

**Beglaubigte Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)**

34 O 4/21

**Landgericht Düsseldorf****IM NAMEN DES VOLKES****Urteil**

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e. V.,  
gesetzlich vertreten durch das geschäftsführende Präsidiumsmitglied Dr. Rainer  
Münker, Landgrafenstraße 24 B, 61348 Bad Homburg,

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Zain, Am Römerturm 1,  
50667 Köln,

gegen

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf  
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 03.02.2021  
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Stöve, den Handelsrichter Balka  
und den Handelsrichter Rieck

**für Recht erkannt:**

1.

2

Der einstweilige Verfügungsbeschluss vom 15.01.2021 bleibt aufrechterhalten.

2.

Die Antragsgegnerin hat auch die weiteren Kosten des Verfahrens zu tragen.

Streitwert: 20.000 €

#### Tatbestand

Der Antragsteller ist ein Verband zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Zu seinen Mitgliedern zählen unter anderem Ärzte- und Apothekerkammern.

Die Antragsgegnerin, eine Holding, betreibt unter anderem eine Versandapotheke. Auf ihrer Website „www. befindet sich auch der Onlineshop der Versandapotheke.

Am 14.12.2020 hatte das Bundesministerium für Gesundheit die Verordnung zum Anspruch auf Schutzmasken zur Vermeidung einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Bundesanzeiger AT vom 15.12.2020 V1) erlassen. Nach dieser Verordnung sollen ab dem 15.12.2020 in näher bestimmten Zeiträumen und unter näher bestimmten Bedingungen die Apotheken in Deutschland Schutzmasken an bestimmte berechnigte Personen abgeben.

Die Antragsgegnerin warb Anfang Januar 2021 und auch noch am 11.01.2021 auf ihrer Internetseite www. unter anderem für die Ausgabe von FFP2-Masken wie folgt:

Hier folgen die (schlecht lesbaren) Abbildungen der Website.

Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 08.01.2021 wegen unlauteren Verhaltens durch Verstoß gegen die

Coronavirus-Schutzmasken-Verordnung vom 14.12.2020 (im folgenden: SchutzmV) ab.

Auf Antrag des Antragstellers vom 14.01.2021 hat die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf mit einstweiligem Verfügungsbeschluss vom 15.01.2021 (34 O 4/21) der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, mit einer kostenlosen Abgabe von FFP2-Masken zu werben, wenn das geschieht wie am 11.01.2021 auf der Internetseite [www. ....](http://www. ....) mit den zuvor abgebildeten Bildschirmaufnahmen.

Die Antragsgegnerin hat am 25.01.2021 Widerspruch gegen diesen einstweiligen Verfügungsbeschluss eingelegt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, es sei wettbewerbswidrig, wenn die Antragsgegnerin damit werbe, die Eigenbeteiligung von 2,-- € für sechs Schutzmasken für die Berechtigten zu tragen. Die Antragsgegnerin sei bei Abgabe von sechs FFP2-Masken nach der SchutzmV verpflichtet, eine Eigenbeteiligung von 2,-- € von den Berechtigten einzuziehen. Die Regelung zur Eigenbeteiligung sei eine Marktverhaltensregelung, die die verantwortungsvolle Inanspruchnahme der Schutzmasken regele und sicherstelle, dass die FFP2-Masken schnell und flächendeckend zur Verfügung gestellt werden. Schon die hohe Erstattung von 6,-- € je Schutzmaske für die Apotheke zeige, dass der Eigenanteil von 2,-- € für sechs Masken nicht die Staatskasse entlasten solle.

Der Antragsteller beantragt,

den einstweiligen Verfügungsbeschluss vom 15.01.2021 aufrechtzuerhalten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den einstweiligen Verfügungsbeschluss vom 15.01.2021 aufzuheben und den Antrag auf seinen Erlass vom 14.01.2021 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die Zahlung der Eigenbeteiligung von 2,-- € solle nicht das Marktverhalten regeln, sondern die Maßnahme mitfinanzieren.

