis ist nunmehr im Tatbestand des § 3a UWG unmittelbar enthalten. Die Vorschrift führt die zuvor an unterschiedlichen Stellen im Gesetz geregelten Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestands an einer Stelle zusammen und dient damit allein der einfacheren Rechtsanwendung (st. Rspr.;

vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17, GRUR 2019, 1071 Rn. 7 = WRP 2019, 1296 - Brötchen-Gutschein, mwN).

15 Während des Revisionsverfahrens ist § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG durch Art. 5 des Gesetzes zur Stärkung der Vor-Ort-Apotheken vom 9. Dezember 2020 (BGBl. I S. 2870) mit Wirkung ab dem 15. Dezember 2020 aufgehoben worden. Mit Art. 1 dieses Gesetzes hat der Gesetzgeber zugleich § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V eingefügt. Außerdem hat er durch Art. 4 Nr. 1 und 2 des Gesetzes zur Stärkung der Vor-Ort-Apotheken die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 HWG um einen Verweis auf die Preisvorschriften des Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs ergänzt.

16 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs wegen eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG verneint.

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

18 b) Bei dem Werbeverbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG, das dem Schutz der Verbraucher dient, handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG beziehungsweise § 4 Nr. 11 UWG aF (zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2018 - I ZR 82/17, GRUR 2018, 627 Rn. 13 = WRP 2018, 827 - Gefäßgerüst, mwN; zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 193/18, GRUR 2020, 543 Rn. 11 = WRP 2020, 574 - Kundenbewertungen auf Amazon).

19 c) Der Anwendung des § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat (Art. 4 der Richtlinie), keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Die sich aus § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG ergebende Beschränkung der Möglichkeit, mit aleatorischen Reizen für Arzneimittel zu werben, stellt eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt (vgl. BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 14 - Brötchen-Gutschein, mwN).

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

21 e) Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Klägerin greifen nicht durch.

22

aa) Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, sowohl der hohe Wert des ausgelobten Preises als auch die knappe Dauer der Auslobung rufe eine besondere Anreizwirkung hervor, sich zeitnah von einem Arzt ein Rezept ausstellen zu lassen, um noch rechtzeitig am Gewinnspiel teilnehmen zu können. Damit werde der Bezug von Arzneimitteln begünstigt, für die möglicherweise kein Bedarf bestehe. Ferner bestehe die Gefahr, dass der Patient aufgrund der Möglichkeit einer Teilnahme am Gewinnspiel bei der Einlösung des Rezepts einen deutlich längeren Bezugsweg über eine Versandapotheke wähle mit der Folge eines signifikant verzögerten Beginns der erforderlichen Arzneimitteltherapie.

23 bb) Die Beurteilung der Frage, ob die Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit einem Gewinnspiel der unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung dieser Arzneimittel Vorschub leistet, liegt auf tatgerichtlichem Gebiet. Die in dieser Hinsicht vom Tatgericht getroffenen Feststellungen sind in der Revisionsinstanz nur darauf zu überprüfen, ob das Gericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Die Revisionserwiderung versucht lediglich in revisionsrechtlich unzulässiger Weise, die tatgerichtliche Beurteilung des Berufungsgerichts durch ihre eigene zu ersetzen.

24 3. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung nach §§ 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG zusteht.

25 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, es liegt einer der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG gesetzlich geregelten Ausnahmefälle vor. Von dem Verbot des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 HWG

sind - was hier allein in Betracht kommt - nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HWG geringwertige Kleinigkeiten und nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Buchst. a HWG Zuwendungen oder Werbegaben in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag ausgenommen. Allerdings bleiben bei beiden Ausnahmen Zuwendungen oder sonstige Werbegaben für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes - oder des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (so die seit dem 15. Dezember 2020 geltende Fassung der beiden Ausnahmevorschriften) - gelten.

26 b) Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot des Anbietens, Ankündigens und Gewährens von Werbegaben stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) dar, weil es dem Gesundheitsschutz der Verbraucher dient (BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 12 - Brötchen-Gutschein, mwN). Es soll durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 16 - Brötchen-Gutschein, mwN).

