

TE OGH 1998/10/20 4Ob236/98d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.10.1998

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei O***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Eugen Wiederkehr und Dr. Werner Loos, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1. E*****-GmbH & Co KG, 2. E*****-GmbH, und 3. Andreas M*****, alle vertreten durch Dr. Egon Sattler und Dr. Reinhard Schanda, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung, Feststellung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 490.000,-), infolge Revisionsrekurses der beklagten Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 8. Juli 1998, GZ 12 R 158/98m-11, mit dem der Beschluß des Landesgerichtes Salzburg vom 22. Mai 1998, GZ 10 Cg 125/98k-4, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung einschließlich der nicht bekämpften und der bestätigten Teile insgesamt wie folgt lautet:

"Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruches der Klägerin gegen die Beklagten auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird den Beklagten ab sofort bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diese Unterlassungsansprüche verboten,

1. die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten in Österreich in für den Verkauf an Verbraucher(innen) bestimmten Verpackungen mit dem Werbeaufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" abzugeben oder zur Abgabe bereit zu halten;
2. für den Bezug der von ihnen angebotenen Arzneispezialitäten Unternehmern materielle Vorteile anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, die nicht bloß von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis nicht von Belang sind oder sonst unzulässige Zugaben bilden, insbesondere durch unentgeltliche Zugabe von einzelnen Packungen aus einem gemischten Paket von Arzneispezialitäten zu diesem Paket.

Das Sicherungsmehrbegehren, den Beklagten ab sofort zu verbieten

1. sich als Zulassungsinhaber und/oder Hersteller hinsichtlich der vorstehend genannten Produkte zu bezeichnen (Punkt b) des Sicherungsantrages);
2. in Werbeprospekten betreffend die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten irreführende

Werbebehauptungen aufzustellen, insbesondere den Werbeslogan "Mehr Qualität, mehr Kunden" zu verwenden oder eine inhaltsgleiche Aussage zu machen, wenn es sich bei den beworbenen Produkten um solche derselben Qualität handelt (Punkt c) des Sicherungsantrages);

3. in Werbeprospekten Angaben über Apothekeneinkaufs- und -verkaufspreise für die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten zu machen, wenn diese Angaben irreführend den Eindruck vermitteln, daß diese Preise behördlich festgesetzt seien, ohne darauf hinzuweisen, daß es sich dabei lediglich um unverbindlich empfohlene Richtpreise handelt (Punkt d) des Sicherungsantrages),

wird abgewiesen.

Die Klägerin ist schuldig, den Beklagten die mit S 9.774,86 (darin S 1.629,14 USt) bestimmten anteiligen Kosten der Äußerung binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Klägerin ist schuldig, den Beklagten die mit S 19.821,61 (darin S 3.303,59 USt) bestimmten anteiligen Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Klägerin hat die Kosten ihres Rekurses sowie ein Drittel der Kosten ihrer Rechtsmittelbeantwortungen endgültig und zwei Drittel der Kosten ihrer Rechtsmittelbeantwortungen vorläufig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die Klägerin ist ein österreichisches Pharmaunternehmen, das der in den Niederlanden ansässigen A*****-N*****-Gruppe angehört. Sie vertreibt aufgrund ihrer erteilten österreichischen Zulassungen iSd § 11 AMG von der T***** GmbH in W***** (Deutschland) hergestellte Arzneispezialitäten zur oralen Empfängnisverhütung, nämlich seit Mai 1985 Ma*****-Tabletten und seit Oktober 1989 Me*****-Tabletten. Diese Empfängnisverhütungsmittel dürfen nur gegen ärztliche Verschreibung in Apotheken abgegeben werden. Die Klägerin ist ein österreichisches Pharmaunternehmen, das der in den Niederlanden ansässigen A*****-N*****-Gruppe angehört. Sie vertreibt aufgrund ihrer erteilten österreichischen Zulassungen iSd Paragraph 11, AMG von der T***** GmbH in W***** (Deutschland) hergestellte Arzneispezialitäten zur oralen Empfängnisverhütung, nämlich seit Mai 1985 Ma*****-Tabletten und seit Oktober 1989 Me*****-Tabletten. Diese Empfängnisverhütungsmittel dürfen nur gegen ärztliche Verschreibung in Apotheken abgegeben werden.

Die Erstbeklagte importiert seit 1. 4. 1988 von ihr in Griechenland und in Belgien gekaufte Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten, die von der E***** GmbH in P***** (Deutschland) umgepackt wurden, parallel; dies aufgrund ihrer erteilten österreichischen Zulassungen gemäß § 11 AMG für die Abgabe im Inland und die Bereithaltung zur Abgabe im Inland. Die Zweitbeklagte ist die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten; der Drittbeklagte ist der alleinige Geschäftsführer der Zweitbeklagten. Die E***** GmbH mit dem Sitz in P***** ist die Kommanditistin der Erstbeklagten und die alleinige Gesellschafterin der Zweitbeklagten. Die Erstbeklagte importiert seit 1. 4. 1988 von ihr in Griechenland und in Belgien gekaufte Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten, die von der E***** GmbH in P***** (Deutschland) umgepackt wurden, parallel; dies aufgrund ihrer erteilten österreichischen Zulassungen gemäß Paragraph 11, AMG für die Abgabe im Inland und die Bereithaltung zur Abgabe im Inland. Die Zweitbeklagte ist die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten; der Drittbeklagte ist der alleinige Geschäftsführer der Zweitbeklagten. Die E***** GmbH mit dem Sitz in P***** ist die Kommanditistin der Erstbeklagten und die alleinige Gesellschafterin der Zweitbeklagten.

Auf der Oberseite der äußeren Verpackungen (Faltschachteln) der genannten Arzneispezialitäten findet sich der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis". Zur Information der Apotheker vertreibt die Erstbeklagte Folder mit dem Titel "Das Original zum günstigeren Preis" sowie mit dem Titel "Wie Sie Ihre Kundinnen glücklich machen". Auf der Rückseite des Folders mit dem Titel "Das Original

zum günstigeren Preis" sind die Preise der von der Erstbeklagten vertriebenen Arzneispezialitäten angegeben. Unter der Überschrift "E***** Präparate-Übersicht - Zu beziehen über Ihren Großhandel" sind neben der Bezeichnung der

Arzneispezialität und der Packungsgröße (Tablettenanzahl) jeweils der Apothekeneinstandspreis (mit der Kurzbezeichnung AEP) und der Apothekenverkaufspreis (AVP) aufgelistet.