Die Apotheke könne auf die Eigenbeteiligung der anspruchsberechtigten Personen verzichten. Auch bei den Zuzahlungspflichten nach dem Sozialgesetzbuch V begründe der Gesetzeszweck, das Verhalten der Patienten durch eine Zuzahlungspflicht zu steuern, kein Verbot gegenüber dem Leistungserbringer, auf die Einziehung der Zuzahlung zu verzichten, wie der Bundesgerichtshof schon 2016 ausgeführt habe. Wenn der Anspruch auf die Zuzahlung bei Hilfsmitteln nach § 33 SGB V sofort dem Leistungserbringer zustehe und er deshalb frei darüber verfügen und auch darauf verzichten könne, müsse die Apotheke, bei der die Eigenbeteiligung nach der SchutzmV verbleibt, auch auf die Zahlung der Eigenbeteiligung verzichten können.

Insbesondere spreche das Argument der Knappheit an Schutzmasken nicht dafür, dass die Eigenbeteiligung eine Regelung zum Verhalten der Marktteilnehmer sei. Die begrenzte Verfügbarkeit an Schutzmasken habe der Ordnungsgeber nur für den Dezember angenommen. Sie bestehe auch tatsächlich nicht.

Wenn der Ordnungsgeber in der Begründung zur Schutzmaskenverordnung ausgeführt habe, dass die Eigenbeteiligung keine Zuzahlung im Sinne des § 61 SGB V sei, habe er damit nur zum Ausdruck gebracht, dass die Eigenbeteiligung gleichermaßen von sonst von der Zuzahlung befreiten wie verpflichteten Personen zu bezahlen sei.

Sinn und Zweck der Schutzmaskenverordnung sei es, eine Ansteckung der besonders vulnerablen Berechtigungsgruppe zu vermeiden. Das werde gerade auch dadurch erreicht, dass Masken ohne unnötige Kontakte versandt würden. Demgegenüber benachteilige die Einziehung von 2,-- € die Versandapotheken.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten und zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 03.02.2021 verwiesen.

#### Entscheidungsgründe

Der einstweilige Verfügungsbeschluss vom 15.01.2021 bleibt aufrechterhalten.

I.

Der Antragsteller hat einen Verfügungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 3a UWG i. V. m. § 6 Satz 1 SchutzmV glaubhaft gemacht.

1.

Der Antragsteller ist als rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher Interessen gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert.

2.

Der Antragsteller kann Unterlassung der beanstandeten Werbung, in der damit geworben wird, dass auf die Eigenbeteiligung von 2,- € der anspruchsberechtigten Person verzichtet wird, nach §§ 8 Abs. 1, 3, 3a UWG i. V. m § 6 Satz 1 SchutzmV verlangen.

Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Regelung zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und dieser Verstoß geeignet ist, die Interessen der Verbraucher oder Mitbewerber spürbar zu beeinträchtigen.

a)

§ 6 Satz 1 SchutzmV ist eine gesetzliche Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG, da sie im Interessen der Marktteilnehmer das Marktverhalten der Mitbewerber regelt.

Dem Interesse der Marktteilnehmer, der Mitbewerber oder der Verbraucher, dient eine Norm dann, wenn sie die Freiheit der wettbewerblichen Entfaltung der Mitbewerber schützt; es genügt nicht, dass die Regelung ein wichtiges Gemeinschaftsgut oder die Interessen Dritter schützt, sofern damit nicht gleichzeitig auch die Interessen von Marktteilnehmern geschützt werden sollen (BGH, Urt. v. 01.12.2016, Az. I ZR 143/15 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, Rn. 20; BGH, Urt. v. 08.10.2015, Az. I ZR 225/13 – Eizellspende, Rn. 21). Die verletzte Norm muss jedenfalls auch die Funktion haben, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen (BGH, Urt. v. 02.12.2009, Az. I ZR 152/07 – Zweckbetrieb, Rn. 18). Lediglich reflexartige Auswirkungen zugunsten von Marktteilnehmern reichen nicht aus (BGH, Urt. v. 08.10.2015, Az. I ZR 225/13 – Eizellspende, Rn. 21).