27 c) Auch die sich aus § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ergebende Beschränkung der Möglichkeit, mit Werbegaben zu werben, stellt, soweit sie die in § 1 Abs. 1 HWG aufgeführten Produkte betrifft, eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt (BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 28 = WRP 2017, 694 - Freunde werben Freunde; Urteil vom 1. Dezember 2016 - I ZR 143/15, GRUR 2017, 641 Rn. 18 = WRP 2017, 536 - Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln; Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 17 = WRP 2019, 187 - Versandapotheke).

d) Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass
28 der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG eröffnet ist. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG schließe im Streitfall die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG aus.

29 aa) Das Heilmittelwerbegesetz, das dem Schutz der Verbraucher vor Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch und vor wirtschaftlicher Übervorteilung dient (vgl. BVerfG, GRUR 2007, 720, 721 [juris Rn. 23 f.]; BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 213/06, BGHZ 180, 355 Rn. 17 - Festbetragsfestsetzung; Urteil vom 12. Dezember 2013 - I ZR 83/12, GRUR 2014, 689 Rn. 11 = WRP 2014, 847 - Testen Sie Ihr Fachwissen), enthält in § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG einen Katalog von Werbemaßnahmen, die bei ihrer Anwendung gegenüber Personen, die nicht den Fachkreisen angehören, schon von ihrer Art her die durch das Heilmittelwerbegesetz geschützten Interessen beeinträchtigen. Darin erschöpft sich aber auch der Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG. Deshalb ist in dem durch seinen § 1 geregelten sachlichen Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes jeweils noch zu prüfen, ob die betreffende Werbemaßnahme gegen eine andere im Gesetz enthaltene Reglementierung des Werbeverhaltens verstößt (BGH, GRUR 2014, 689 Rn. 11 - Testen Sie Ihr Fachwissen). Das Verbot des Angebots, der Ankündigung oder der Gewährung von Werbegaben gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG findet danach grundsätzlich neben dem Verbot der Werbung mit aleatorischen Reizen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG Anwendung.

30 bb) Soweit die Ansicht vertreten wird, die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG sei seit der Neufassung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG mit Wirkung zum 26. Oktober 2012 auf Preisausschreiben nicht mehr anwendbar, die nicht einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 309, 310 [juris Rn. 19]), kann dem nicht zugestimmt werden.

31 (1) Das in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG geregelte Verbot der Werbung für Arzneimittel mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, das keine unmittelbare Entsprechung in der Richtlinie 2001/83/EG hat, ist insoweit von der Richtlinie gedeckt, als mit einer

solchen Werbung der unzweckmäßigen und übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub geleistet wird (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2007 - C-374/05, Slg. 2007, I-9517 = GRUR 2008, 267 Rn. 56 - Gintec). Aus diesem Grund wurde die Vorschrift mit Wirkung vom 26. Oktober 2012 auf die Fälle beschränkt, in denen Werbemaßnahmen mit aleatorischen Reizen einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten (Spickhoff/Fritzsche, Medizinrecht, 3. Aufl., § 11 HWG Rn. 45; vgl. Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BT-Drucks. 17/9341, S. 71).

32 (2) Aus dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG könne nicht angewendet werden, wenn die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG nicht vorliegen, mit der Folge, dass die Werbung mit aleatorischen Reizen, sofern sie nicht einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leistet, in der Arzneimittelwerbung generell zulässig wäre.

33 Die beiden genannten Vorschriften regeln Verbote unterschiedlicher Formen einer unsachlichen Beeinflussung und haben damit Anwendungsbereiche, die sich nicht vollständig decken. Das Verbot der Werbung mit aleatorischen Reizen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG soll verhindern, dass die Spielleidenschaft zum Absatz von Arzneimitteln ausgenutzt wird (Burk in Prütting, Medizinrecht, 5. Aufl., § 11 HWG Rn. 69; Bülow in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl., § 11 Rn. 1, 2; Doepner in Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl., § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 Rn. 17). Eine solche Werbung führt schon ihrer Art nach zu einer unsachlichen Beeinflussung. Sie ist jedoch nur dann gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG verboten, wenn sie zu einer Gefahr einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Arzneimittelverwendung führt. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HWG erfasst dagegen den Fall der Gefahr einer unsachlichen

Beeinflussung durch den Wert einer Werbegabe (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 213/13, GRUR 2015, 813 Rn. 19 = WRP 2015, 966 - Fahrdienst zur Augenklinik).

