Apothekenprämiensystem

Eigener Leitsatz:

Es ist unzulässig, in einer Apotheke bei einer Rezepteinlösung oder dem Erwerb von Produkten Taler auszugeben, die gegen Einkaufsgutscheine und Prämien eingetauscht werden können. Solche Zuwendungen verstoßen gegen die Arzneimittelpreisbindung und die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes und überschreiten die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle.

Verwaltungsgericht Gelsenkirchen

Beschluss vom 19.09.2013

Az.: 7 L 849/13

Tenor

1. Der Antrag wird auf Kosten der Antragstellerin abgelehnt.

2. Der Streitwert wird auf 2.500,- festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

Der gemäß §80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) gestellte Antrag,

die aufschiebende Wirkung der Klage 7 K 3363/13 der Antragstellerin gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin zu 1. vom 24. Juni 2013 wiederherzustellen bzw. anzuordnen,

ist hinsichtlich des Antragsgegners zu 2. mangels Beteiligungsfähigkeit nach §61 VwGO bereits unzulässig.

Soweit sich der Antrag gegen die Antragsgegnerin zu 1.

richtet, ist er zulässig,
aber unbegründet.

Die Antragsgegnerin zu 1. ist zur Anordnung der sofortigen Vollziehung befugt.
Rechtsgrundlage für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist §80 Abs. 2
Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist die
Antragsgegnerin zu 1. im Rahmen ihrer Befugnisse grundsätzlich zum Erlass von Vollziehungsanordnungen berechtigt.

Die Vollziehungsanordnung ist auch in der Sache gerechtfertigt, denn die im
Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens vorzunehmende Interessenabwägung fällt zu Lasten der Antragstellerin aus. Die Ordnungsverfügung erweist sich bei summarischer Prüfung als mit großer Wahrscheinlichkeit rechtmäßig. Dabei 9 ist vorab darauf hinzuweisen, dass sich der Rechtsstreit entgegen der vom Gericht im Vergleichsvorschlag vom 4. September 2013 geäußerten Rechtsauffassung durch das geänderte Talerkonzept der Antragstellerin nicht in der Hauptsache erledigt haben dürfte. Denn auch dieses wird von der Untersagungsverfügung erfasst. Eine Erledigung ist auch nicht dadurch eingetreten, dass nunmehr – seit dem 13. August 2013 – §7 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetzes – HWG) in geänderter Fassung gilt (Artikel 1a des Gesetzes vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3108). Als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, die der ausgesprochenen Unterlassungsverfügung beikommt,

vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 2. Januar 2009 – 13 A 3618/ -,

ist deren Rechtmäßigkeit vielmehr u.a. daran zu messen.

Die Antragstellerin gibt weiterhin – wenn auch innerhalb eines geänderten Gesamtkonzepts – Drachentaler u.a. an Personen aus,

die in einer ihrer Apotheken verschreibungspflichtige oder sonstige preisgebundene Arzneimittel erwerben. Gerade dies ist ihr jedoch durch Ziffer 1. der angegriffenen Ordnungsverfügung untersagt. Darin wird der Antragstellerin aufgegeben, es zu unterlassen, in den von ihr betriebenen Apotheken bei der Einlösung von Rezepten über verschreibungspflichtige oder sonstige preisgebundene Arzneimittel Taler (z.B. Drachentaler) zum Erhalt von Einkaufsgutscheinen ihrer Apotheken sowie von Gutscheinen oder Prämien ihrer Talerpartner zu gewähren oder gewähren zu lassen oder hierfür zu werben oder werben zu lassen. Das von der Antragstellerin dargelegte neue Konzept ändert daran nichts. Sie hat dazu mit Schriftsatz vom 12. September 2013 beschrieben, dass jedem Kunden, der in ihren Apotheken etwas kauft, zwei Drachentaler mitgegeben werden. Das entspricht insoweit ihrer ursprünglichen Verfahrensweise, als – entgegen dem Tenor von Ziffer 1. der Verfügung – auch Kunden, die ausschließlich verschreibungspflichtige oder sonstige preisgebundene Arzneimittel kaufen, weiterhin Taler erhalten. Gerade dies ist ihr verboten. Ein neuer Sachverhalt liegt nicht vor.

Aus welchen Gründen dies geschieht und dass auch Kunden, die nicht verschreibungspflichtige oder sonstige preisgebundene Arzneimittel kaufen, Taler erhalten, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr allein, dass Taler aus Anlass des Erwerbs preisgebundener Arzneimittel abgegeben werden.

Rechtsgrundlage für den Erlass der Untersagungsverfügung (Ziffer 1. des Bescheides) ist §6 Abs. 1 Nr. 6 des Heilberufsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (HeilBerG), wonach die Apothekerkammern die Erfüllung der Berufspflichten ihrer Kammerangehörigen überwachen und die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung berufsrechtswidriger Zustände treffen können. Hierzu können sie ausdrücklich auch belastende Verwaltungsakte erlassen. §58 a HeilBerG betrifft demgegenüber die hier nicht in Rede stehenden Sanktionsmöglichkeiten schuldhaften

berufsrechtlichen Fehlverhaltens.