Auf der Rückseite des Folders mit dem Titel "Wie Sie Ihre Kundinnen

glücklich machen" werden unter der Überschrift "Zu beziehen

über Ihren Großhandel" für die Zeit vom 1. 4. bis 30. 4. 1998 zwei Produktpakete angeboten. Für das eine Paket wird mit "Paket 1 plus Großhandelsrabatt" und "Ihr Zusatzgewinn öS 137,50 netto!" geworben. Es setzt sich aus je einer 3 x 21 Dragees- bzw Tabletten-Packung D*****-Dragees, G*****-Dragees, Me*****-Tabletten, T*****-Dragees und M***** 30-Dragees zusammen. Gratis werden je eine 21-Dragees-Packung T*****-Dragees und M***** 30-Dragees dazugegeben. Bei den einzelnen Packungen ist jeweils der Apothekeneinstandspreis (AEP) und der Apothekenverkaufspreis (AVP) angeführt. Die Summe der zu bezahlenden Arzneispezialitäten beträgt S 741,53; der AEP der gratis beigegebenen Arzneispezialitäten beläuft sich auf insgesamt S 77,36.

Das zweite Paket ist mit "Paket 2 plus Großhandelsrabatt" und "Ihr Zusatzgewinn öS 262,50 netto!" überschrieben. Dieses Paket setzt sich aus jeweils einer 21-Dragees- bzw. Tablettenpackung und einer 3 x 21-Dragees- bzw. Tablettenpackung D*****-Dragees, G*****-Dragees, Me*****-Tabletten, T*****-Dragees und M***** 30-Dragees zusammen; gratis werden eine 21-Dragees-Packung G*****-Dragees und eine 3 x 21-Dragees-Packung M***** 30-Dragees dazugegeben. Die Summe der jeweils angegebenen Apothekeneinstandspreise der zu bezahlenden Arzneispezialitäten beträgt S 1.007,86; die Summe der gratis beigegebenen Medikamente S 147,49.

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres geltend gemachten Unterlassungsanspruchs, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten,

a) die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten mit dem Werbeaufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" in Österreich in für den Verkauf an Verbraucher bestimmten Verpackungen abzugeben oder zur Abgabe bereit zu halten;

b) sich als Zulassungsinhaber und/oder Hersteller betreffend die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten zu bezeichnen, obwohl dies nicht den Tatsachen entspricht;

c) in Werbeprospekten betreffend die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten irreführende Werbebehauptungen aufzustellen, insbesondere den Werbeslogan "Mehr Qualität, mehr Kunden" zu verwenden oder eine inhaltsgleiche Aussage zu machen, wenn es sich bei den beworbenen Produkten um solche derselben Qualität handelt;

d) in Werbeprospekten Angaben über Apothekeneinkaufspreise und Apothekenverkaufspreise für die Arzneispezialitäten Ma*****-Tabletten und Me*****-Tabletten zu machen, wenn diese Angaben irreführend den Eindruck vermitteln, daß die von den Beklagten für ihre Produkte angegebenen Preise behördlich festgesetzt seien, ohne darauf hinzuweisen, daß es sich dabei lediglich um unverbindlich empfohlene Richtpreise handelt;

e) für den Bezug der von den beklagten Parteien angebotenen Arzneispezialitäten Unternehmern materielle Vorteile anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, die nicht bloß von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind oder sonst unzulässige Zugaben darstellen, insbesondere weil die unentgeltlichen Zugaben aus einzelnen Packungen eines gemischten Paket/Warensortiments von Arzneispezialitäten bestehen und/oder weder für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang und/oder nicht von geringem Wert sind.

Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" auf den Außenverpackungen verstoße gegen das Verbot der Laienwerbung gemäß § 51 AMG. Die Angabe von Apothekeneinkaufspreisen und Apothekenverkaufspreisen ohne aufklärenden Hinweis erwecke den unrichtigen Eindruck, daß es sich dabei um behördlich festgesetzte oder jedenfalls zulässige Preise handle. Bei diesen Preisangaben handle es sich um kartellwidrige, sohin unzulässige und wettbewerbswidrige Preisempfehlungen, weil an keiner Stelle darauf hingewiesen werde, daß es sich bei diesen Preisen etwa um unverbindlich empfohlene Richtpreise handle. Die den beiden Angebotspaketen gratis beigegebenen Arzneispezialitäten seien ein nicht bloß geringwertiger materieller Vorteil und auch nicht für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Die Beklagten verstießen damit gegen § 55 AMG. Diese Zugaben wären auch nach § 9a Abs 2 Z 6 UWG unzulässig, weil es sich dabei nicht um eine bestimmte oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnende Menge derselben Ware handle. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" auf den