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

35 aa) Nicht jede Werbung für Arzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG unterfällt den Bestimmungen des Heilmittelwerbegesetzes. Einbezogen in den Geltungsbereich dieses Gesetzes ist nur die produktbezogene Werbung (Produkt- und Absatzwerbung) und nicht die allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), durch die ohne Bezugnahme auf bestimmte Arzneimittel für Ansehen und Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein geworben wird. Die Beantwortung der für die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes entscheidenden Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, hängt maßgeblich davon ab, ob nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 30 - Freunde werben Freunde). Auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke kann produktbezogen sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 31 - Freunde werben Freunde; GRUR 2019, 203 Rn. 19 - Versandapotheke; GRUR 2019, 1071 Rn. 22 - Brötchen-Gutschein). Es gibt keinen überzeugenden Grund, den vom Gesetzgeber im Bereich der Heilmittelwerbung als grundsätzlich unerwünscht angesehenen Anreiz einer Wertreklame gerade dann hinzunehmen, wenn diese Form der Reklame für eine besonders große Zahl von Heilmitteln eingesetzt wird (BGH,

Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more).

36 bb) Die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG zur Werbung (Titel VIII und VIIIa, Art. 86 bis 100) stehen der Annahme nicht entgegen, dass die Bestimmungen des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment einer Apotheke erfassen.

37 (1) Titel VIII der Richtlinie 2001/83/EG, der die Werbung für Arzneimittel betrifft, regelt die Werbung für bestimmte Arzneimittel (Inhalt der Werbebotschaft, Ausgestaltung der Werbung), nicht aber die Werbung für Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln (EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 - C-649/18, GRUR 2020, 1219 Rn. 49 und 50 = WRP 2020, 1410 - A [Werbung und Online-Verkauf von Arzneimitteln]; EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 20 - DocMorris).

38 (2) Die im Streitfall in Rede stehende Werbeaktion zielt nicht darauf ab, den Patienten in der Entscheidung für ein bestimmtes Arzneimittel zu beeinflussen, sondern in der - nachgelagerten - Entscheidung für die Apotheke, bei der er das Arzneimittel kauft. Es handelt sich daher nicht um eine Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel, sondern um eine Werbung für das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von der betreffenden Apotheke angeboten wird. Eine solche Werbeaktion fällt nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Titels VIII der Richtlinie 2001/83/EG (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 21 und 22 - DocMorris). Das Verbot der Veranstaltung von Gewinnspielen zur Werbung für Dienstleistungen des Verkaufs von Arzneimitteln im Versandhandel ist auf der Ebene der Europäischen Union nicht harmonisiert. Für die Regelung dieses Bereichs sind daher weiterhin die Mitgliedstaaten zuständig, die

dabei insbesondere die im Vertrag zur Arbeitsweise der Europäischen Union verbürgten Grundfreiheiten zu beachten haben (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 28 - DocMorris).

39 cc) Der Senat ist in seiner bisherigen Rechtsprechung allerdings davon ausgegangen, dass der Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG mit dem Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG übereinstimmt (BGH, Urteil vom 13. März 2008 - I ZR 95/05, GRUR 2008, 1014 Rn. 21 = WRP 2008, 1335 - Amlodipin). Er hat deshalb angenommen, dass die Regelungen des Titels VIII der Richtlinie 2001/83/EG auch für eine der Verkaufsförderung dienende Arzneimittelwerbung Anwendung finden, die das gesamte Warensortiment einer Apotheke betrifft, sich also nicht nur auf einzelne Arzneimittel bezieht (BGH, GRUR 2019, 203 Rn. 24 - Versandapotheke; GRUR 2020, 659 Rn. 21 - Gewinnspielwerbung I, mwN). An diesem Verständnis des Unionsrechts hält der Senat im Hinblick auf die im vorliegenden Rechtsstreit ergangene Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht fest.