Das oben dargestellte, von der Antragstellerin nunmehr praktizierte und beworbene Talerkonzept verstößt aller Voraussicht nach gegen das in §19 Nr. 1
der Berufsordnung für Apothekerinnen und Apotheker der Apothekerkammer
Westfalen-Lippe vom 30. Mai 2007 (BO) normierte Verbot, von dem sich aus
der Arzneimittelpreisverordnung ergebenden einheitlichen Apothekenpreis, insbesondere durch Gewähren von Rabatten oder sonstigen Preisnachlässen abzugehen sowie hierfür zu werben. Ein solcher Verstoß gegen die arzneimittel-rechtliche Preisbindung, die in §78 Abs. 2 S. 2 und 3 des Arzneimittelgesetzes (AMG) geregelt ist, liegt nach der insoweit einheitlichen Rechtsprechung nicht nur dann vor, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der Arzneimittelpreisverordnung zu berechnenden Preis abgibt, sondern auch dann, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn günstiger erscheinen lassen.

Vgl. statt vieler: Bundesgerichtshof (BGH), Urteile vom 9. September 2010 – I
ZR 193/07, I ZR 37/08, I ZR 98/08, I ZR 26/09.

In Übereinstimmung mit der arzneimittelrechtlichen Preisbindung bestimmt §7
Abs. 1 Nr. 1 HWG, dass auch Zuwendungen und Werbemittel für Arzneimittel
unzulässig sind, soweit sie gegen die Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten.

Bei dem Apothekenabgabepreis handelt es sich demnach um eine allein nach
öffentlichem Recht vom Apotheker zu beachtende Größe, die nach

den arzneimittelrechtlichen Vorschriften dessen wirtschaftlicher Disposition entzogen ist. Dies entspricht dem Zweck der Preisbindung, zur Sicherstellung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln einen Wettbewerb zwischen den Apotheken weitgehend auszuschließen.

Vgl. Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg, Beschluss vom 31. August 2012
-13 ME 142/12-.

Vorliegend verstößt die Antragstellerin gegen die Arzneimittelpreisbindung und
die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes. Sie gibt nach ihrem neuen Konzept jedem Kunden – und damit auch dem, der ein verschreibungspflichtiges
oder sonstiges preisgebundenes Arzneimittel erwirbt – 2 Drachentaler und bewirbt dieses Konzept. Die Taler können dann in bestimmte Prämien eingetauscht werden. Diese Werbemaßnahme zielt damit ungeachtet des Umstandes, dass der wirtschaftliche Wert erst bei einem "Zweitgeschäft" realisiert werden kann, gerade darauf ab, sich gegenüber anderen Apotheken einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, der durch die Arzneimittelpreisbindung verhindert werden soll.

Ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindungsvorschriften kann auch nicht
unter Hinweis darauf verneint werden, dass die Werbemaßnahme die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle i.S.d. §3 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) nicht überschreitet. Die Kammer neigt zu der Auffassung, dass die Bestimmungen des UWG die genannten öffentlichrechtlichen Vorschriften des Heilmittelwerbe- und des Arzneimittelgesetzes nicht berühren.

Unabhängig davon gilt Folgendes: Zwar hängt das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs gemäß §§8, 3, 4 Nr. 11 UWG nach der Rechtsprechung des BGH von der Überschreitung einer

Spürbarkeitsschwelle ab, die sich aus den Wertungen des Heilmittelwerbegesetzes zu zulässigen bzw. unzulässigenWerbegaben ergibt.

Der insoweit einschlägige §7 Abs. 1 Nr. 1 HWG hat jedoch durch Artikel 1a des
Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3108) zum 13. August 2013 insofern
eine wesentliche Änderung erfahren, als es dort nunmehr ausdrücklich heißt:

’Zuwendungen oder Werbegaben sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie
entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten.“

Diese Neufassung der Vorschrift ist, wie eingangs dargelegt, mit Rücksicht auf
den Dauercharakter der Unterlassungsverfügung auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar.

Damit steht fest, dass jegliche Art von Werbegabe oder Zuwendung bei preisgebundenen Arzneimitteln – unabhängig von derenWert – die Spürbarkeitsschwelle des §3 Abs. 1 UWG überschreitet.

Ob die Neuregelung in §7 Abs. 1 Nr. HWG gegen europarechtliche Vorgaben oder des Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art 12 des Grundgesetzes verstößt, muss letztlich der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Jedenfalls liegen derartige Verstöße dass im vorliegenden vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht auf der Hand. Allerdings erscheint der Kammer eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit bereits angesichts des geringen Eingriffs und des hohen zu schützenden Allgemeinguts der flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln eher fernliegend.

Auch im Übrigen wird die angefochtene Verfügung aller Voraussicht nach nicht

zu beanstanden sein. Ein aufsichtsbehördliches Einschreiten gegen festgestellte Rechtsverstöße erweist sich in aller Regel nicht als ermessens-widrig. Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vermag die Kammer ebenfalls nicht zu erkennen. Vielmehr geht von dem Verhalten der Antragstellerin im Gebiet der Antragsgegnerin zu 1. eine Vorbildwirkung aus, die andere Apotheker zu ähnlichen Verstößen anhalten kann.

Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung bestehen
nicht. Insofern verweist die Kammer zur Vermeidung von Wiederholungen auf
die Ausführungen der Antragsgegnerin zu 1. zu Ziffer 2) der Verfügung, denen
sie folgt (§117 Abs. 5 VwGO).

Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung
beruht auf §53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. §52 Abs. 1 und 3 des Gerichtskostengesetzes
und entspricht der Hälfte des Regelstreitwertes.