

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch
Gewährung von „Rezeptprämie“ durch Apotheker

MedR 2013,
476

Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von „Rezeptprämie“ durch Apotheker*

AMG § 78 Abs. 2 S. 2 u. 3; GG Art. 12 Abs. 1; HeilBG Rheinl.-Pf. §§ 11 Abs. 1 u. 2, 20 Abs. 1, 43 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2; HWG § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; UWG § 3 Abs. 1; BO Rheinl.-Pf.

1. Zu den Anforderungen, die an die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen ein Kammermitglied wegen eines Verstoßes gegen das Heilberufsrecht nach dem rheinland-pfälzischen Heilberufsgesetz zu stellen sind.

2. Ein Apotheker verstößt gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile (hier: Rezeptprämie in Form eines Einkaufsgutscheins von 1 € pro Arzneimittel) gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen (im Anschluss an BGH, Urtt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 193/07 u. a. –).

3. Damit verletzt der Apotheker zugleich seine berufsrechtlichen Pflichten. Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine Unterlassung der Abgabe geringwertiger Kleinigkeiten nicht verlangt werden kann, weil sie wettbewerbsrechtlich nicht spürbar i. S. des § 3 Abs. 1 UWG sind.

4. Eine berufsgerichtliche Sanktionierung des Pflichtenverstoßes ist auch verhältnismäßig.

5. Eine Berufungsbegründungsschrift im heilberufsgerichtlichen Verfahren muss ausschließlich den Vorgaben des § 85 Abs. 4 HeilBG genügen. Die Vorgaben des § 520 Abs. 3 ZPO sind nicht zusätzlich einzuhalten. § 85 Abs. 4 HeilBG ist insoweit die in Heilberufsverfahren geltende Sonderregelung. [Leitsatz 5 von der Bearbeiterin]

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz, *Urteil* vom 8. 10. 2012 - LBG-H A 10353/12 (BerufsG f. Heilberufe beim VG Mainz)

Problemstellung:

Die Entscheidung ist im Kontext diverser aktueller Gerichtsentscheidungen (vgl. BGH, Urtt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 98/08 –; Urtt. v. 22. 8. 2010 – GmS-OGB 1/10 – zum Thema „Rezeptprämie (i. w. S.)“) zu sehen. Im Gegensatz zu den bisher ergangenen Entscheidungen v. a. des BGH, beleuchtet die vorliegende Entscheidung das Thema der (Un-)Zulässigkeit der Gewährung von Rezeptprämien nicht anhand des Prüfungsmaßstabs des Wettbewerbsrechts, sondern anhand des (strengerem) Berufsrechts der Apotheker. Es wird die Frage aufgeworfen, inwieweit auch im Berufsrecht der Apotheker eine Geringwertigkeitsgrenze bei der Frage der Zulässigkeit von Zuwendungen anzuerkennen ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Das, was wettbewerbsrechtlich zulässig sein mag, ist nicht zwingend auch berufsrechtlich erlaubt.

Mit der vorliegenden Entscheidung des OVG (Berufsgericht) Koblenz sind die im Wettbewerbsrecht durch Apotheker mühsam erstrittenen Entscheidungen, dass Rezeptprämien jedenfalls dann, wenn sie die wettbewerbsrechtliche „Spürbarkeitsschwelle“ des § 3 Abs. 1 UWG nicht überschreiten, zulässig sind, leider als bloßer Pyrrhussieg anzusehen (zur Überschreitung der wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle bei einem angekündigten Gutscheinwert von 3 € s. LG Meiningen, Urtt. v. 27. 10. 2011 – HK O 118/10 (118) –). Der Liberalisierung des Wettbewerbsrechts und auch des Heilmittelwerberechts steht das starre Berufsrecht der Apotheker gegenüber. Im Berufsrecht ist seit