40 dd) Andererseits besteht mit Blick auf diese Entscheidung keine Veranlassung, den Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG mit Blick auf die Richtlinie 2001/83/EG einschränkend dahin auszulegen, dass er allein die Werbung für bestimmte Arzneimittel umfasst. Die Mitgliedstaaten sind frei, über die Richtlinie 2001/83/EG hinausgehende Verbote aufzustellen, solange sie die Grundfreiheiten nicht in unzulässiger Weise einschränken (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 28 - DocMorris). Der gesetzgeberische Zweck, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr zu begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2019, 1071 Rn. 12, 655 - Brötchen-Gutschein), kann deshalb über die Richtlinie 2001/83/EG

hinausgehende Verbote im Heilmittelwerberecht rechtfertigen (Mand, A&R 2021, 227, 233; Vogt-Beheim, jurisPR-WettbR 10/2021 Anm. 1). Der Senat hält deshalb an seiner Rechtsprechung fest, dass auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke eine Werbung für Arzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG sein kann.

41 f) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, im Streitfall liege in der von der Beklagten eingeräumten Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Der Begriff der Werbegabe erfasst grundsätzlich jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung (BGH, GRUR 2020, 659 Rn. 24 - Gewinnspielwerbung I, mwN). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die angesprochenen Verkehrskreise in der Möglichkeit der Teilnahme an dem von der Beklagten beworbenen Gewinnspiel eine solche Vergünstigung sehen.

42 g) Die Werbung der Beklagten mit der Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln beeinflusst ihre Kunden unsachlich.

43 aa) Eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG liegt nur dann vor, wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet. Diese teleologische Einschränkung des Begriffs der Werbegabe gilt nicht nur für die Fachkreiswerbung, sondern auch für die Publikumswerbung (BGH, GRUR 2020, 659 Rn. 24 - Gewinnspielwerbung I, mwN).

44 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Bewerbung der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bei der Einlösung eines Rezepts begründe die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten.

Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient, der ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel benötige und von seinem Arzt das hierfür erforderliche Rezept erhalten habe, sich für die Einlösung des Rezepts bei der Versandapotheke der Beklagten entscheide, ohne zu erwägen, dass der Erwerb des Arzneimittels bei einer stationären Apotheke seinen persönlichen Bedürfnissen mehr entspreche. Versandapotheken könnten nur telefonisch und auf ausdrückliche Nachfrage beraten. Es könne für den Kunden bedeutsam sein, auch bei Einlösung eines Rezepts unaufgefordert beraten zu werden, beispielsweise im Hinblick auf Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten. Hierfür sei der Apotheker ausgebildet. Die vom Kunden zu treffende Entscheidung für eine stationäre Apotheke oder eine Versandapotheke sei daher für seine Gesundheit relevant. Diese Entscheidung werde durch die in Rede stehende Werbung mit einem Gewinnspiel unsachlich beeinflusst. Diese Beurteilung ist rechtsfehlerfrei.

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

verschreibenden Arzt Fragen offengeblieben sind. Die Entscheidung des Patienten für den Bezug eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels bei einer in- oder ausländischen Versandapotheke statt bei einer stationären Apotheke, die eine objektiv benötigte Beratung leisten kann, soll nach der Zielsetzung des Heilmittelwerbegesetzes nicht durch aleatorische Reize beeinflusst werden.

46 h) Das Berufungsgericht ist ferner ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass keiner der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG geregelten und hier in Betracht kommenden Ausnahmefälle vorliegt.

47 aa) Die Teilnahmemöglichkeit an dem von der Beklagten veranstalteten Gewinnspiel stellt keine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 1 HWG dar (BGH, GRUR 2020, 659 Rn. 27 - Gewinnspielwerbung I).

