

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AMPreisV § 3

- Apothekerspannen -

Zum Begriff des "geltenden Herstellerabgabepreises"
im Sinne von § 3 Abs. 2 der Arzneimittelpreisverordnung
vom 14. November 1980 (BGBl I S. 2147).

BGH, Urt. v. 22. Februar 1984 - I ZR 13/82 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 13/82

URTEIL

Verkündet am

22. Februar 1984

Roth

Justizangestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hermann W■■■■, Apotheker, Wi■■■■straße ■■■, D■■■■/■■■■,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. ■■■■■

gegen

Fritz St■■■■, Apotheker, Ma■■■■platz ■■■, D■■■■/■■■■,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Dezember 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien sind Apotheker und betreiben in D. [REDACTED] je eine Apotheke. Sie streiten darüber, wie nach der früheren Verordnung über Preisspannen für Fertigarzneimittel vom 17. Mai 1977 und nunmehr nach der am 1. Januar 1981 in Kraft getretenen ArzneimittelpreisVO vom 14. November 1980 die Endverkaufspreise für apothekenpflichtige, über den Großhandel beziehbare Fertigarzneimittel zu errechnen sind, wenn der Apotheker diese Waren nicht beim Großhandel, sondern direkt vom Hersteller, und zwar unter dessen Listenpreis, erwirbt. Nach beiden Verordnungen ergeben



sich die Apothekenabgabepreise bei Direktbezug vom Hersteller durch die Addition eines bestimmten Festzuschlages und der Umsatzsteuer auf den Betrag, der sich aus der Zusammenrechnung des bei Belieferung des Großhandels "geltenden Herstellerabgabepreises" ohne die Umsatzsteuer und des darauf entfallenden Großhandelhöchstzuschlags errechnet.

Der Kläger ist der Meinung, daß als "Herstellerabgabepreis" im Sinne dieser Verordnungen der Preis anzusehen sei, den der Hersteller als solchen bezeichne, insbesondere sein Listenpreis. Dies ist auch die Ansicht der Landesapothekenkammer Rheinland-Pfalz.

Der Beklagte vertritt die Auffassung, daß bei einem direkten Bezug vom Hersteller als "Herstellerabgabepreis" allein derjenige Preis anzusehen sei, den der Apotheker unter Berücksichtigung der ihm gewährten Rabatte oder sonstigen Vergünstigungen tatsächlich gezahlt habe. Der Beklagte ist außerdem der Meinung, daß es auf den Preis im Zeitpunkt der Belieferung des Apothekers, nicht aber auf den Zeitpunkt des Weiterverkaufs an den Endverbraucher ankomme.

Entsprechend seiner Auffassung hat der Beklagte seine Endverkaufspreise berechnet und somit in Fällen, in denen er vom Großhandel beziehbare Ware unmittelbar vom Hersteller unter dessen Listenpreisen erworben hatte, die Preise der übrigen Apotheken unterboten. Außerdem gewährte der Beklagte teilweise einen Barzahlungsrabatt von 3 %.

Der Kläger hält die Preisgestaltung des Beklagten für unlauter im Sinne von § 1 UWG, soweit er bei der Preisberechnung für apothekenpflichtige Fertigarzneimittel nicht

die Herstellerabgabepreise entsprechend den im Zeitpunkt des Verkaufs an den Letztverbraucher gültigen Preislisten der Hersteller zugrundelegt und soweit er Rabatte gewährt.

Auf die Klage hat das Landgericht dem Beklagten untersagt, entgegen der Festpreisregelung gemäß den §§ 78, 43, 4 Abs. 1 ArzneimittelG i.V.m. der PreisspannenVO vom 17. Mai 1977 Preisnachlässe für apothekenpflichtige Arzneimittel zu gewähren. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Auf die Anschlußberufung des Klägers hat das Berufungsgericht das ausgesprochene Verbot dahin konkretisiert,

- a) bei der Abgabe von apothekenpflichtigen Fertig-arzneimitteln an Letztverbraucher, mit Ausnahme von importierten und reimportierten Fertig-arzneimitteln, der Preisberechnung gemäß §§ 2 und 3 der Arzneimittelpreisverordnung vom 14. November 1980 andere Herstellerabgabepreise zugrunde zu legen, als diejenigen, die der Hersteller im Zeitpunkt des Verkaufs an Letztverbraucher allgemein, insbesondere in Listen, bekannt gegeben hat,
- b) bei einem solchen Verkauf Preisnachlässe wie Rabatte und Skonti, ausgenommen den gesetzlich geregelten Nachlaß bei Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenkassen, zu gewähren.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Bei der Berechnung der Apothekenabgabepreise nach § 3 der früheren