längerem die Tendenz zu verzeichnen, Werbemaßnahmen, die an wirtschaftliche – auch zugestanden möglicherweise geringwertige – Vorteile anknüpfen, per se als unzulässig anzusehen. Letztlich hilft es dem jeweilig betroffenen Apotheker damit nicht weiter, dass wettbewerbsrechtlich und u. U. auch heilmittelwerberechtlich die Werbung mit „Rezeptprämien“ als zulässig angesehen wird. Denn wenn diese Werbemaßnahmen nach der für ihn maßgeblichen Berufsordnung seiner Landesapothekerkammer und nach der Auslegung der dafür zuständigen Berufsgerichte als unzulässig angesehen werden, drohen ihm berufsrechtliche/berufsgerichtliche – möglicherweise einschneidendere und empfindlichere – Sanktionen.

Jedenfalls in Rheinland-Pfalz – und in Bundesländern, deren Berufsordnungen eine zu § 15 Abs. 3 Nr. 5 BO RP vergleichbare Regelung enthalten – sind die Werbemöglichkeiten für Apotheker auch aufgrund der aktuellen Entscheidung des OVG (Berufsgericht) Koblenz deutlich eingeschränkt worden. Denn die im Wettbewerbsrecht einzuhaltende Spürbarkeitsquelle (§ 3 Abs. 1 UWG) soll im Berufsrecht keine Berücksichtigung finden; eine (zulässige) Bagatellgrenze wird hier ausdrücklich nicht anerkannt (vgl. insoweit auch Berufsgericht für Heilberufe Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8. 2. 2012 – BG-Ap 8/12 –). Ob dies i. S. der „Einheit der Rechtsordnung“ gewollt sein kann, oder als Ausprägung der unterschiedlichen Normgeber und des föderalen Satzungsrechts der berufsständischen Kammern hinzunehmen ist, ist eine politisch und nicht judikativ zu klärende Frage.

Zum Sachverhalt:

Die Antragstellerin, eine Apothekerkammer, wirft einem Kammermitglied vor, seine berufsrechtlichen Pflichten als Apotheker verletzt zu haben, indem er gegen arzneimittelpreisrechtliche Bestimmungen verstoßen habe.

Unter der Überschrift „Prämie bis zu 3,00 € geschenkt“ kündigte der Apotheker in der örtlich erscheinenden Zeitung an, während eines bestimmten Zeitraums in seiner Apotheke sog. Einkaufsgutscheine auszugeben. Bei Einlösung eines Rezeptes erhält danach jeder Kunde pro verschreibungspflichtigem Arzneimittel einen Einkaufsgutschein von 1 bis maximal 3€. Die Einkaufsgutscheine können beim Kauf von nicht rezeptpflichtigen Artikeln eingelöst werden, eine Barauszahlung findet nicht statt.

Die ASt. (Landesapothekerkammer) ist der Auffassung, dass der Apotheker (Ag.) mit der Gewährung von derartigen Preisnachlässen gegen die Arzneimittelpreisbindung aus dem AMG und der AMPPreisV sowie gegen die Berufsordnung für Apotheker (hier: des Landes Rheinland-Pfalz) verstoße. Zwar verlange er den nach der AMPPreisV zu berechnenden Preis. Mit den Einkaufsgutscheinen gewähre er jedoch bei dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile, die den Kauf des Medikaments für den Kunden wirtschaftlich günstiger erscheinen ließen. Vor diesem Hintergrund leitete sie ein berufsgerichtliches Verfahren gegen den Apotheker ein.

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 477 
„Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476)

Der Apotheker hingegen beruft sich auf die Urteile des BGH v. 9. 9. 2010. Danach könne wettbewerbsrechtlich die Unterlassung von Rabatt- und Bonuswerbungen nur dann verlangt werden, wenn sie geeignet seien, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen und so deren Interessen spürbar zu beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung sei aber dann nicht gegeben, wenn es sich bei den gewährten Boni und Rabatten nur um geringwertige Kleinigkeiten handle. Eine Werbegabe im Wert von 1 € übersteige die Wertgrenze nicht und stelle insoweit eine vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Ausnahme einer Zugabenwerbung dar.