48 bb) Sie ist auch keine Werbegabe, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Buchst. a HWG besteht. Der Wert der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel entspricht nicht dem Wert des ausgelobten Gewinns, selbst wenn dieser Gewinn ein bestimmter Geldbetrag ist, sondern liegt in der mit der Teilnahme an dem Gewinnspiel verbundenen Chance auf den Gewinn. Mit einem "auf eine bestimmte Art zu berechnender Geldbetrag" sind Preisnachlässe in prozentualer oder sonst auf einfache Weise zu ermittelnder Höhe gemeint, die auf den Normalpreis gewährt werden. An einer solchen einfachen Ermittlungsmethode fehlt es bei einer Chance auf einen Gewinn (BGH, GRUR 2020, 659 Rn. 28 - Gewinnspielwerbung I, mwN).

49 i) Die in Art. 34 AEUV garantierte Warenverkehrsfreiheit und der in Art. 56 AEUV verbürgte freie Dienstleistungsverkehr werden durch ein Verbot der im Streitfall in Rede stehenden Werbung nicht beeinträchtigt.

50 aa) Eine nationale Regelung, die die Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von Arzneimitteln verbietet, lässt sich sowohl dem freien Dienstleistungsverkehr zuordnen, da sie die Mittel der Apotheken einschränkt, für ihre Dienstleistungen, einschließlich des Versandhandels, zu werben, als auch dem freien Warenverkehr, da sie eine bestimmte Form des Vertriebs von Waren - hier Arzneimitteln - regelt. Da sie in erster Linie eine Werbeaktion für angebotene Arzneimittel und nur nachrangig die Dienstleistung des Versandhandels mit Arzneimitteln betrifft, kommt allein eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs in Betracht (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 29 bis 32 - DocMorris). Der freie Warenverkehr ist ein elementarer Grundsatz des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der in dem Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 34 AEUV seinen Ausdruck findet (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 Rn. 20 = WRP 2017, 36 - Deutsche Parkinson Vereinigung). Das in Art. 34 AEUV aufgestellte Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen erfasst jede Maßnahme der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (st. Rspr.; vgl. EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 22 - Deutsche Parkinson Vereinigung, mwN).

51 bb) Das Verbot der Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG fällt nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit.

52 (1) Nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sind nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, ist nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als für inländische Erzeugnisse (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 35 - DocMorris, mwN). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat Bestimmungen, mit denen die Möglichkeiten eines Unternehmens, Werbung zu machen, eingeschränkt werden, als "Bestimmungen über Verkaufsmodalitäten" eingestuft (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 36 - DocMorris, mwN).

53 (2) Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist als "Bestimmung über Verkaufsmodalitäten" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union anzusehen. Das Heilmittelwerbegesetz gilt unterschiedslos für alle Apotheken, die in Deutschland Arzneimittel verkaufen, unabhängig davon, ob sie in der Bundesrepublik Deutschland oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind. Es handelt sich außerdem um eine nationale Vorschrift, die in bestimmten Bereichen bestimmte Formen der Werbung verbietet und die damit den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührt (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 39 bis 40 - DocMorris, mwN).

54 (3) Diese Beurteilung steht nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Deutsche Parkinson Vereinigung" (GRUR 2016, 1312).

55 Der Gerichtshof der Europäischen Union ist in dieser Entscheidung zwar gleichfalls davon ausgegangen, dass traditionelle Apotheken grundsätzlich besser als Versandapotheken in der Lage sind, Patienten durch ihr Personal vor Ort individuell zu beraten und eine Notfallversorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen, und Versandapotheken mit ihrem eingeschränkten Leistungsangebot eine solche Versorgung nicht angemessen ersetzen können. Er hat mit Blick auf diesen Umstand jedoch angenommen, der Preiswettbewerb könne für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Versandapotheken ein wichtigerer Wettbewerbsfaktor sein als für traditionelle stationäre Apotheken in Deutschland, weil es von einem solchen Preiswettbewerb abhänge, ob ausländische Versandapotheken einen unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt fänden und auf diesem konkurrenzfähig blieben (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 24 - Deutsche Parkinson Vereinigung). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat deshalb entschieden, dass die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Abgabepreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstelle, weil sie sich auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirke als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken und dadurch der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werden könnte als für inländische Erzeugnisse (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 26 f. - Deutsche Parkinson Vereinigung). Außerdem hat er angenommen, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festsetzt, nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden könne, da es

nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 46 - Deutsche Parkinson Vereinigung). Diesen Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem Urteil "Deutsche Parkinson Vereinigung" ist zu entnehmen, dass es den in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Versandapotheken grundsätzlich nicht versagt werden kann, die in der Unmöglichkeit einer individuellen Beratung der Patienten vor Ort liegende Einschränkung ihres Leistungsangebots durch einen Preiswettbewerb mit stationären Apotheken in dem betreffenden Mitgliedstaat auszugleichen (BGH, GRUR 2020, 659 Rn. 33 - Gewinnspielwerbung I).