Außenverpackungen verstoße gegen das Verbot der Laienwerbung gemäß Paragraph 51, AMG. Die Angabe von Apothekeneinkaufspreisen und Apothekenverkaufspreisen ohne aufklärenden Hinweis erwecke den unrichtigen Eindruck, daß es sich dabei um behördlich festgesetzte oder jedenfalls zulässige Preise handle. Bei diesen Preisangaben handle es sich um kartellwidrige, sohin unzulässige und wettbewerbswidrige Preisempfehlungen, weil an keiner Stelle darauf hingewiesen werde, daß es sich bei diesen Preisen etwa um unverbindlich empfohlene Richtpreise handle. Die den beiden Angebotspaketen gratis beigegebenen Arzneispezialitäten seien ein nicht bloß geringwertiger materieller Vorteil und auch nicht für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Die Beklagten verstießen damit gegen Paragraph 55, AMG. Diese Zugaben wären auch nach Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 6, UWG unzulässig, weil es sich dabei nicht um eine bestimmte oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnende Menge derselben Ware handle.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrages. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" verstoße nicht gegen § 51 AMG, weil die verglichenen Produkte identisch seien. Es stünden nicht verschiedene Arzneimittel miteinander im Wettbewerb. Die Angabe von Apothekeneinstandspreisen und Apothekenverkaufspreisen erwecke nicht den Eindruck, es handle sich dabei um behördlich festgesetzte Arzneimittelpreise. Die auf Antrag der Klägerin festgesetzten Höchstpreise seien auch für die parallel importierten Arzneispezialitäten gültig. Den Apothekern sei bekannt, daß es sich bei den Preisen laut Arzneitaxe um Höchstpreise handelt. Sie könnten daher durch die im Prospekt angeführten Preise (AEP und AVP) nicht irregeführt werden. Die Zugaben seien geringwertig und für die medizinische und pharmazeutische Praxis von Belang. Es bestehe keine Wiederholungsgefahr, weil die Aktion mit einem Monat befristet gewesen sei. Die Beklagten beantragen die Abweisung des Sicherungsantrages. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" verstoße nicht gegen Paragraph 51, AMG, weil die verglichenen Produkte identisch seien. Es stünden nicht verschiedene Arzneimittel miteinander im Wettbewerb. Die Angabe von Apothekeneinstandspreisen und Apothekenverkaufspreisen erwecke nicht den Eindruck, es handle sich dabei um behördlich festgesetzte Arzneimittelpreise. Die auf Antrag der Klägerin festgesetzten Höchstpreise seien auch für die parallel importierten Arzneispezialitäten gültig. Den Apothekern sei bekannt, daß es sich bei den Preisen laut Arzneitaxe um Höchstpreise handelt. Sie könnten daher durch die im Prospekt angeführten Preise (AEP und AVP) nicht irregeführt werden. Die Zugaben seien geringwertig und für die medizinische und pharmazeutische Praxis von Belang. Es bestehe keine Wiederholungsgefahr, weil die Aktion mit einem Monat befristet gewesen sei.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung zu den Punkten a),

d) und e) des Sicherungsantrages. Das Mehrbegehren (zu den Punkten b) und c)) wies es ab. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" verstoße gegen § 51 AMG. Er sei geeignet, die Anwenderinnen zu veranlassen, bei der Verschreibung auf diesem Produkt zu bestehen. Die in der Werbeschrift enthaltene Preisliste erwecke den unzutreffenden Eindruck, daß die Preise im Sinne der Arzneitaxe behördlich festgesetzt seien. Die von Punkt e) erfaßten Zugaben seien weder geringwertig noch für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Die Befristung des Angebotes sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. d) und e) des Sicherungsantrages. Das Mehrbegehren (zu den Punkten b) und c)) wies es ab. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" verstoße gegen Paragraph 51, AMG. Er sei geeignet, die Anwenderinnen zu veranlassen, bei der Verschreibung auf diesem Produkt zu bestehen. Die in der Werbeschrift enthaltene Preisliste erwecke den unzutreffenden Eindruck, daß die Preise im Sinne der Arzneitaxe behördlich festgesetzt seien. Die von Punkt e) erfaßten Zugaben seien weder geringwertig noch für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Die Befristung des Angebotes sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000,- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es billigte die erstgerichtliche Beurteilung zur Abweisung des Sicherungsantrags in den Punkten b) und c) und äußerte im übrigen folgende Rechtsansichten:

Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" richte sich an die Endverbraucherinnen, um sie für die von der Erstbeklagten in Österreich vertriebenen Produkte zu gewinnen. Mit dem Aufdruck würden nicht nur die Vorteile von Parallelimporten herausgestrichen, sondern es werde auch für ein bestimmtes Produkt geworben. Das Verbot der "Laienwerbung" - unter diesem Begriff wird üblicherweise nicht die an Laien gerichtete Werbung, sondern die Werbung durch Laien verstanden (siehe Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 20 § 1 dUWG Rz 200 ff) - sei zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig. Ein Verstoß gegen Art 30 EGV liege auch deshalb nicht vor, weil

das Werbeverbot nicht geeignet sei, den Import von Arzneispezialitäten aus anderen Mitgliedsstaaten zu behindern. § 51 AMG sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Preisangaben auf der Rückseite der Werbeschriften erweckten den Eindruck, die Apothekeneinstandspreise seien in einem Preisregelungsverfahren festgesetzt worden. Dem unrichtigen Eindruck könnte durch einen - hier fehlenden - Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Preise entgegengewirkt werden. Die für die Klägerin in einem behördlichen Verfahren festgesetzten Apothekenverkaufspreise seien für die parallel importierten Arzneispezialitäten nicht gültig. Die gratis beigegebenen Packungen seien keine geringwertigen Vorteile; sie seien auch nicht für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Wiederholungsgefahr bestehe nach wie vor, weil die Beklagten darauf beharrten, mit ihrer Aktion nicht gesetzwidrig gehandelt zu haben. Der Drittbeklagte habe als Alleingeschäftsführer der Zweitbeklagten, die die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten sei. Der Drittbeklagte habe nicht behauptet, ohne sein Verschulden daran gehindert gewesen zu sein, gegen den Wettbewerbsverstoß einzuschreiten. Der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" richte sich an die Endverbraucherinnen, um sie für die von der Erstbeklagten in Österreich vertriebenen Produkte zu gewinnen. Mit dem Aufdruck würden nicht nur die Vorteile von Parallelimporten herausgestrichen, sondern es werde auch für ein bestimmtes Produkt geworben. Das Verbot der "Laienwerbung" - unter diesem Begriff wird üblicherweise nicht die an Laien gerichtete Werbung, sondern die Werbung durch Laien verstanden (siehe Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 20 Paragraph eins, dUWG Rz 200 ff) - sei zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig. Ein Verstoß gegen Artikel 30, EGV liege auch deshalb nicht vor, weil das Werbeverbot nicht geeignet sei, den Import von Arzneispezialitäten aus anderen Mitgliedsstaaten zu behindern. Paragraph 51, AMG sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Preisangaben auf der Rückseite der Werbeschriften erweckten den Eindruck, die Apothekeneinstandspreise seien in einem Preisregelungsverfahren festgesetzt worden. Dem unrichtigen Eindruck könnte durch einen - hier fehlenden - Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Preise entgegengewirkt werden. Die für die Klägerin in einem behördlichen Verfahren festgesetzten Apothekenverkaufspreise seien für die parallel importierten Arzneispezialitäten nicht gültig. Die gratis beigegebenen Packungen seien keine geringwertigen Vorteile; sie seien auch nicht für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Wiederholungsgefahr bestehe nach wie vor, weil die Beklagten darauf beharrten, mit ihrer Aktion nicht gesetzwidrig gehandelt zu haben. Der Drittbeklagte habe als Alleingeschäftsführer der Zweitbeklagten, die die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten sei. Der Drittbeklagte habe nicht behauptet, ohne sein Verschulden daran gehindert gewesen zu sein, gegen den Wettbewerbsverstoß einzuschreiten.