Verordnung über Preisspannen für Fertigarzneimittel vom 17. Mai 1977 (BGBl I S. 789 - PreisspannenVO) und nach § 3 der ab 1. Januar 1981 geltenden Arzneimittelpreisverordnung vom 14. November 1980 (BGBl I S. 2147 - AMPreisV) sei als "Herstellerabgabepreis" ausschließlich der Preis anzusehen, der vom Hersteller so bezeichnet werde, insbesondere in dessen Preislisten. Nur so könne der Sinn und Zweck der beiden Verordnungen, einheitliche Arzneimittelendverkaufspreise in allen Apotheken sicherzustellen, erfüllt werden. Wenn dagegen die unterschiedlichen Rabatte, Bar- oder Warenvergütungen des Herstellers berücksichtigt würden, ergäben sich unterschiedliche Herstellerabgabepreise und entsprechend abweichende Endverkaufspreise. Zur Erreichung des einheitlichen Endverkaufspreises sei es auch erforderlich, auf den Herstellerabgabepreis im Zeitpunkt des Verkaufs an den Endverbraucher und nicht auf denjenigen bei Belieferung der Apotheker abzustellen. Schließlich seien auch keine Rabatte entsprechend dem RabattG statthaft; denn diese würden ebenfalls das Prinzip des einheitlichen Endverkaufspreises durchbrechen. Soweit der Beklagte bei seiner Preisberechnung die ihm gegenüber den Herstellerlistenpreisen gewährten Vergünstigungen mitberücksichtige, unterschreite er die gesetzlich vorgeschriebenen Endverkaufspreise und verschaffe sich einen unerlaubten Vorsprung vor seinen Wettbewerbern; damit erfülle er den Tatbestand des § 1 UWG.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Die Frage, ob der Beklagte sich einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil verschafft, hängt zunächst davon ab, ob er bei der Berechnung seiner Endverkaufspreise gem. § 3 AMPreisV stets von den abstrakt bekannt gegebenen

Herstellerabgabepreisen ausgehen muß oder ob er die vom Hersteller tatsächlich berechneten Preise zugrundelegen darf. Hierfür ist entscheidend, wie der Begriff des "geltenden Herstellerabgabepreises" im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist.

a) Das Berufungsgericht hat bei seiner Auslegung des Begriffs des "geltenden Herstellerabgabepreises" entscheidend auf das Ziel der AMPPreisV, einheitliche Endverkaufspreise zu erreichen, abgestellt. Im Hinblick darauf hat es die "geltenden Herstellerabgabepreise" mit den Listenpreisen der Hersteller gleichgestellt. Es hat für unbeachtlich gehalten, ob, wie der Beklagte vorgetragen hat und daher im Revisionsverfahren zu unterstellen ist, die tatsächlichen Herstellerpreise aufgrund von Bar- oder Naturalrabatten erheblich, im Extremfall bis zu 50 %, unter den Listenpreisen liegen. Diese Auffassung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

b) Gegen die Zugrundelegung von Preislisten ohne Rücksicht auf deren tatsächliche Anwendung spricht zunächst der Sinn des Wortes "geltend"; denn dieser ist etwa gleichbedeutend mit "in Kraft sein" und beschreibt eine tatsächliche Wirkung. Es ist daher zu berücksichtigen, daß die Festsetzung der Herstellerabgabepreise im Ermessen des Herstellers steht, der - abgesehen von wettbewerbsrechtlichen Schranken - seine Preise frei, insbesondere auch unterschiedlich und abweichend von den eigenen Preislisten bestimmen kann. Im Hinblick hierauf kann ein Preis nicht schon deshalb als "geltend" angesehen werden, weil er in einer Preisliste des Herstellers aufgeführt ist; denn durch diese nicht verbindliche Bekanntgabe erlangt er zumindest dann keine "Geltung", wenn er in der Praxis erheblich unterschritten wird. Als "geltend" ist

nach dem Sinn dieses Wortes vielmehr der sich aus dem tatsächlichen Preisverhalten ergebende Preis anzusehen. Zwar wird im Regelfall davon ausgegangen werden können, daß sich ein Hersteller weitgehend an seine Preislisten hält. Dies kann aber im Streitfall wegen der zu unterstellenden erheblichen Abweichungen von den Preislisten nicht allgemein angenommen werden.