56 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat demgegenüber im vorliegenden Rechtsstreit entschieden, dass es bei dem im Streitfall in Rede stehenden Verbot einer Gewinnspielwerbung - anders als in dem Verfahren, das der Entscheidung "Deutsche Parkinson Vereinigung" zugrunde lag - nicht um das absolute Verbot eines Preiswettbewerbs geht. Das Verbot von Gewinnspielen zur Förderung des Verkaufs von Arzneimitteln habe für die Versandapotheken wesentlich geringere Auswirkungen als das absolute Verbot eines Preiswettbewerbs. Außerdem betreffe das Verbot von Gewinnspielen nicht nur Versandapotheken, sondern auch die herkömmlichen Apotheken, die ebenfalls ein Interesse an der Förderung des Verkaufs ihrer Arzneimittel durch Werbegewinnspiele gehabt hätten (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 44 - DocMorris).

57 4. Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch folgt auch aus §§ 8, 3, 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF beziehungsweise § 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG. Die streitgegenständliche Werbung mit der Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel zur Förderung des Verkaufs verschreibungspflichtiger Arzneimittel war zum Zeitpunkt ihrer Durchführung im Frühjahr 2015 und ist derzeit wegen Verstoßes gegen das Arzneimittelpreisrecht wettbewerbsrechtlich unzulässig.

58 a) Die streitgegenständliche Werbemaßnahme der Beklagten war im Zeitpunkt ihrer Durchführung im Frühjahr 2015 gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF in Verbindung mit §§ 1, 3 AMPreisV wettbewerbswidrig.

59 aa) Nach der maßgeblichen Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG aF galt die auf der Grundlage des § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG erlassene Arzneimittelpreisverordnung auch für Arzneimittel, die gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG von einer Apotheke eines Mitgliedstaats der Europäischen Union an den Endverbraucher im Geltungsbereich des Arzneimittelgesetzes verbracht werden.

60 bb) Diese Regelung ist neben § 7 HWG anwendbar. Die beiden Regelungsbereiche weisen unterschiedliche Zielsetzungen auf. Der Zweck der in § 7 HWG enthaltenen Regelung besteht vor allem darin, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, nicht durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben unsachlich beeinflusst werden sollen. Die Bestimmungen der § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4, § 3 AMPreisV sind nach ihrem Zweck dagegen dazu bestimmt, den (Preis-)Wettbewerb unter den Apotheken zu regeln (vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 16 - Freunde werben Freunde, mwN).

61 cc) Die arzneimittelpreisrechtlichen Regelungen stellen Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) dar (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1136 Rn. 22 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE, mwN). Die Anwendung des § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG aF) steht mit der Richtlinie 2005/29/EG im Einklang, soweit Marktverhaltensregelungen dem Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Verbrauchern dienen und - wie hier - ihre Anwendung im konkreten Fall mit dem Unionsrecht in Einklang steht.

müssen die Parteien zur Geeignetheit der deutschen Regelung der arzneimittelrechtlichen Preisbindung für eine flächendeckende und gleichmäßige Arzneimittelversorgung vortragen, die einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann (vgl. BGH, GRUR 2020, 550 Rn. 20 - Sofort-Bonus II, mwN). Die Frage, ob die Klägerin im Streitfall hierzu hinreichend vorgetragen hat, kann indes offenbleiben.