Während die Klägerin den die Abweisung des Sicherungsantrags zu Punkt

b) und c) bestätigenden Teil der zweitinstanzlichen Entscheidung unbekämpft ließ, erhoben die Beklagten gegen den übrigen Teil der rekursgerichtlichen Entscheidung einen Revisionsrekurs. Dieser ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem gleichartigen Sachverhalt fehlt; er ist auch zum Teil berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. zu Punkt a) des Sicherungsantrages:

Die Beklagten halten an ihrer Auffassung fest, daß der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" keine Werbung im Sinne des § 51 AMG sei. Damit werde nur für einen von zwei Importwegen und nicht für ein bestimmtes Arzneimittel in Konkurrenz zu einem anderen Arzneimittel geworben. Die weite Auslegung des § 51 AMG durch das Rekursgericht verstoße gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs und sei auch verfassungsrechtlich bedenklich. Die Beklagten halten an ihrer Auffassung fest, daß der Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" keine Werbung im Sinne des Paragraph 51, AMG sei. Damit werde nur für einen von zwei Importwegen und nicht für ein bestimmtes Arzneimittel in Konkurrenz zu einem anderen Arzneimittel geworben. Die weite Auslegung des Paragraph 51, AMG durch das Rekursgericht verstoße gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs und sei auch verfassungsrechtlich bedenklich.

Die Argumentation der Beklagten baut darauf auf, daß sie den Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" nur als Werbung für einen von zwei Importwegen und nicht auch als Werbung für das Erzeugnis verstehen. Sie bestreiten nicht, daß auch ein werbender Aufdruck auf einer Packung gegen § 51 AMG verstoßen kann. Nach Abs 1 Z 1 dieser Bestimmung darf Arzneimittelwerbung, die für Verbraucher bestimmt ist, nicht für Arzneimittel betrieben werden, die der Rezeptpflicht unterliegen. Das damit normierte Verbot der Öffentlichkeitswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel entspricht Art 3 Abs 1 der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für

Humanarzneimittel, wonach die Mitgliedstaaten die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel verbieten, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Die Richtlinie definiert als "Werbung für Arzneimittel" alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern; sie umfaßt insbesondere (ua) die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel (Art 1 Abs 3 leg cit). Die Argumentation der Beklagten baut darauf auf, daß sie den Aufdruck "Das Original zum günstigeren Preis" nur als Werbung für einen von zwei Importwegen und nicht auch als Werbung für das Erzeugnis verstehen. Sie bestreiten nicht, daß auch ein werbender Aufdruck auf einer Packung gegen Paragraph 51, AMG verstoßen kann. Nach Absatz eins, Ziffer eins, dieser Bestimmung darf Arzneimittelwerbung, die für Verbraucher bestimmt ist, nicht für Arzneimittel betrieben werden, die der Rezeptpflicht unterliegen. Das damit normierte Verbot der Öffentlichkeitswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel entspricht Artikel 3, Absatz eins, der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel, wonach die Mitgliedstaaten die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel verbieten, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen. Die Richtlinie definiert als "Werbung für Arzneimittel" alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern; sie umfaßt insbesondere (ua) die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel (Artikel eins, Absatz 3, leg cit).

Werbung ist somit bei richtlinienkonformer Auslegung des § 51 AMG jede Maßnahme, die der Absatzförderung dient. Das Werbeverbot soll, wie sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 92/28/EWG ergibt, alle Medien erfassen. Damit steht im Einklang, daß nach Art 2 Abs 2 der Richtlinie 92/27/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln auf der äußeren Umhüllung von Arzneimitteln keine Angaben zulässig sind, die Werbecharakter haben können. Werbung ist somit bei richtlinienkonformer Auslegung des Paragraph 51, AMG jede Maßnahme, die der Absatzförderung dient. Das Werbeverbot soll, wie sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 92/28/EWG ergibt, alle Medien erfassen. Damit steht im Einklang, daß nach Artikel 2, Absatz 2, der Richtlinie 92/27/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Etikettierung und die Packungsbeilage von Humanarzneimitteln auf der äußeren Umhüllung von Arzneimitteln keine Angaben zulässig sind, die Werbecharakter haben können.

Das Verbot der Öffentlichkeitswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel soll verhindern, daß die Entscheidung für oder gegen ein Arzneimittel aus anderen als aus medizinischen Überlegungen getroffen wird. Diese Gefahr besteht nicht nur dann, wenn die Vorzüge eines Arzneimittels im Vergleich zu einem anderen Arzneimittel oder ganz allgemein herausgestrichen werden, sondern auch dann, wenn ein Vorzug betont wird, den das parallel importierte Arzneimittel gegenüber dem Direktimport hat. Auch in diesem Fall ist die Werbung produktbezogen:

Die von der Erstbeklagten parallel importierten Verhütungsmittel werden als preisgünstig angepriesen; das empfiehlt sie nicht nur gegenüber den direktimportierten identischen Arzneyspezialitäten, sondern auch gegenüber den oralen Verhütungsmitteln anderer Erzeuger. Es ist daher nicht richtig, daß der Werbeaufdruck nur die Entscheidung zwischen zwei identischen Arzneimitteln zu beeinflussen geeignet wäre. Die Werbung kann sich vielmehr auch auf die - vom Preisbewußtsein der Anwenderin beeinflusste - Entscheidung für oder gegen ein anderes Verhütungsmittel auswirken und damit medizinische Überlegungen in den Hintergrund treten lassen.