Er habe darauf vertrauen dürfen, dass die Werbung mit einer Zugabe berufsrechtlich nicht verfolgt werde, sofern er die Geringwertigkeitsgrenze beachte.

Eine berufsrechtliche Ahndung seiner Bonuswerbung stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit dar, der auch durch berufsrechtliche Belange nicht zu rechtfertigen sei. Es sei äußerst zweifelhaft, ob ein berufsrechtliches Verbot von Werbegaben oder Rabatten im Wert von bis zu 1 € überhaupt den vorgenannten Zweck verfolgen könne. Jedenfalls seien aber die Geringwertigkeit der Vorteile und die kaum spürbaren Auswirkungen auf die berufliche Integrität zu berücksichtigen. Die vom BGH aufgestellte Spürbarkeitsschwelle finde insofern Eingang in die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass ein berufsrechtliches Verbot von Bonusmodellen unweigerlich zu einer Diskriminierung deutscher Apotheken führe, weil EU-ausländische Versandapotheken dem deutschen Berufsrecht nicht unterlägen und damit allenfalls die vom BGH aufgestellten Geringwertigkeitsgrenzen zu beachten hätten.

Außerdem sei ein sich aus nationalem Recht ergebendes Verbot, das geringwertige Werbegaben für verschreibungspflichtige Medikamente untersage, mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren. Geringwertige Werbegaben fielen nicht unter den Begriff der Werbung für Arzneimittel oder würden jedenfalls als geringwertige Werbegaben angesehen.

Der Apotheker wurde durch das Berufsgesicht freigesprochen, weil dieses die Voraussetzungen für die Verhängung einer berufsrechtlichen Sanktion als nicht gegeben ansah. Dabei sei schon zweifelhaft, ob die Kammer das ihr zustehende Ermessen bei der Einleitung des berufsgerichtlichen Verfahrens rechtsfehlerfrei ausgeübt habe. Jedenfalls sei der Wertungswiderspruch zwischen den öffentlich-rechtlichen Preisbindungsvorschriften und den Vorgaben des Wettbewerbsrechts von der ASt. nicht hinreichend beachtet worden. Insofern spreche die vom BGH aufgestellte Spürbarkeitsschwelle gegen einen solchen Verstoß. Da der Apotheker deshalb allenfalls geringfügig gegen seine Berufspflichten verstoßen habe, sei eine berufsgerichtliche Sanktionierung unverhältnismäßig.

Im Berufungsverfahren vertrat die ASt. weiterhin die Auffassung, der Apotheker habe durch die Einräumung der Boni auf rezeptpflichtige Heilmittel den einheitlichen Apothekenabgabepreis unterlaufen. Es bestehe kein Wertungswiderspruch zwischen den Vorgaben des Wettbewerbsrechts und den öffentlich-rechtlichen Preisbindungsvorschriften. Letztere enthielten weder eine Spürbarkeitsschwelle noch einen Bagatellvorbehalt. Dies habe letztlich auch der BGH in mehreren Entscheidungen festgestellt. Mit der Werbeaktion verschaffe sich der Apotheker ersichtlich einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil. Durch ein Absehen von einer berufsrechtlichen Ahndung würden diejenigen Apotheker unzumutbar und unverhältnismäßig schlechter gestellt, die sich trotz schwierigster gesundheitspolitischer Rahmenbedingungen gesetzeskonform verhielten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung verwies der Apotheker zuletzt darauf, dass es für ihn als Apotheke mit einem hohen Anteil an Nichtmedikamenten schwer sei, von den Kunden als Apotheke wahrgenommen zu werden. Zwar mindere sich durch die Rezeptprämie sein Rohertrag; dieser Verlust werde jedoch ausgeglichen, wenn der Kunde mit dem Gutschein Artikel aus dem übrigen Sortiment erwerbe. Im Gegensatz zu einer herkömmlichen Apotheke sei die Freifläche in seiner Apotheke sehr groß. Da in der näheren Umgebung seiner Apotheke keine Arztpraxen vorhanden seien, sei er auf Laufkundschaft angewiesen. Den örtlichen Vorteil, den Apotheken mit Nähe zu Arztpraxen hätten, gleiche er mit seinen Anreizen bei Kauf verschreibungspflichtiger Medikamente aus.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat Erfolg. Sie ist sowohl zulässig (I.) als auch begründet (II.)

