

Die Problematik von Gutscheinen bei Versandapotheken

Von Dr. Karin Schenk


Zur Problematik von Gutscheinen, die für jedes Rezept in einem bestimmten Wert gegeben werden und bei einem nachfolgenden Einkauf rezeptfreier Artikel eingelöst werden können.

Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Zulässigkeit von Gutscheinen bei Versandapotheken liegt derzeit noch nicht vor. Die obergerichtliche Rechtsprechung ist unentschieden (bejahend: OLG Naumburg, OLG Düsseldorf, OLG Frankfurt in einem vergleichbaren Fall zur Buchpreisbindung; verneinend: OLG Köln).

Das **OLG Naumburg** hatte in einem einstweiligen Verfügungsverfahren hierüber zu entscheiden und entschied zu Gunsten der Internetapotheken (Urteil vom 26.08.2005 – 10 U 16/05 –). Danach verstößt eine Internetapotheke mit der Auslobung von Gutscheinen weder gegen das Heilmittelwerbegesetz (HWG) noch gegen arzneimittelrechtliche Preisbestimmungen. Gerügt war ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 HWG, da es sich bei der Ankündigung und Gewährung eines Gutscheines um eine verbotene Werbegabe handeln sollte. Der wettbewerbsrechtlich relevante Schutzzweck des § 7 HWG, nämlich durch die Eindämmung der Wertreklame im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Wertwerbung ausgehen könne, werde durch die Werbung der entsprechenden Internetapotheke tangiert. Durch eine solche Werbung würde der Verbraucher zu einem unnötigen und unüberlegten Einkauf von Medikamenten bewegt.

Soweit eine Internetapotheke im Zusammenhang mit rezeptpflichtigen Medikamenten Gutscheine vergibt, unterlaufe sie nach Ansicht der Gegenseite zudem die Preisbindung aus § 78 AMG (Arzneimittelgesetz) i.V.m. der AMPPreisV, da durch das Gutscheinsystem den Kunden ein indirekter Preisrabatt gewährt werde. Hierdurch würden die Internetapotheken einen Preiswettbewerb für rezeptpflichtige Medikamente öffnen, der aber nach § 78 AMG gesetzlich ausgeschlossen sein soll.






Die Werbung verstößt nach Ansicht des OLG Naumburg nicht gegen § 7 HWG und ist damit auch nicht unlauter i.S.d. § 3 UWG (§ 4 Nr. 11 UWG). Eine unzulässige Werbegabe liegt nicht vor. Begründet hat das OLG sowie auch die vorangegangene erste Instanz den fehlenden Verstoß gegen das HWG damit, dass es sich bei dem Gutscheinsystem nicht um eine Produktwerbung „für“ Mittel i.S.d. § 1 HWG handelt. Die Verbotsnorm des § 7 Abs. 1 HWG setzt zudem weiter voraus, dass die Abgabe bzw. Zuwendung in einem dem Gesetzeszweck genügenden Zusammenhang mit der Werbung für ein bestimmtes Heilmittel i.S.d. § 1 HWG steht. Der Empfänger der Leistung muss daher einen unmittelbaren Bezug zu einem oder mehreren bestimmten Arzneimitteln herstellen und die unentgeltliche Verteilung der Werbegabe diesen Herstellern zuordnen, damit die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung i.S.d. Vorschrift besteht. Dies ist jedoch nur bei einer Werbung für ein konkretes Heilmittel der Fall, nicht jedoch ohne konkreten Produktbezug. Eine solche Eingrenzung sei auch nicht durch die Bezeichnung „Rezeptpflichtigkeit“ gegeben. Denn auch hier wird nicht auf bestimmte Arzneimittelprodukte hingewiesen.

Das OLG Naumburg verneint auch einen Verstoß gegen die Preisbindung aus § 78 Abs. 1 AMG i.V.m. § 3 AMPreisV, wonach es dem Apotheker nicht gestattet ist, auf die nach der AMPreisV berechneten Verkaufspreise Rabatte zu gewähren. Begründet hat das OLG Naumburg dies damit, dass der Kunde bei Einlösung des Rezepts im wirtschaftlichen Ergebnis keine Preisvergünstigung oder einen Sonderpreis auf den gebundenen Medikamentenpreis erhält. Ein Preisnachlass bzw. Rabatt liegt nach der Rechtsprechung zum früheren Rabattgesetz vor, wenn Gutscheininhabern beim Erstbezug von Waren ein Sonderpreis eingeräumt wird oder wenn statt des Gutscheins entsprechende Preisgutschriften gewährt werden. Dies liegt jedoch bei diesem Gutschein nicht vor, da das Bonussystem der Internetapotheken nicht eine Anrechnung oder Gutschrift des Gutscheins auf den Preis für ein rezeptpflichtiges Medikament vorsieht. Der Kunde zahlt vielmehr den entsprechenden Festpreis für die rezeptpflichtigen Arzneimittel. Der Kunde erhält lediglich eine Anwartschaft bzw. Option auf einen Preisnachlass in Höhe des Gutscheins für den Fall des Abschlusses eines zweiten Erwerbsgeschäfts über einen rezeptfreien Apothekenartikel, der gerade nicht der gesetzlichen Preisbindung des § 78 Abs. 1 AMG unterliegt. Erst wenn sich der Kunde daher entschließen sollte, einen weiteren Kaufvertrag über ein nicht verschreibungspflichtiges Produkt mit der entsprechenden Apotheke abzuschließen,





kann er den Gutschein zu seinen Gunsten verwerten und auf den Kaufpreis für das weitere rezeptfreie Produkt zur Anrechnung bringen.