Eine solche Werbung fällt auch bei der von den Beklagten geforderten teleologischen Auslegung unter § 51 AMG. Insoweit ist das Verbot der Öffentlichkeitswerbung selbst nach der Argumentation der Beklagten weder gemeinschaftsrechtlich noch verfassungsrechtlich bedenklich. Auf ihre diesbezüglichen Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen. Eine solche Werbung fällt auch bei der von den Beklagten geforderten teleologischen Auslegung unter Paragraph 51, AMG. Insoweit ist das Verbot der Öffentlichkeitswerbung selbst nach der Argumentation der Beklagten weder gemeinschaftsrechtlich noch verfassungsrechtlich bedenklich. Auf ihre diesbezüglichen Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen.

Der Verstoß gegen § 51 AMG ist geeignet, den Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Der Werbecharakter des Aufdruckes ist so offenkundig, daß sich die Beklagten nicht auf die Vertretbarkeit ihrer Rechtsauffassung berufen können. Der Verstoß gegen Paragraph 51, AMG ist geeignet, den Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Der Werbecharakter des Aufdruckes ist so offenkundig, daß sich die Beklagten nicht auf die Vertretbarkeit ihrer Rechtsauffassung berufen können.

2. zu Punkt d) des Sicherungsantrages:

Die Beklagten verweisen einerseits darauf, daß die Apotheker das System der Preisfestsetzung sehr genau kennen, andererseits meinen sie, die Apotheker hätten aufgrund der beanstandeten Preisliste nur annehmen können, daß der Aufschlag vom Apothekeneinstandspreis auf den Apothekenverkaufspreis der Arzneitaxe entspricht. Die Verwendung der Begriffe "AEP" und "AVP" lasse Apotheker keineswegs zwingend an eine behördliche Preisregelung denken.

Arzneimittel sind insofern preisgeregelt, als nach § 3 Abs 1 PreisG 1992 für die dort genannten Arzneimittel, ausgenommen für die Abgabe in Apotheken, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise bestimmt werden können. Mit dieser Bestimmung wird der zuständige Bundesminister ermächtigt, die Fabriksabgabepreise für Arzneimittel auch außerhalb von Krisenzeiten festzusetzen (336 BlgNR 18. GP 12). Die Höchstaufschläge im Arzneimittelgroßhandel werden aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 8 Abs 1 PreisG durch Verordnung des zuständigen Bundesministers festgesetzt; die Festsetzung eines Maximalpreises für die in Apotheken geführten Artikel regelt die aufgrund des § 7 Abs 2 ApothekenG erlassene Verordnung Österreichische Arzneitaxe 1962 BGBl 128. Nach § 1 leg cit hat der zuständige Bundesminister die Preise für die an den Verbraucher abzugebenden Arzneimittel ... nach den Bestimmungen der in Anlage A der Verordnung enthaltenen Grundsätze zu errechnen und als Anlage B zu dieser Verordnung mit der Bezeichnung "Österreichische Arzneitaxe" kundzumachen. Die Preise der Österreichischen Arzneitaxe sind Höchstpreise (§ 1 Abs 2 leg cit). Der Verkaufspreis von Arzneimitteln, die öffentliche Apotheken in einer zur Abgabe an die Verbraucher bestimmten fertigen Packung aus dem Handel beziehen, wird durch einen Aufschlag auf den Apothekeneinstandspreis festgelegt. Die Arzneitaxe legt auch fest, welcher Verkaufspreis jeweils einem bestimmten Apothekeneinstandspreis entspricht. Nach Punkt 2b der Allgemeinen Bestimmungen der Anlage A ist bei Bezug eines Arzneimittels aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union im Rahmen der gesamten Vertriebskette nur eine Großhandels- und eine Apothekenspanne zu verrechnen. Arzneimittel sind insofern preisgeregelt, als nach Paragraph 3, Absatz eins, PreisG 1992 für die dort genannten Arzneimittel, ausgenommen für die Abgabe in Apotheken, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise bestimmt werden können. Mit dieser Bestimmung wird der zuständige Bundesminister ermächtigt, die Fabriksabgabepreise für Arzneimittel auch außerhalb von Krisenzeiten festzusetzen (336 BlgNR 18. GP 12). Die Höchstaufschläge im Arzneimittelgroßhandel werden aufgrund der Verordnungsermächtigung in Paragraph 8, Absatz eins, PreisG durch Verordnung des zuständigen Bundesministers festgesetzt; die Festsetzung eines Maximalpreises für die in Apotheken geführten Artikel regelt die aufgrund des Paragraph 7, Absatz 2, ApothekenG erlassene Verordnung Österreichische Arzneitaxe 1962 Bundesgesetzblatt 128. Nach Paragraph eins, leg cit hat der zuständige Bundesminister die Preise für die an den Verbraucher abzugebenden Arzneimittel ... nach den Bestimmungen der in Anlage A der Verordnung enthaltenen Grundsätze zu errechnen und als Anlage B zu dieser Verordnung mit der Bezeichnung "Österreichische Arzneitaxe" kundzumachen. Die Preise der Österreichischen Arzneitaxe sind Höchstpreise (Paragraph eins, Absatz 2, leg cit). Der Verkaufspreis von Arzneimitteln, die öffentliche Apotheken in einer zur Abgabe an die Verbraucher bestimmten fertigen Packung aus dem Handel beziehen, wird durch einen Aufschlag auf den Apothekeneinstandspreis festgelegt. Die Arzneitaxe legt auch fest, welcher Verkaufspreis jeweils einem bestimmten Apothekeneinstandspreis entspricht. Nach Punkt 2b der Allgemeinen Bestimmungen der Anlage A ist bei Bezug eines Arzneimittels aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union im Rahmen der gesamten Vertriebskette nur eine Großhandels- und eine Apothekenspanne zu verrechnen.

Die Arzneimittelpreise können daher - unabhängig von der Preisregelung durch die Sozialversicherung - in dem Sinn als behördlich festgesetzt bezeichnet werden, als der Fabriksabgabepreis in einem Preisfestsetzungsverfahren, der Apothekeneinstandspreis durch Höchstaufschläge im Arzneimittelgroßhandel und der Apothekenverkaufspreis durch maximale Spannen für die Apotheken bestimmt wird (s Tomandl, Sozialversicherung und Medikamentenpreise, FS-Wenger 647 [649f]; Gutknecht, Das Preisgesetz 1992, ecolex 1992, 483 [485] mwN). Die Preisliste der Beklagten gibt für jede Arzneispezialität den Apothekeneinstandspreis und den Apothekenverkaufspreis, nicht aber auch den Fabriksabgabepreis an. Für Apothekeneinstandspreis und Apothekenverkaufspreis gibt es kein Preisfestsetzungsverfahren; die behördliche Preisregelung beschränkt sich insoweit auf die Festsetzung der Höchstaufschläge.

