

„Taler, Taler, du musst wandern“ – BGH entscheidet über die Zulässigkeit von Kundenbindungssystemen in Apotheken

Verschreibungspflichtige Arzneimittel unterliegen einer arzneimittelrechtlichen Preisbindung. In der Vergangenheit stellte sich die Frage, ob diese durch Kundenbindungssysteme in Apotheken unterlaufen werden. Dass es hier unterschiedliche Auffassungen der Oberlandesgerichte gab, belegt dass insgesamt sechs solcher Verfahren dem BGH (Az.: I ZR 193/07, I ZR 37/08, I ZR 72/08, I ZR 98/08, I ZR 125/08 und I ZR 26/09) in der Revisionsinstanz vorlagen. Nach der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2010 wurden am 09.09.2010 die Entscheidungen verkündet.

In Apotheken gibt es seit längerem unterschiedlichste Systeme, um Kunden langfristig zu binden, sei es durch die direkte Gewährung von Zuwendungen oder die Möglichkeit Gutscheine, Bonustaler oder Bonuspunkten zu sammeln, die dann später gegen andere Waren eingetauscht werden können. Auch gibt es Apotheken, die die Praxisgebühr oder andere Zuzahlungen erstatten. Die Oberlandesgerichte stuften derartige Kundenbindungssysteme überwiegend als unzulässig ein, so z.B. OLG Karlsruhe, OLG Frankfurt am Main und KG Berlin. Dem gegenüber erachtete das OLG Bamberg solches grundsätzlich für zulässig. Der BGH hat am 09.09.2010 in dieser Grundsatfrage entschieden. Die insgesamt sechs Entscheidungen liegen zwar noch nicht abgefasst vor. Auf Grund der Pressemitteilungen ist aber bereits erkennbar, dass der BGH eindeutige Vorgaben gemacht hat, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung von Zuwendungen in der Apotheke bei der Abgabe preisgebundener Arzneimittel statthaft sein kann.

Verstöße gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung können wettbewerbswidrig sein

Der BGH betonte, dass ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung nicht nur dann vorliegt, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als nach der Arzneimittelpreisverordnung (AMP-reisV) zu berechnenden Preis abgibt. Auch wenn er dem Kunden Vorteile gewährt, die den Erwerb des Arzneimittels wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen, ist dies unzulässig. In solchen Fällen liegt oft auch ein Verstoß gegen das heilmittelwerbrechtliche Zugabeverbot vor. Ein Verstoß sowohl gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung als auch gegen das Heilmittelwerberecht kann wettbewerbswidrig sein, weil die Regelungen dazu bestimmt sind, den Preiswettbewerb unter den Apotheken zu regeln.

Auf den Wert der Zuwendung kommt es an

Ausschlaggebend für die Frage der Wettbewerbswidrigkeit ist, ob durch die Zuwendung in der Apotheke der Wettbewerb spürbar beeinträchtigt wird.

Der BGH betonte, dass es grundsätzlich nach § 7 Abs. 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) unzulässig ist, bei der Abgabe eines Heilmittels Zugaben zu gewähren. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG macht hiervon eine Ausnahme, wenn es sich um eine Werbegabe von geringem Wert handelt. Der BGH gestattete in diesem Zusammenhang eine Werbegabe mit einem Wert von einem Euro. Dies sei nicht ge-

eignet, den Wettbewerb zwischen den Apotheken spürbar zu beeinträchtigen. Aus der Pressemitteilung geht nicht hervor, wo der BGH die Grenze des Zulässigen ziehen möchte. Allerdings, so lässt sich ihr entnehmen, wird man jedenfalls bei einer Zugabe mit einem Wert von fünf Euro von einer spürbaren Beeinträchtigung ausgehen müssen.

Besonderheiten für ausländische Versandapotheken? Bundesgerichtshof versus Bundessozialgericht

Während fünf der insgesamt sechs Verfahren durch Urteil abgeschlossen werden konnten, erachtete der BGH ein Verfahren für noch nicht entscheidungsreif. Denn in der Rechtssache mit dem Aktenzeichen I ZR 72/08 stellte sich darüber hinaus noch die Frage, ob das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für den Versandhandel gilt, wenn sich die Apotheke im Ausland befindet. Die Pressemitteilung lässt keinen Zweifel daran, dass der BGH hiervon ausgeht. Allerdings hatte der 1. Senat des BSG (Urt. v. 28.07.2008, Az.: B 1 KR 4/08R) im Zusammenhang mit den von den Herstellern zu gewährenden Rabatten bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln im System der gesetzlichen Krankenversicherung eine andere Auffassung vertreten. Wegen dieser divergierenden Rechtsprechung sah sich der BGH an einem Urteil gehindert. Um die Frage für alle Gerichtszweige abschließend zu klären, hat der

BGH diese dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vorgelegt.

Fazit

Die Abfassung der Entscheidungen bleibt – ebenso wie die Klärung etwaiger Besonderheiten für den europäischen Versandhandel – abzuwarten. Bereits jetzt kann aber gesagt werden, dass höherwertige Zugaben oder anderweitige Vergünstigungen bei der Abgabe von Arzneimitteln nicht zulässig sein dürften. Jedenfalls bei einem Betrag von fünf Euro wird der Wettbewerb derart spürbar beeinträchtigt, so dass ein solches Kundenbindungssystem unlauter und somit wettbewerbswidrig ist. Da der BGH in diesem Zusammenhang auch nicht mehr von einer nach den Regelungen des Heilmittelwerberechts zulässigen Werbegabe ausgeht, stellt sich für die mit einer solchen Vergünstigung werbende Apotheke aber noch ein weiteres Problem. Der Verstoß gegen das Zuwendungsverbot des § 7 Abs. 1 HWG kann als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro belegt werden.

*Dr. Marc Sieper, Sindelfingen
Fachanwalt für Medizinrecht
sieper@rpmed.de*

www.rpmed.de

Impressum:

Ratajczak & Partner, Rechtsanwälte
Posener Str. 1, 70165 Sindelfingen
AG Stuttgart (PR 240005), Sitz Sindelfingen
USt-Ident-Nr.: DE145149760

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Detlef Gurgel

E-Mail der Redaktion: redaktion@rpmed.de
Die Mitteilungen dieses Newsletters enthalten allgemeine Informationen zu rechtlichen Themen. Eine rechtliche Beratung im Einzelfall können sie nicht ersetzen. Für die Richtigkeit der Information übernehmen wir keine Haftung.