65 ff) Bei dem hier in Rede stehenden Verbot einer Werbung mit der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel führt die Anwendung von § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG aF in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Satz 1 und §§ 1, 3 AMPreisV nicht zu einem absoluten Verbot eines Preiswettbewerbs. § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG aF stellt daher - bezogen auf den Streitfall - keine nach Art. 34 AEUV verbotene Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar. Nationale Vorschriften, die in bestimmten Bereichen bestimmte Formen der Werbung verbieten, die den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, sind Verkaufsmodalitäten, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV fallen (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 40 - DocMorris). Bei dem hier in Rede stehenden Verbot der Gewinnspielwerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt es sich um eine solche Verkaufsmodalität, weil sich das Verbot nicht auf ein bestimmtes Erzeugnis - im vorliegenden Fall ein Arzneimittel - bezieht, sondern auf die Werbung für den Verkauf eines beliebigen Arzneimittels im Versandhandel, unabhängig davon, ob das Arzneimittel aus Deutschland oder aus anderen Mitgliedstaaten stammt (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 42 bis 43 - DocMorris).

66 b) Die Werbung mit der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bei dem Vertrieb verschreibungspflichtiger Arzneimittel ist auch zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Revisionsgericht gemäß § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG, §§ 1, 3 AMPreisV unzulässig.

67 aa) Nach § 129 Abs. 3 Satz 2 SGB V dürfen Apotheken verordnete Arzneimittel an Versicherte als Sachleistungen nur abgeben und können unmittelbar mit den Krankenkassen nur abrechnen, wenn der Rahmenvertrag zwischen dem Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten Spitzenorganisation der Apotheker gemäß § 129 Abs. 2 SGB V für sie Rechtswirkung hat. Bei der Abgabe verordneter Arzneimittel an Versicherte als Sachleistungen sind Apotheken, für die der Rahmenvertrag Rechtswirkungen hat, zur Einhaltung der in der nach § 78 des Arzneimittelgesetzes erlassenen Rechtsverordnung festgesetzten Preisspannen und Preise verpflichtet und dürfen Versicherten keine Zuwendungen gewähren (§ 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V).

68 bb) Da die Beklagte durch die Bewerbung verschreibungspflichtiger Arzneimittel mit einem Gewinnspiel entweder gegen § 129 Abs. 3 Satz 2 SGB V verstoßen hat (wenn der Rahmenvertrag für sie keine Rechtswirkungen hat) oder gegen § 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG verstoßen hat (wenn der Rahmenvertrag für sie Rechtswirkungen hat), ist ihr Verhalten auch nach neuem Recht wettbewerbsrechtlich unzulässig.

69 cc) Die Untersagung der Gewinnspielwerbung der in den Niederlanden ansässigen Beklagten nach Maßgabe dieser Vorschriften stellt keinen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV dar. Im Streitfall steht eine bloße Verkaufsmodalität in Rede. Ob das in diesen Vorschriften enthaltene und über den Charakter einer Verkaufsmodalität möglicherweise hinausgehende Verbot des Preiswettbewerbs gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt oder durch Belange des Gesundheitsschutzes gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist (vgl. dazu Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Vor-Ort-Apotheken, BT-Drucks. 19/21732, S. 2 bis 4), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.

70 II. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht den Ersatz ihr entstandener vorgerichtlicher Anwaltskosten verlangen, weil diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG nicht erforderlich waren.

71 1. Für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten kommt es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. März 2017 - I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 Rn. 13 = WRP 2017, 1081 - Komplettküchen; Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 210/16, GRUR 2018, 317 Rn. 10 = WRP 2018, 324 - Portierungsauftrag). Abzustellen ist im Streitfall daher auf den Zeitpunkt des Zugangs der anwaltlichen Abmahnung mit Schreiben vom 1. April 2015 (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 35 = WRP 2021, 746 - Berechtigte Gegenabmahnung).

72 2. Wettbewerbsverbände und Fachverbände, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben die Verfolgung der in ihrem Gebiet auftretenden Wettbewerbsverstöße gehört, müssen in personeller und sachlicher Hinsicht so ausgestattet sein, dass sich für typische und durchschnittlich schwierige Abmahnungen die Einschaltung eines Rechtsanwalts erübrigt (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2017 - I ZR 33/16, GRUR 2017, 926 Rn. 12 bis 14, 22 = WRP 2017, 1089 - Anwaltsabmahnung II).