I. [...]

II. Die danach zulässige Berufung ist auch begründet. Das Berufsgesicht für Heilberufe hätte das beschuldigte Kammermitglied nicht freisprechen dürfen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz war

die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens zulässig (1.). Das Kammermitglied hat sich gesetzeswidrig verhalten (2.). Sowohl unter Beachtung der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit (3.) als auch des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (4.) bedarf es einer berufsrechtlichen Warnung, um das Kammermitglied zur künftigen Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben anzuhalten (5.).

1. [...] Darüber hinaus ist die Entscheidung der Ast., beim Berufsgericht für Heilberufe die Durchführung eines berufsgerichtlichen Verfahrens zu beantragen, auch wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit und ihrer weit reichenden Konsequenzen für die freiberuflich tätigen Apotheker nicht ermessensfehlerhaft gewesen.

2. Der [von der] Ast. danach in zulässiger Weise bei dem Berufsgericht für Heilberufe gestellte Antrag auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 1 HeilBG führt in der Sache zur Verurteilung des Kammermitglieds. Denn es hat vorsätzlich gegen geltende Gesetze und damit zugleich gegen seine Berufspflichten verstoßen (a). Dieser Pflichtverletzung stehen weder wettbewerbsrechtliche Vorgaben (b) noch das europäische Gemeinschaftsrecht (c) oder der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (d) entgegen.

a) Das Kammermitglied hat sich eines Verstoßes gegen seine Berufspflichten schuldig gemacht. Gemäß § 20 Abs. 1 HeilBG i. V. mit § 1 Abs. 1 BO ist der Apotheker verpflichtet, seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und dem Vertrauen zu entsprechen, das den Angehörigen seines Berufs entgegengebracht wird. Er hat das Ansehen des Berufsstandes und Betriebs zu wahren, in dem er tätig ist. Neben diesem allgemeinen Pflichtenkreis sind von ihm aber auch die für seine Berufsausübung geltenden Gesetze, die auf dieser Grundlage erlassenen Verordnungen, das Satzungsrecht der Landesapothekerkammer sowie die darauf gegründeten Anordnungen und Richtlinien zu beachten (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 HeilBG i. V. mit § 1 Abs. 2 BO).

Diese berufsrechtlichen Pflichten hat das Kammermitglied missachtet, indem es seit dem 1. 11. 2010 in seiner Apotheke jedem Kunden beim Kauf eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen Einkaufsgutschein i. H. von 1 € (maximal 3 € je Rezept) ausgestellt hat, der sodann bei einem folgenden Kauf von nicht rezeptpflichtigen Artikeln in der Apotheke verrechnet wird. Diese Werbemaßnahme stellt einen Verstoß gegen die für alle Apotheker geltenden arzneimittelrechtlichen Vorgaben dar.