aa)

Aus dem Wortlaut des § 6 SchutzmV lassen sich keine Anhaltspunkte dafür gewinnen, ob es sich um eine Marktverhaltensregelung handelt. § 6 Satz 1 SchmV formuliert, dass jede anspruchsberechtigte Person eine Eigenbeteiligung in Höhe von zwei Euro je Abgabe von sechs Schutzmasken zu leisten "hat", also eine Pflicht zur Eigenbeteiligung.

bb)

Aus der Entstehungsgeschichte der Schutzmaskenverordnung, die durch die Geschwindigkeit des Referentenentwurfs vom 13.12.2020 zur Verordnung vom 14.12.2020 und der Abgabe der ersten Masken ab dem 15.12.2020 gekennzeichnet ist, ergeben sich Hinweise auf eine Mitbewerberregelung. Denn unter gleichen Bedingungen sollten Apotheken schnellstmöglich eine flächendeckende Versorgung der Risikopersonen mit Schutzmasken sicherstellen.

In der Anfangsphase ab dem 15.12.2020, in der noch keine Berechtigungsscheine zur Legitimation verteilt waren, ließ der Verordnungsgeber gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 SchutzmV die Vorlage des Personalausweises bzw. die nachvollziehbare Darlegung der Anspruchsberechtigung aufgrund von Vorerkrankungen oder Risikofaktoren ausreichen, um kostenfreie Masken zu verteilen. Zur schnellen Verteilung der Maßnahmen nutzte der Verordnungsgeber Apotheken, die unter gleichen Voraussetzungen in die Abgabe der Masken eingebunden werden sollten. Die Apotheken wurden als Verteilstelle ausgewählt, da sie flächendeckend in Deutschland vorhanden, bereits umfassend in die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung eingebunden sind und aufgrund ihres besonders geschulten Personals ein großes Vertrauen bei der Bevölkerung auch in die von der Apotheke ausgegebenen Produkte genießen.

Zudem bezweckte der Verordnungsgeber die Vermeidung eines Wettbewerbs zwischen den Apotheken. Dies wird dadurch deutlich, dass alle Apotheken unter gleichen Voraussetzungen an den Maßnahmen beteiligt werden. Es findet keine Privilegierung für bestimmte Arten von Apotheken, wie beispielsweise stationäre oder Versand-Apotheken, statt.

cc)

Systematisch fügt sich die Regelung des § 6 SchutzmV ein in die Erstattungsregelung für die Apotheken in Höhe von 6,- € pro Maske aus dem Gesundheitsfonds nach § 5 SchutzmV und die Abrechnungsregelung in § 7 SchutzmV. Schon das Ungleichgewicht zwischen der Erstattung in Höhe von von 36,- € für sechs Schutzmasken an die Apotheken und der Eigenbeteiligung der anspruchsberechtigten Personen in Höhe von 2,- € spricht gegen fiskalische Interessen des Verordnungsgebers bei der Regelung der Eigenbeteiligung und spricht für eine Marktverhaltensregelung.

Darüber hinaus grenzt der Verordnungsgeber die Eigenbeteiligung des § 6 SchutzmV explizit von der Zuzahlung im Sinne des § 61 SGB V ab (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 17). Für die Zuzahlung im Sinne des § 61 SGB V hat der Bundesgerichtshof schon 2016 entschieden, dass die Zuzahlungspflicht keine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG sei (BGH, Ur. v. 01.12.2016, Az. I ZR 143/15 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, Rn. 19). Zwar diene § 61 SGB V auch dem Zweck, das Kostenbewusstsein des Versicherten zu stärken und die wirtschaftliche Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen zu fördern (BGH, Ur. v. 01.12.2016, Az. I ZR 143/15 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, Rn. 25; BSG, Ur. v. 07.12.2006, Az. B 3 KR 29/05 R, SozR 4-2500 § 33 Nr. 14, Rn. 21 m. w. N. – juris). Diese Verhaltenssteuerung bezwecke aber nicht die Schaffung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen, um im Interesse der übrigen Marktteilnehmer den Wettbewerb zu regeln. Die Zuzahlung diene vielmehr dazu, die finanzielle Absicherung der Gesundheitsvorsorge zu erhalten, also – vergleichbar einer steuerrechtlichen Vorschrift – eine hoheitliche Aufgabe wirtschaftlich sicherzustellen (BGH, Ur. v. 01.12.2016, Az. I ZR 143/15 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, Rn. 28).