c) Diese Auslegung, die auf tatsächlich verlangte Preise abstellt, ergibt sich auch aus dem maßgeblichen Regelungsinhalt und Regelungszweck der AMPPreisV; diese sind allerdings nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, allein der AMPPreisV zu entnehmen.

Die AMPPreisV ist als Rechtsverordnung in erster Linie von ihrer Ermächtigungsgrundlage her zu bestimmen; denn nach Art. 80 Abs. 1 GG bedürfen Rechtsverordnungen einer gesetzlichen Ermächtigung, die deren Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt (vgl. BVerfGE 58, 283, 290 ff.). Die Ermächtigungsgrundlage für die AMPPreisV ist § 78 Abs. 1 Nr. 1 ArzneimittelG, wonach "Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel, in Apotheken oder von Tierärzten im Wiederverkauf abgegeben werden", festgesetzt werden dürfen.

Danach muß es sich vom Regelungsinhalt her um eine Festsetzung von Preisspannen, also der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis, handeln. Derartige Spannen lassen sich auch durch einen bestimmten Aufschlag auf die Preislisten der Hersteller festlegen; dies setzt aber voraus, daß die Listenpreise dem tatsächlichen Preisniveau entsprechen. Wenn darüber hinaus auch auf Listenpreise, die tatsächlich nicht verlangt werden, abgestellt wird, setzt nämlich nicht die AMPPreisV die Preisspanne fest, sondern

der Hersteller, der durch das ihm freistehende Abrücken von seinen Preislisten die sich daraus ergebenden Spannen bestimmt. Eine solche Regelung entspräche inhaltlich nicht der durch § 78 Abs. 1 Nr. 1 ArzneimittelG vorgesehenen Festsetzung der Preisspannen durch die Rechtsverordnung.

Der maßgebliche Regelungszweck ist in § 78 Abs. 2 ArzneimittelG dahin festgelegt, daß die Preise und Preisspannen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Tierärzte, der Apotheken und des Großhandels Rechnung zu tragen haben. Ferner ist in der Begründung für § 78 ArzneimittelG als gesetzgeberisches Ziel an erster Stelle die Senkung des Arzneimittelpreisniveaus aufgeführt. Gleichzeitig soll die bisher schon bestehende Praxis einheitlicher Apothekenverkaufspreise gesetzlich abgesichert werden. In diesem Zusammenhang wird auf die zuvor geltende Deutsche Arzneitaxe Bezug genommen, wonach auf die "auf normaler Marktlage beruhenden" Großhandelsabgabepreise Aufschläge gemacht wurden. Als weitere gesetzgeberische Ziele sind angegeben, zur Senkung der Arzneimittelpreise die Apothekenspannen zu kürzen und eine preisliche Transparenz herzustellen (BT-Drucks. 7/4557 S. 5 ff.).

Demnach ist das maßgebliche Ziel nicht allein die Schaffung einheitlicher Endverkaufspreise, sondern vor allem auch das jeweils an erster Stelle genannte Interesse der Verbraucher sowie die Senkung des Arzneimittelpreisniveaus. Gegen diese vorrangige Zwecksetzung wird verstoßen, wenn nicht auf die tatsächlichen "auf normaler Marktlage beruhenden" Herstellerabgabepreise abgestellt wird, sondern auf nicht oder nicht mehr praktizierte höhere Listenpreise. Dadurch würde nämlich verhindert, daß ein tatsächlich niedrigeres Niveau der Herstellerpreise, das in einem häufigen

Unterschreiten der Listenpreise zum Ausdruck kommt, an die Verbraucher weitergegeben wird. Stattdessen würde entgegen dem Gesetzeszweck die Preisspanne der Apotheken erhöht; denn die gesetzliche Begrenzung der Apothekenzuschläge würde dadurch unterlaufen, daß die Apotheken zusätzlich zu den festgesetzten Zuschlägen die Ermäßigungen im Verhältnis zu den Listenpreisen einbehielten.

d) Der Auslegung des Begriffs der "geltenden Herstellerabgabepreise" durch das Berufungsgericht ist daher nicht zu folgen. Andererseits kann auch nicht der Auffassung des Beklagten zugestimmt werden, daß jeweils auf den im Einzelfall gezahlten Herstellerabgabepreis abzustellen sei; denn dadurch würde wegen der möglichen Abweichungen der Preisgestaltungen wiederum das weitere gesetzgeberische Ziel, einheitliche Apothekenverkaufspreise zu schaffen, vernachlässigt.