Die Klägerin behauptet nicht, daß die Apotheker mit dem Preisfestsetzungssystem nicht vertraut wären. Ist den Apothekern aber bekannt, daß nur der Fabriksabgabepreis in einem Preisfestsetzungsverfahren festgesetzt werden kann, so können sie die von den Beklagten angegebenen Preise nur insofern als behördlich festgesetzte Preise verstehen, als sie meinen, der dem Apothekeneinstandspreis zugrundeliegende Fabriksabgabepreis sei behördlich

festgesetzt, Großhandelsaufschlag und Apothekenspanne seien korrekt berechnet worden. Im vorliegenden Fall steht fest, daß die Beklagten für den ihrer Kalkulation zugrundeliegenden Fabriksabgabepreis kein Preisfestsetzungsverfahren beantragt haben. Inwiefern ein solcher Irrtum aber geeignet sein soll, den Kaufentschluß der Apotheker zu beeinflussen, ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen.

Der Apotheker kann weder für einen allfälligen Verstoß bei der Bildung des Fabriksabgabepreises zur Verantwortung gezogen werden, noch wird es seinen Kaufentschluß beeinflussen, ob den ihm genannten Preisen ein Fabriksabgabepreis zugrundeliegt, der behördlich festgesetzt wurde. Es ist auch nicht ersichtlich, worin die von der Klägerin behauptete Irreführung durch einen unrichtigen Preisansatz, der zu einer ungerechtfertigt hohen Apothekenspanne führe, bestehen soll. Für den Apotheker ist maßgebend, wie hoch sein Einstandspreis ist; daß die Preisangaben der Beklagten insoweit nicht richtig wären, behauptet die Klägerin gar nicht. Ebenso wenig bringt sie vor, daß die in den Einstandspreisen insgesamt enthaltene Großhandelsspanne den Höchstaufschlag überstiege.

Der Fabriksabgabepreis ist im übrigen, ebenso wie der durch Berücksichtigung des Höchstaufschlages im Großhandel gebildete Apothekeneinstandspreis und der durch Aufschlag der Apothekenspanne sich ergebende Apothekenverkaufspreis, immer ein Höchstpreis. Alle diese Preise sind daher insoweit unverbindlich, als sie unterschritten werden können. Nichts anderes können auch die Apotheker der Preisliste der Beklagten entnehmen. Es ist daher ausgeschlossen, daß sie, wie die Klägerin und offenbar auch das Berufungsgericht meinen, die Preisangaben als verbindliche Preisempfehlung im Sinne des § 12 KartG auffassen könnten. Der Fabriksabgabepreis ist im übrigen, ebenso wie der durch Berücksichtigung des Höchstaufschlages im Großhandel gebildete Apothekeneinstandspreis und der durch Aufschlag der Apothekenspanne sich ergebende Apothekenverkaufspreis, immer ein Höchstpreis. Alle diese Preise sind daher insoweit unverbindlich, als sie unterschritten werden können. Nichts anderes können auch die Apotheker der Preisliste der Beklagten entnehmen. Es ist daher ausgeschlossen, daß sie, wie die Klägerin und offenbar auch das Berufungsgericht meinen, die Preisangaben als verbindliche Preisempfehlung im Sinne des Paragraph 12, KartG auffassen könnten.

Die Klägerin macht geltend, daß der von ihr behauptete Anschein behördlich festgesetzter Preise die Apotheker davon abhalte, die Kalkulation zu überprüfen und sie damit der Gefahr aussetze, durch Überschreiten des durch die Apothekenspanne festgelegten maximalen Verkaufspreises eine Verwaltungsübertretung zu begehen. Die Klägerin behauptet aber nicht, daß die von den Beklagten angegebenen Apothekenverkaufspreise nicht gemäß der Arznei taxenverordnung gebildet worden wären. Nur wenn dies aber der Fall wäre, bestünde die Gefahr, daß Apotheker im Vertrauen auf die Preisangaben der Beklagten einen höheren als den Maximalpreis verlangten und damit gegen § 41 ApothekenG verstießen. Die Angabe der Apothekenverkaufspreise als Serviceleistung des Großhändlers befreit den Apotheker im übrigen ohnehin nicht von seiner Verpflichtung, auf seinen Einstandspreis nicht mehr als die in der Arznei taxenverordnung festgesetzte Apothekenspanne aufzuschlagen. Auch insoweit ist aber jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Irrtum der Apotheker über die richtige Anwendung der Arznei taxenverordnung geeignet sein soll, den Kaufentschluß zu beeinflussen. Der Apotheker ist jederzeit in der Lage, den Apothekenverkaufspreis selbst zu berechnen. Die Klägerin macht geltend, daß der von ihr behauptete Anschein behördlich festgesetzter Preise die Apotheker davon abhalte, die Kalkulation zu überprüfen und sie damit der Gefahr aussetze, durch Überschreiten des durch die Apothekenspanne festgelegten maximalen Verkaufspreises eine Verwaltungsübertretung zu begehen. Die Klägerin behauptet aber nicht, daß die von den Beklagten angegebenen Apothekenverkaufspreise nicht gemäß der Arznei taxenverordnung gebildet worden wären. Nur wenn dies aber der Fall wäre, bestünde die Gefahr, daß Apotheker im Vertrauen auf die Preisangaben der Beklagten einen höheren als den Maximalpreis verlangten und damit gegen Paragraph 41, ApothekenG verstießen. Die Angabe der Apothekenverkaufspreise als Serviceleistung des Großhändlers befreit den Apotheker im übrigen ohnehin nicht von seiner Verpflichtung, auf seinen Einstandspreis nicht mehr als die in der Arznei taxenverordnung festgesetzte Apothekenspanne aufzuschlagen. Auch insoweit ist aber jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Irrtum der Apotheker über die richtige Anwendung der Arznei taxenverordnung geeignet sein soll, den Kaufentschluß zu beeinflussen. Der Apotheker ist jederzeit in der Lage, den Apothekenverkaufspreis selbst zu berechnen.