73 3. Die Abmahnung vom 1. April 2015 wegen der hier in Rede stehenden Gewinnspielwerbung stellte sich im Zeitpunkt ihres Zugangs bei der Beklagten als eine typische und durchschnittlich schwierige Abmahnung dar. Sie lag zeitlich vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Deutsche Parkinson Vereinigung" vom 19. Oktober 2016 (GRUR 2016, 1312), die dem Senat Veranlassung gegeben hat, im vorliegenden Verfahren ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten. Zum damaligen Zeitpunkt war nicht zweifelhaft, dass die in Rede stehende Werbung der Beklagten gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG verstößt (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 17

- UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE) und die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit dem Unionsrecht in Einklang steht (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012 - GmS-OGB 1/10, BGHZ 194, 354 Rn. 34 bis 46).

74 4. Der Umstand, dass die Klägerin berechtigt gewesen wäre, von der Beklagten im Falle einer Abmahnung durch eigenes Personal pauschale Abmahnkosten zu verlangen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Derartige Kosten sind der Klägerin nicht entstanden. Fiktive Kosten sind nicht erstattungsfähig (BGH, GRUR 2017, 926 Rn. 23 - Anwaltsabmahnung II, mwN).

75 C. Danach hat die Revision der Beklagten nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Stattgabe der Klage mit dem Zahlungsantrag richtet. In diesem Umfang führt das Rechtsmittel der Beklagten zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil. Im übrigen Umfang ist die Revision unbegründet und daher zurückzuweisen.

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

Koch Löffler Schwonke

Feddersen Schmaltz

Vorinstanzen:
LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.04.2017 - 3-8 O 77/15 -
OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.07.2018 - 6 U 112/17 -

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 214/18

vom

18. November 2021

in dem Rechtsstreit

ECLI:DE:BGH:2021:181121BIZR214.18.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

> Der Tenor des am 18. November 2021 verkündeten Urteils wird wegen offenkundiger Unvollständigkeit gemäß § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend ergänzt, dass im zweiten Absatz hinter "Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main" die Worte "vom 5. April 2017" eingefügt werden.

Koch Löffler Schwonke

Feddersen Schmaltz

Vorinstanzen:
LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.04.2017 - 3-8 O 77/15 -
OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.07.2018 - 6 U 112/17 -

62 dd) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler einen Verstoß der Beklagten gegen das Arzneimittelpreisrecht bejaht. Es konnte dabei offenlassen, ob die Beklagte für preisgebundene Arzneimittel den nach dem deutschen Preisrecht korrekten Preis ansetzt. Es hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung auch dann verletzt sind, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 17 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE, mwN; GRUR 2017, 635 Rn. 37 - Freunde werben Freunde; GRUR 2019, 203 Rn. 29 - Versandapotheke; GRUR 2019, 1071 Rn. 27 - Brötchen-Gutschein).

63 ee) Die Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG aF steht mit Art. 34 und 36 AEUV nicht in Einklang (vgl. EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 24, 26 f. und 46 - Deutsche Parkinson Vereinigung), soweit damit ein absolutes Verbot eines Preiswettbewerbs geregelt wird (EuGH, GRUR 2021, 1325 Rn. 44 - DocMorris). Die Regelung in § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG aF könnte gegenüber der in den Niederlanden ansässigen Beklagten nicht angewendet werden, wenn dies zu einem absoluten Verbot eines Preiswettbewerbs führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 121/17, GRUR 2018, 1271 Rn. 27 = WRP 2019, 61 - Applikationsarzneimittel; Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 5/19, GRUR 2020, 550 Rn. 18 = WRP 2020, 581 - Sofort-Bonus II).

64 Die Beurteilung des Gerichtshofs der Europäischen Union in seiner Entscheidung "Deutsche Parkinson Vereinigung" beruhte allerdings maßgeblich auf ungenügenden Feststellungen des vorlegenden Gerichts. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass in anderen Verfahren, in denen die Frage der Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelpreisrechts mit dem Primärrecht der Europäischen Union in Streit steht, diese Feststellungen nachgeholt werden können, so dass ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen in Betracht kommt. Dafür