



Freiheit des europäischen Warenverkehrs

Urteil des Gemeinsamen Senats zur Freiheit des europäischen Warenverkehrs



Von Prof. Dr. Christoph Graf von Bernstorff, Bremen

Nach einem aktuell ergangenen Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, der hier in einer Art Plenum tagte, ging es vordergründig um eine Klärung, dass das deutsche Arzneipreisrecht auch für Versandapotheken mit Sitz in einem anderen EU-Staat gilt. Der Gemeinsame Senat entschied, dass dies nicht gegen die Freiheit des europäischen Warenverkehrs verstößt.

Sachverhalt

Im zugrunde liegenden Fall, der beim I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs anhängig ist, hatte die Beklagte, eine in den Niederlanden ansässige Apotheke, im Wege des Internet-Versandhandels Medikamente für den deutschen Markt angeboten und mit einem Bonussystem geworben, nach dem der Kunde beim Kauf verschreibungspflichtiger Medikamente auf Kassenrezept einen Bonus von 3 % des Warenwertes, mindestens aber 2,50 € und höchstens 15,00 € pro verordneter Packung erhalten sollte. Der Bonus sollte unmittelbar mit dem Rechnungsbetrag oder im Rahmen einer künftigen Bestellung verrechnet werden.

Die Klägerin, die im Inland eine Apotheke betreibt, sieht darin einen Verstoß gegen die im Arzneimittelrecht für verschreibungspflichtige Arzneimittel geltenden Preisbindungsvorschriften. Sie hat die beklagte Versandapotheke auf Unterlassung der Ankündigung und Gewährung der Boni in Anspruch genommen.

Der I. Zivilsenat des BGH hat die Frage, ob deutsches Arzneimittelpreisrecht auch für den Apothekenabgabepreis verschreibungspflichtiger Arzneimittel gilt, die im Wege des Versandhandels von einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässigen Versandapotheke im Inland in den Verkehr gebracht werden, bejahen wollen. Er hat sich hieran aber durch eine Entscheidung des I. Senats des Bundessozialgerichts gehindert gesehen. Der I. Senat des BSG hatte 2008 in anderem Zusammenhang entschieden, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht nicht für Versandapotheken gilt, die aus dem europäischen Ausland Arzneimittel an deutsche Ver-

braucher schicken. Der I. Zivilsenat des BGH hat die Frage deshalb dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vorgelegt.

Die Entscheidung

Der Gemeinsame Senat, der aus den fünf Präsidentinnen und Präsidenten der obersten Gerichtshöfe und jeweils zwei Richterinnen oder Richtern der beteiligten Senate besteht, entscheidet nach dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes, wenn ein oberster Gerichtshof in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs abweichen will.

Der Gemeinsame Senat hat in seinem Beschluss festgestellt, dass die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage darstellen, ausländische Versandapotheken, die verschreibungspflichtige Arzneimittel im Inland an Endverbraucher abgeben, deutschem Arzneimittelpreisrecht zu unterwerfen. Dies ergibt sich insbesondere aus § 78 Abs. 1 und 2 AMG. Diesem Ergebnis steht weder primäres noch sekundäres Unionsrecht entgegen. Die deutsche Regelung verstößt nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit. Es handelt sich nicht um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV.

Anmerkungen

Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung, dass es letztlich auch um die Fragestellungen geht, wann *eigentlich deutsches Recht im grenzüberschreitenden europäischen Binnenmarktsge-*

schäft gilt, und wann es gegebenenfalls beim E-Commerce anwendbar ist. Kann ein nationales Recht überhaupt noch etwas regulieren, wenn es gleichfalls ausländische Bestimmungen gibt, die auf dasselbe Geschäft anwendbar sein könn(t)en? Schließlich ist es ziemlich eindeutig, dass sich ein nationaler Gesetzgeber im Ausland weder mit seinen Gesetzen, noch mit seinem Verwaltungshandeln durchsetzen kann.

Dies ist auch der Grund, warum das Bundessozialgericht es bereits im Jahr 2008 den Auslandsapotheken verwehrte, eine Erstattung des Herstellerabatts einzufordern, da nach damaliger Rechtsauffassung die *deutschen* Preisvorschriften nicht auf Rabatte für *ausländische* Internetapotheken anwendbar waren. So urteilte das BSG (Urteil vom 28. Juli 2008 - B 1 KR 4/08, BSGE 101, 161), dass es ein *unzulässiger Export des deutschen Preisrechts* sei, wenn europäische Versandapotheken Arzneien nach Deutschland versenden und sich dann auf deutsche Preis- (und Rabatt)Vorschriften beriefen.

Der Erste Zivilsenat des BGH, der für das Wettbewerbsrecht zuständig ist, kam zu einem anderen Ergebnis (BGH, Beschluss vom 9. September 2010 - I ZR 72/08, GRUR 2010, 1130 = NJW 2010, 3724): danach gilt deutsches Recht nicht nur, wenn das Unternehmen im Inland sitzt oder hier tätig ist, sondern es genügt auch, wenn es (mit Auslandssitz) seine *Tätigkeit auf den deutschen Markt hin ausrichtet*. Um Missverständnisse für die Zukunft auszuräumen, rief der I. Senat des BGH den Gemeinsamen Senat an, der letztlich in der Regelung, dass sich auch Versandapotheken aus anderen EU-Ländern an deutsche Festpreise halten müssen, nicht als Verstoß gegen die Freiheit des europäischen Warenverkehrs wertete.

Die Entscheidung des Gemeinsamen Senats legt damit eine wichtige Grundlage und gibt eine Richtung vor. Bei Gesetzen zur Regulierung des Marktverhaltens kommt es auf das Recht des Landes an, in dem sich dieser Markt befindet. Lässt sich ein sachlicher Anknüpfungspunkt nicht erkennen, muss das Recht des Markortes mit Gesetzesauslegung ermittelt werden.

Danach muss geprüft werden, ob ein Beschränkungsverbot im europäischen Gesetzesrecht (also in Verordnungen oder Richtlinien) vorhanden ist. Im vorliegenden Fall käme dazu Art. 3 Abs. 2 der Electronic Commerce Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG) in Betracht, der für den Internethandel eine Beschränkung enthält („Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen“). Andererseits bedeutet dies nicht, dass nicht auch inländisches Recht anwendbar sein kann – dieses darf nur keine deutlich strengeren Anforderungen stellen als es im Staat des Anbieters der Fall ist. So hat der EuGH in einem Urteil aus dem Jahr 2011 (*Urteil vom 25. 10. 2011 - C-509/09*) entschieden, dass „die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass der Anbieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs keinen strengeren Anforderungen unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht“.

Da die E-Commerce-Richtlinie nicht für das Gesundheitswesen gilt, musste eine etwaige Geltung des inländischen deutschen Preisrechts am Maßstab der europäischen Prinzips der Warenverkehrsfreiheit ausgerichtet und geprüft werden, was letztlich zu der entsprechenden Entscheidung des Gemeinsamen Senats führte.

Quellen

- Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 22. August 2012
- GmS-OGB 1/10 BSG (Urteil vom 28. Juli 2008 - B 1 KR 4/08, BSGE 101, 161)
- BGH, Beschluss vom 9. September 2010 - I ZR 72/08