Ein Verstoß gegen § 2 UWG setzt voraus, daß die zur Irreführung geeignete Angabe geeignet ist, den Kaufentschluß zu beeinflussen (stRsp ua ÖBl 1996, 80 - Städtische Bestattung; MR 1996, 118 [Korn] = ÖBl 1997, 20 - Steirischer Medienjumbo, jeweils mwN). Mangels Relevanz für den Kaufentschluß sind die beanstandeten Angaben selbst dann nicht wettbewerbswidrig, wenn die Apotheker die Begriffe "AEP" und "AVP" mit einem behördlichen

Preisfestsetzungsverfahren in Verbindung bringen. Es kommt daher nicht mehr darauf an, daß entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entscheidend ist, ob ein bestimmter Eindruck "zwingend" erweckt wird. Bei mehrdeutigen Angaben muß der Ankündigende stets die ungünstigere Auslegung gegen sich gelten lassen (stRsp ÖBl 1996, 130 - Preiß'n Kracher I; ÖBl 1997, 64 - EU-Tiefpreis, jeweils mwN). Ein Verstoß gegen Paragraph 2, UWG setzt voraus, daß die zur Irreführung geeignete Angabe geeignet ist, den Kaufentschluß zu beeinflussen (stRsp ua ÖBl 1996, 80 - Städtische Bestattung; MR 1996, 118 [Korn] = ÖBl 1997, 20 - Steirischer Medienjumbo, jeweils mwN). Mangels Relevanz für den Kaufentschluß sind die beanstandeten Angaben selbst dann nicht wettbewerbswidrig, wenn die Apotheker die Begriffe "AEP" und "AVP" mit einem behördlichen Preisfestsetzungsverfahren in Verbindung bringen. Es kommt daher nicht mehr darauf an, daß entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entscheidend ist, ob ein bestimmter Eindruck "zwingend" erweckt wird. Bei mehrdeutigen Angaben muß der Ankündigende stets die ungünstigere Auslegung gegen sich gelten lassen (stRsp ÖBl 1996, 130 - Preiß'n Kracher I; ÖBl 1997, 64 - EU-Tiefpreis, jeweils mwN).

Das zu Punkt d) des Sicherungsantrages erhobene Begehren ist unabhängig davon nicht berechtigt, ob für parallel importierte Arzneispezialitäten überhaupt ein eigenes Preisfestsetzungsverfahren durchgeführt werden könnte. Diese Frage kann hier offenbleiben, weil den Beklagten nicht vorgeworfen wird, kein solches Verfahren beantragt zu haben. Offenbleiben kann daher auch, ob ein eigenes Preisfestsetzungsverfahren für parallel importierte Arzneispezialitäten mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Das gleiche gilt für die Frage, ob das österreichische Preisregelungssystem für Arzneispezialitäten dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

3. zu Punkt e) des Sicherungsantrages:

Die Beklagten halten an ihrer Auffassung fest, daß eine Gratisleistung im Wert von rund 10 % bzw. rund 15 % des Verkaufspreises geringwertig sei. Das Einführungsangebot sei auch für die medizinische und pharmazeutische Praxis von Belang. Die Apotheker könnten dadurch die preisgünstigeren Produkte der Beklagten kennenlernen. Die Beklagten schlossen sich der von der Klägerin in einem Parallelverfahren vertretenen Auffassung an, daß Naturalrabatte nicht gegen § 55 AMG verstießen. Die Beklagten halten an ihrer Auffassung fest, daß eine Gratisleistung im Wert von rund 10 % bzw. rund 15 % des Verkaufspreises geringwertig sei. Das Einführungsangebot sei auch für die medizinische und pharmazeutische Praxis von Belang. Die Apotheker könnten dadurch die preisgünstigeren Produkte der Beklagten kennenlernen. Die Beklagten schlossen sich der von der Klägerin in einem Parallelverfahren vertretenen Auffassung an, daß Naturalrabatte nicht gegen Paragraph 55, AMG verstießen.

Die Auslegung des § 55 AMG hat sich an der Richtlinie 92/28/EWG zu orientieren. § 55 erster Satz AMG ist wortgleich mit Art 9 Abs 1 der Richtlinie. Danach ist es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel bei den zu deren Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen verboten, diesen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Gemäß Art 9 Abs 4 leg cit läßt dieser Artikel die in den Mitgliedstaaten bestehenden Maßnahmen oder Handelspraktiken hinsichtlich der Preise, Gewinnspannen und Rabatte unberührt. Die Auslegung des Paragraph 55, AMG hat sich an der Richtlinie 92/28/EWG zu orientieren. Paragraph 55, erster Satz AMG ist wortgleich mit Artikel 9, Absatz eins, der Richtlinie. Danach ist es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel bei den zu deren Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen verboten, diesen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Gemäß Artikel 9, Absatz 4, leg cit läßt dieser Artikel die in den Mitgliedstaaten bestehenden Maßnahmen oder Handelspraktiken hinsichtlich der Preise, Gewinnspannen und Rabatte unberührt.

§ 55 erster Satz AMG ist richtlinienkonform dahin auszulegen, daß zulässige Rabatte grundsätzlich nicht unter das Verbot fallen. Für Geldrabatte bestehen seit der Aufhebung des Rabattgesetzes keine Beschränkungen mehr. Naturalrabatte sind zulässig, wenn sie in einer bestimmten oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnenden Menge derselben Ware bestehen (§ 9a Abs 2 Z 6 UWG; ÖBl 1980, 109 - Fußball-WM-Kleber). Sie müssen mit der Hauptware qualitativ völlig identisch sein (ÖBl 1954, 45 [Schönherr]; SZ 49/12 = EvBl 1976/239 mwN). Diese Ausnahme vom Zugabenverbot hat ihren Grund darin, daß eine Mehrlieferung derselben Ware nicht geeignet ist, den Preis zu verschleiern und den Kaufentschluß unsachlich zu beeinflussen. Paragraph 55, erster Satz AMG ist richtlinienkonform dahin auszulegen, daß zulässige Rabatte grundsätzlich nicht unter das Verbot fallen. Für Geldrabatte bestehen seit der Aufhebung des Rabattgesetzes keine Beschränkungen mehr. Naturalrabatte sind zulässig, wenn sie in einer

bestimmten oder lediglich nach Bruchteilen zu berechnenden Menge derselben Ware bestehen (Paragraph 9 a, Absatz 2, Ziffer 6, UWG; ÖBl 1980, 109 - Fußball-WM-Kleber). Sie müssen mit der Hauptware qualitativ völlig identisch sein (ÖBl 1954, 45 [Schönherr]; SZ 49/12 = EvBl 1976/239 mwN). Diese Ausnahme vom Zugabenverbot hat ihren Grund darin, daß eine Mehrlieferung derselben Ware nicht geeignet ist, den Preis zu verschleiern und den Kaufentschluß unsachlich zu beeinflussen.