Ein Rabatt auf das rezeptpflichtige Produkt liegt damit nach – m. E. zutreffender – Ansicht des OLG Naumburg nicht vor.

Dies entspreche auch Sinn und Zweck der Preisbindung und stehe im Einklang mit der Rechtsprechung zum Bedeutungsgehalt der Preisbindung. Verwiesen wird hier auf Rechtsprechung des BGH (zur Zulässigkeit von Zugabebündel bei Einlösung von Rezepten, in welcher sich der BGH mit der Frage eines Verstoßes gegen das AMG gar nicht auseinandersetzt) sowie des OLG Frankfurt (allerdings zu Bonusmeilen).


Ähnlich urteilte das **OLG Düsseldorf** am 19.10.2004, I-20 U 91/04: *„Die Ankündigung eines Apothekers, bei Präsentation eines in eine Werbeanzeige aufgenommenen Gutscheins einen Sonderrabatt auf ein bei ihm frei auszuwählendes rezeptfreies Arzneimittel zu gewähren, und das tatsächliche Gewähren eines solchen Rabatts bedeuten keine nach § 7 Abs. 1 S. 1 HWG verbotene Werbegabe bedeuten, weil damit nicht i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG für ein – bestimmtes – Arzneimittel geworben wird.“*

Die Begründung des Urteils des OLG Düsseldorf stimmt im wesentlichen mit der des OLG Naumburg überein. Es handelt sich nicht um die Werbung „für“ Mittel im Sinne des § 1 HWG.

Abweichend hat jedoch das **OLG Köln** in einem Beschluss vom 20.09.2005, 6 W 112/05, entschieden: *„Der Apotheker, der dem Erwerber eines preisgebundenen Arzneimittels einen Einkaufsgutschein ausstellt, der beim Erwerb eines freien Apothekenartikels angerechnet wird, verstößt gegen die Preisbindungsbestimmungen (Abgrenzung zu OLG Frankfurt GRUR)“*.

Das OLG Köln stützt sich zu seiner Begründung darauf, dass auch nach Abschaffung des Rabattgesetzes höchstrichterlich klargestellt sei, dass die in Form eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag gewährte Vergünstigung sich der Sache nach als ein Preisnachlass beim Wareneinkauf darstellt und der verständige Verbraucher dies erkennt. Es verweist hier auf die Entscheidung des BGH vom 22.05.2003 zu Einkaufsgutscheinen. Das OLG Köln sieht daher keine Zweifel darin, dass sich die Gewährung eines Gutscheines auf frei verkäufliche Apothekenartikel





anlässlich der Einlösung eines Rezepts über ein der AMPreisV unterliegendes Arzneimittel bereits als Nachlass auf dessen Preis darstellt.

Fazit: Da bislang keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, sollte die jeweils vorherrschende instanzgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt werden. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH hierzu eine – richtungsweisende – Entscheidung treffen wird.

Jedoch erscheinen die Begründungen des OLG Naumburg sowie Düsseldorf nicht nur vertretbar, sondern zutreffend. Da es sich bei den Gutscheinen nicht um Werbung für ein bestimmtes konkretes Arzneimittel handelt, dürfte kein Verstoß gegen das HWG gegeben sein. Auch eine unzulässige Rabattgewährung bzw. ein Verstoß gegen das AMG dürfte nicht vorliegen, da hier zwischen Erst- und Zweitkauf zu unterscheiden ist. Der Rabatt wird nicht auf das rezeptpflichtige Produkt gewährt, sondern erst für den weiteren Kauf eines rezeptfreien Produktes, das gerade nicht der Preisbindung unterliegt. Natürlich stellt dies einen Anreiz – wie bei jeder Werbung – für die Kunden dar, ein weiteres rezeptfreies Produkt auch bei dieser Apotheke zu erwerben, jedoch dürfte dies nicht zu einem Verstoß gegen die Preisbindung führen. Das rezeptpflichtige Produkt muss zu dem vollen Preis erworben werden.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die vergleichbare Praxis bei Bücherkäufen im Internet oder Gewährung von Rabattpunkten („Payback“) bei Einkauf in einer bestimmten Apotheken hinzuweisen.

Praxistipp: Es sollte daher bei der Gewährung von Gutscheinen darauf geachtet werden, dass sie nicht für einen Ersteinkauf und nicht auf rezeptpflichtige Produkte gewährt werden.

Dieser Beitrag wurde zur Verfügung gestellt von www.iustax.de

Dr. Karin Schenk
Kunz Rechtsanwälte
Große Bleiche 18-20
55116 Mainz
Tel.: 06131/ 2106830
Fax: 06131/ 2132767
Mail: karin.schenk@kunzrechtsanwaelte.de
www.kunzrechtsanwaelte.de