Durch die Abgabe von rezeptpflichtigen Medikamenten unter gleichzeitiger Überreichung eines Einkaufsgutscheins im Wert von 1 € je Medikament (höchstens 3 € je Rezept) hat das Kammermitglied gegen § 78 Abs. 2 S. 2 und 3 AMG [...] verstoßen. Nach dieser Vorschrift ist für alle verschreibungspflichtigen Fertigarzneimittel und die zwar nicht verschreibungs-, jedoch apothekenpflichtigen Fertigarzneimittel, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) abgegeben werden, ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten. Die Einzelheiten regelt die auf der Grundlage von § 78 Abs. 1 S. 1 AMG erlassene AMPPreisV [...]. Diese gesetzlichen Vorgaben legen für verschreibungspflichtige Arzneimittel in § 2 die Preisspannen des Großhandels bei der Abgabe im Wiederverkauf an Apotheken und in § 3 die Preisspannen der Apotheken bei der Abgabe im Wiederverkauf jeweils zwingend fest (vgl. § 1 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Abs. 4 AMPPreisV). Die Regelung des § 78 Abs. 3 S. 1 AMG stellt die Rechtslage insoweit zusammenfassend klar, als danach ein einheitlicher Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers für alle Arzneimittel zu gewährleisten ist, soweit für diese verbindliche Preise und Preisspannen durch die AMPPreisV bestimmt sind. Erst hierdurch ergibt sich i. V. mit den Handelszuschlägen,

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 478 
„Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476)

die die AMPPreisV festlegt, ein einheitlicher, bei der Abgabe an den Endverbraucher verbindlicher Apothekenabgabepreis. Diese Regelungen, die im Ergebnis zu einem „centgenauen“ Abgabepreis von rezeptpflichtigen Medikamenten führen, sollen insbesondere gewährleisten, dass die im öffentlichen Interesse gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit solchen Arzneimitteln dadurch sichergestellt wird, dass zwischen den einzelnen Apotheken kein ruinöser Wettbewerb stattfindet (vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf eines 4. Gesetzes zur Änderung des AMG, BT-Dr. 11/5373, S. 27; so auch OVG Nds., Beschl. v. 8. 7. 2011 – 13 ME 95/11 –, NVwZ 2011, 1394).

Dass sich bei der Werbeaktion des Kammermitglieds der Preisvorteil für den Kunden erst beim Kauf eines weiteren (nicht rezeptpflichtigen) Artikels realisiert, ist ohne rechtliche Bedeutung. Ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung liegt nach gefestigter Rechtsprechung des BGH sowie der Verwaltungs- und Berufsgerichte nämlich nicht nur dann vor, wenn der Apotheker ein preisgebundenes Arzneimittel zu einem anderen als dem nach der AMPPreisV zu berechnenden Preis abgibt. Die Bestimmungen der AMPPreisV werden vielmehr auch dann verletzt, 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 wirtschaftlich günstiger erscheinen [lassen] (vgl. BGH, Urtt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 193/07 [„Unser Dankeschön für Sie“], I ZR 37/08 [„Unser Extra zur Begrüßung“], I ZR 98/08 [„Bonuspunkte“], I ZR 125/08 [„Bonussystem“] und I ZR 26/09 [„Bonus-Taler“] –, alle juris; OVG Nds., Beschl. v. 8. 7. 2011 – 13 ME 95/11 und 13 ME 111/11 –, OVG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 28. 11. 2011 – 13 B 1136/11 –, juris; BeruFG beim LG Nürnberg-Fürth, Ur. v. 8. 2. 2012 – BG-Ap 8/11 –, BeruFG beim LG München, Ur. v. 29. 3. 2012 – BG-Ap 6/11 –). Dieser gefestigten Rechtsprechung der Zivil-, Berufs- und Verwaltungsgerichte tritt der Senat bei.