Wenn der Verordnungsgeber vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung im Referentenentwurf vom 13.12.2020 zu § 6 ausdrücklich ausführt, dass die Eigenbeteiligung keine Zuzahlung im Sinne des § 61 SGB V darstelle, betont er den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Regelungen und stellt klar, dass § 6 SchutzmV anders als § 61 SGB V keine fiskalische, sondern eine Marktverhaltensregelung ist.

Die Eigenbeteiligung des § 6 SchutzmV ist auch anders konstruiert als die Zuzahlung im Sinne des § 61 SGB V. Die Eigenbeteiligung muss von allen Berechtigten gezahlt werden, unabhängig davon, ob es sich um gesetzlich oder privat versicherte Berechtigte handelt. Der Verordnungsgeber beschränkt zudem die Zweckrichtung darauf, dass die Eigenbeteiligung



„zur verantwortungsvollen Inanspruchnahme der Berechtigung zum Bezug von Schutzmasken beitragen“ soll (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 17). Auch deshalb spielen fiskalische Zwecke bei der Eigenbeteiligung, wenn überhaupt, schon systematisch nur eine sehr untergeordnete Rolle.

Dass fiskalische Gesichtspunkte bei der Eigenbeteiligung gar keine Rolle spielen, ergibt sich systematisch aus § 5 SchutzmV. Danach zahlt das Bundesministerium für Gesundheit nämlich einen deutlich über dem Marktpreis liegenden Betrag von 6,- € pro Maske an die Apotheken. Hätte eine wirtschaftliche Tragfähigkeit der Maßnahme sichergestellt werden sollen, hätte eine deutlich marktorientiertere Erstattung oder eine höhere Eigenbeteiligung für jede ausgegebene Schutzmaske festgelegt werden müssen. Zudem hätte es sich angeboten, auch für die erste Tranche von drei Schutzmasken, die ohne Berechtigungsschein und ohne Eigenbeteiligung ausgegeben worden sind, eine Eigenbeteiligung zu verlangen. Die Gesamtmaßnahme generiert nach Schätzungen des Bundesministeriums für Gesundheit Kosten in Höhe von etwa 2,5 Milliarden Euro (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 2). Mit der Eigenbeteiligung können, bei etwa 27,3 Millionen anspruchsberechtigten Personen (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 2), lediglich etwa 100 Millionen Euro, also 1/25 der Kosten erwirtschaftet werden.

dd)

Auch der Telos spricht dafür, dass es sich bei § 6 SchutzmV um eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG handelt.

Im Zentrum der SchutzmV liegt der schnelle und flächendeckende Schutz der Risikogruppe und damit der Gesundheitsschutz (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 1). Dieser wird dadurch sichergestellt, dass den Berechtigten in allen Apotheken Schutzmasken zu gleichen Bedingungen zur Verfügung gestellt werden.

Die Apotheken sollen durch eine hohe Erstattung, die deutlich über dem Marktpreis der Masken liegt und den Aufwand der Apotheken vollständig, so der Referentenentwurf (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur SchutzmV v. 13.12.2020, S. 17), und wirtschaftlich gesehen sogar mit einem Gewinn abdeckt, ermutigt werden, die Maßnahme zu unterstützen. Zugleich werden die Apotheken nicht zu einer

Beteiligung verpflichtet. Anders als in § 17 Abs. 4 ApoBetrO ist kein Kontrahierungszwang geregelt. Sofern die Apotheken sich nicht an die Regeln – wie etwa das Verlangen einer Eigenbeteiligung – halten wollen, steht es ihnen frei, keine Schutzmasken an Risikopatienten nach den Vorgaben der SchutzmV zu verteilen.