Die Angebotspakete der Beklagten bestehen aus verschiedenen Arzneispezialitäten, denen jeweils zwei Packungen von Arzneispezialitäten beigegeben sind, die, neben anderen Arzneimitteln, auch im zu zahlenden Teil des Angebotspakets enthalten sind. Zugabe und Hauptware sind demnach nicht dieselbe Ware; sie stimmen nur zum Teil überein. Der sich durch Berücksichtigung der Zugabe ergebende Preis einer Packung kann nicht durch bloße Division des Gesamtpreises durch die größere Menge errechnet werden.

Die Angebotspakete der Beklagten sind daher geeignet, den Preis zu verschleiern und zum Kauf aus anderen als rein sachlichen Überlegungen zu verleiten. Derartige Einflüsse will die Richtlinie 92/28/EWG ausschließen, die in ihren Erwägungsgründen auch ausdrücklich vorsieht, daß die Abgabe von Gratismustern zum Zwecke der Verkaufsförderung zu untersagen ist. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 55 AMG führt demnach zum Ergebnis, daß die Beklagten mit ihren Angebotspaketen keinen zulässigen (Natural-)Rabatt ankündigen, sondern einen materiellen Vorteil, der gegen das gesetzliche Verbot verstößt: Die Angebotspakete der Beklagten sind daher geeignet, den Preis zu verschleiern und zum Kauf aus anderen als rein sachlichen Überlegungen zu verleiten. Derartige Einflüsse will die Richtlinie 92/28/EWG ausschließen, die in ihren Erwägungsgründen auch ausdrücklich vorsieht, daß die Abgabe von Gratismustern zum Zwecke der Verkaufsförderung zu untersagen ist. Eine richtlinienkonforme Auslegung des Paragraph 55, AMG führt demnach zum Ergebnis, daß die Beklagten mit ihren Angebotspaketen keinen zulässigen (Natural-)Rabatt ankündigen, sondern einen materiellen Vorteil, der gegen das gesetzliche Verbot verstößt:

Schon die Vorinstanzen haben richtig erkannt, daß die von den Beklagten gratis dazugegebenen Arzneispezialitäten weder geringwertig noch für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind. Weder der günstigere Preis noch die Aufmachung sind für die Beurteilung eines Arzneimittels in medizinischer oder pharmazeutischer Hinsicht von Bedeutung. Im übrigen erhält der Apotheker die Gratispackungen nur, wenn er dasselbe Arzneimittel, neben anderen Arzneispezialitäten, auch kauft, so daß ihn die von den Beklagten für notwendig erachtete Information ohnehin erreicht.

Der Gesetzesverstoß ist geeignet, den Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Ihr im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gesetztes Verhalten ist sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Der Gesetzesverstoß ist geeignet, den Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Ihr im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gesetztes Verhalten ist sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG.

Dem Revisionsrekurs der Beklagten konnte somit nur insoweit Erfolg beschieden sein, als er sich gegen Punkt d) des Sicherungsvertrages wandte.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO, jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 43, 50 ZPO. Die Klägerin hat das fünfgliedrige Unterlassungsklage- und Sicherungsbegehren einheitlich mit S 490.000,- bewertet. Mangels tauglicher Anhaltspunkte für eine konkrete Bewertung der einzelnen Unterlassungsbegehren ist daher von einer gleichteiligen Bewertung (mit je S 98.000,-) auszugehen. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO, jene über die Kosten der Beklagten auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41,, 43, 50 ZPO. Die Klägerin hat das fünfgliedrige Unterlassungsklage- und Sicherungsbegehren einheitlich mit S 490.000,- bewertet. Mangels tauglicher Anhaltspunkte für eine konkrete Bewertung der einzelnen Unterlassungsbegehren ist daher von einer gleichteiligen Bewertung (mit je S 98.000,-) auszugehen.

Die Beklagten haben demnach in erster Instanz mit drei Fünfteln obsiegt, weshalb ihnen die Kosten ihrer Äußerung zu drei Fünfteln auf der Bemessungsgrundlage von S 490.000,- (TP 3A, einfacher Einheitssatz) zustehen. Im Rekursverfahren blieb die Klägerin mit ihrem Rekurs erfolglos, die Beklagten waren also mit ihrer Rekursbeantwortung insoweit (auf der Kostenbemessungsgrundlage von S 196.000,- erfolgreich). Mit ihrem Rekurs und Revisionsrekurs gegen die drei sie belastenden Sicherungsaussprüche blieben die Beklagten letztlich in einem Fall erfolgreich, sodaß ihnen ein Drittel ihrer Rechtsmittelkosten (auf der Kostenbemessungsgrundlage von S 294.000,-) zuzusprechen sind,

während die Klägerin mit ihren Rechtsmittelbeantwortungen zu zwei Dritteln (auf der zuletzt genannten Kostenbemessungsgrundlage) erfolgreich waren. Es war daher auszusprechen, daß die Klägerin den Beklagten die dargelegten anteiligen Kosten zu ersetzen und die Kosten ihres Rekurses sowie ein Drittel der Kosten ihrer Rechtsmittelbeantwortungen endgültig und zwei Drittel der Kosten ihrer Rechtsmittelbeantwortungen vorläufig selbst zu tragen hat.

Anmerkung

E51889 04A02368

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1998:0040OB00236.98D.1020.000

Dokumentnummer

JJT_19981020_OGH0002_0040OB00236_98D0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at