Stattdessen ist, um allen angeführten Zielsetzungen des Gesetzes gerecht zu werden, auf die Preise abzustellen, die der Hersteller im Normalfall, also abgesehen von wenigen besonderen Ausnahmefällen, verlangt. Dieser Preis kann sich mit seinem Listenpreis decken, so daß dann auf die Preislisten abzustellen ist. Wenn diese aber in beachtlichem Umfang nicht eingehalten, sondern durch Rabatte oder vergleichbare Vergünstigungen unterschritten werden, ist auf den tatsächlich überwiegend verlangten oder jedenfalls durchschnittlichen Herstellerpreis abzustellen. Die Ermittlung dieses Preises, der der tatsächlichen, "normalen Marktlage" entspricht, kann zwar vereinzelt Schwierigkeiten bereiten; denn falls die Hersteller ihre wirkliche Preisgestaltung nicht bekannt geben, läßt sich der tatsächlich überwiegend verlangte oder jedenfalls durchschnittliche Preis möglicherweise erst über eine Markterhebung feststellen. Diese

Schwierigkeit kann aber nicht daran vorbeiführen, daß nach der AMPPreisV nur auf einen tatsächlichen Preis abgestellt werden darf. Notfalls kann die Berufsvertretung der Apotheker, die auch bisher Preisübersichten herausgegeben hat, die erforderliche Marktbeobachtung vornehmen; wegen der Erfordernisse der AMPPreisV wäre nunmehr allerdings darauf zu achten, daß es sich um die Zusammenstellung der realen Preise handelt.

2. Der Beklagte würde somit nur dann gegen § 3 AMPPreisV verstoßen und sich einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil verschaffen, wenn in den Fällen, in denen er andere als die Hersteller-Listenpreise zugrundegelegt hat oder zugrundelegen will, diese Listenpreise die tatsächlichen Herstellerpreise sind.

3. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung ist die Belieferung des Apothekers. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Zeitpunkt des Weiterverkaufs maßgebend sei, stellt zu einseitig auf die Preisvereinheitlichung ab und vernachlässigt die gesetzgeberischen Ziele der Kostendämpfung sowie der Kürzung und Festlegung der Apothekenspannen, die, wie ausgeführt, von der AMPPreisV ebenfalls zu berücksichtigen sind.

4. Allerdings ist der Apotheker nicht berechtigt, auf die so berechneten Endverkaufspreise Rabatte einzuräumen; denn dies würde zu anderen als den von § 3 AMPPreisV i.V.m. § 78 Abs. 1 Nr. 1 ArzneimittelG festgelegten Apothekenspannen führen. Außerdem handelt es sich hier um eine gesetzliche Preisvereinheitlichung, die keine derartigen Abweichungen vorsieht. Wenn der Ordnungsgeber trotz der Absicht, einheitliche Endverkaufspreise zu schaffen, die Gewährung von Rabatten zulassen wollte, hätte er dies ausdrücklich erwähnen müssen.

5. Ob der Beklagte durch seine Preisberechnung im Ergebnis gegen diese Maßstäbe verstoßen hat, läßt sich nach dem bisherigen Sachstand nicht feststellen. Soweit er selbst erhebliche Rabatte oder Vergünstigungen auf die Listenpreise erhalten hat, bestehen zumindest Zweifel an der tatsächlichen Praktizierung dieser Preislisten. Es läßt sich jedoch nicht ausschließen, daß es sich insoweit um ganz besondere Ausnahmekonditionen gehandelt hat. Insoweit bedarf es noch weiterer tatrichterlicher Aufklärung.

III. Im Ergebnis war daher das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Piper

Erdmann

Scholz-Hoppe

Mees