Für die Berechtigten sollen ebenfalls keine ökonomischen Faktoren bei der Auswahl der Apotheken eine Rolle spielen. Nur so ist die bezweckte schnelle und flächendeckende Abgabe möglich. Deshalb sind die Bedingungen, unter denen die Schutzmasken abgegeben werden, für alle abgebenden Apotheken vereinheitlicht. Hierzu gehört auch, dass die Eigenbeteiligung an jede Apotheke gezahlt wird, unabhängig davon, ob es sich um eine Versandapotheke oder eine Präsenzapotheke handelt. Dies wird schon durch den Wortlaut des § 6 S. 1 SchutzmV unterstrichen, der explizit vorschreibt, dass jeder Anspruchsberechtigte die Eigenbeteiligung zu zahlen „hat“. Der Verbraucher soll nicht nachdenken, wo er das beste Angebot erhält, sondern den Berechtigungsschein so schnell wie möglich in seiner Nähe einlösen. Die Eigenbeteiligung dient nur der verantwortungsvollen Inanspruchnahme der Masken durch die Berechtigten.

ee)

Die Eigenbeteiligung in § 6 Satz 1 SchutzmV regelt also im Interesse der Schutzmasken-anspruchsberechtigten Personen das Marktverhalten der Apotheken, nämlich gleichermaßen eine Eigenbeteiligung von 2,-- € zu fordern, so dass die Schutzmasken in jeder Apotheke flächendeckend und schnell unter den gleichen Bedingungen abgeholt werden können.

b)

Die Antragsgegnerin handelt § 6 Satz 1 SchutzmV zuwider, indem sie damit wirbt, auf die Eigenbeteiligung von 2,-- € zu verzichten. § 6 S. 1 SchutzmV normiert eindeutig eine Pflicht der Anspruchsberechtigten, eine finanzielle Eigenbeteiligung in Höhe von 2,-- € je sechs Schutzmasken zu zahlen.

Schon die Werbung führt zu einer spürbaren Beeinträchtigung sowohl der Mitbewerber als auch der Schutzmasken-anspruchsberechtigten Personen, die zur Abwägung zwischen verschiedenen Anbietern beworben werden. Die Schutzmaskenverordnung bezweckt eine flächendeckende und schnelle Versorgung des berechtigten

Personenkreises. Wenn der Wettbewerb zwischen Apotheken mit und ohne Eigenbeteiligung besteht, werden auch die Schutzmasken-Berechtigten in der Folge ökonomische Erwägungen treffen, bei welcher Apotheke sie den Berechtigungsschein einlösen. Damit würde die flächendeckende und schnelle Versorgung beeinträchtigt und das Ziel der verantwortungsvollen Inanspruchnahme der Schutzmasken vereitelt.

c)

Da der Verfügungsanspruch nach §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 6 SchutzmV bejaht wird, kann dahinstehen, ob auch ein weiterer Verfügungsanspruch aus §§ 3, 3a UWG i. V. m. § 7 HWG glaubhaft gemacht ist.

II.

Der Verfügungsgrund der Dringlichkeit wird nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

Im übrigen ist die Sache dringlich, weil die Berechtigungsscheine bis zum 15.04.2021 einzulösen sind.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Dr. Stöve

Balka

Rieck

Wegen der besonderen Dringlichkeit der Sache und  
der kurzfristigen dienstlich bedingten Unabkömmlichkeit  
der Handelsrichter Balka und Rieck, sind die  
Handelsrichter an der Unterschrift gehindert.

Beglaubigt  
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle  
Landgericht Düsseldorf