Eine Unterscheidung zwischen Erst- und Zweitgeschäft [...] würde demgegenüber das einheitlich zu wertende Geschäft des Einkaufs eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels gegen Gewährung des Einkaufsgutscheins künstlich aufspalten (vgl. BGH, Urtt. v. 9. 9. 2010, a. a. O.; OVG Nds., Beschl. v. 8. 7. 2011, a. a. O.; OVG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 28. 11. 2011, a. a. O.; BeruFG beim LG München, Ur. v. 29. 3. 2012; a. a. O.) und zudem die Preisbindung bewusst unterlaufen (so auch BeruFG beim LG München, Ur. v. 29. 3. 2012, a. a. O.). Bei realistischer, lebensnaher Betrachtung stellt ein solcher Einkaufsgutschein für den Kunden vielmehr einen erkennbaren wirtschaftlichen Vorteil dar, da er über dessen Umsetzung sofort (ggf. unmittelbar nach dem Erhalt) frei verfügen kann. Angesichts des bekannten breiten Angebots von in Apotheken frei verkäuflichen Produkten befinden sich darunter nicht wenige, die jeder Verbraucher im Alltag gebrauchen kann (vgl. BGH, Ur. v. 9. 9. 2010 – I ZR 193/07 [„Unser Dankeschön an Sie“] –, a. a. O.). Diese Situation besteht in besonderem Maße in der Apotheke des Kammermitglieds, die nach seinen Angaben über ein besonders breit gefächertes Sortiment von nicht apothekenpflichtigen Waren verfügt.

Insofern unterscheidet sich der hier zu bewertende Sachverhalt von der Überreichung eines Päckchens Papiertaschentücher oder von Hustenbonbons an den Kunden, einer Gabe von Süßigkeiten für Kinder oder der kostenfreien Überlassung einer Kundenzeitschrift. Denn bei derartigen Kleinpräsenten bestimmt nicht der Kunde, sondern der Apotheker die Art der Vorteilsgewährung. Sie sind als bloßer Ausdruck allgemeiner Kundenfreundlichkeit ohne weiteres als „geringwertige Kleinigkeiten“ anzusehen. Ein auf einen bestimmten Geldbetrag ausgestellter Einkaufsgutschein, der einen Wert von bis zu 3 € pro Rezept aufweist, kommt demgegenüber in seiner Wirkung einem Barrabatt nahezu gleich (so auch BeruFG beim LG München, Ur. v. 29. 3. 2012, Urteilsdruck S. 9 „versteckter Barrabatt“).

Abweichendes könnte allenfalls dann anzunehmen sein, wenn einer Einlösung des Gutscheins wesentliche Hindernisse entgegenstünden oder die Vorteile nicht allein für den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, sondern auch aus anderem Anlass gewährt würden, etwa weil der Kunde beim Erwerb Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen muss (vgl. BGH, Ur. v. 9. 9. 2010, a. a. O.). Derartiges ist hier aber nicht gegeben. Der Einlösung des Einkaufsgutscheins in der Apotheke des Kammermitglieds stehen keine wesentlichen Hindernisse entgegen. Die [...] Lage [der] Apotheke in

einem Gewerbepark, in dem sich überwiegend Einkaufszentren und keine Arztpraxen befinden, kann nicht als „Unannehmlichkeit“ in diesem Sinne gewertet werden. Die Lage einer Apotheke bestimmt im Übrigen der gewerblich tätige Apotheker aufgrund seiner freien unternehmerischen Entscheidung selbst. Mit seiner Entscheidung, seine Apotheke in einem Gewerbepark zu betreiben, hat er hierdurch möglicherweise bestehende Lagenachteile in Kauf zu nehmen; sie sind nicht durch eine arzneimittelrechtlich weitergehende Zulässigkeit von Werbemaßnahmen auszugleichen.

b) Dass die Werbeaktion des Kammermitglieds möglicherweise in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht erlaubt wäre, ist vorliegend nicht erheblich. Zwar hat der BGH entschieden, dass bei Werbegaben bis zu einem Betrag von [...] 1 € eine Unterlassung dieses Wettbewerbs aufgrund des UWG [...] i. V. mit § 7 Abs. 1 HWG [...] nicht verlangt werden kann, weil es sich bei diesen Werbegaben um sog. geringwertige Kleinigkeiten i. S. von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG handle und sie deshalb wettbewerbsrechtlich nicht spürbar i. S. des § 3 Abs. 1 UWG seien (Urtt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 98/08 [„Bonuspunkte“], I ZR 125/08 [„Bonussystem“] und I ZR 26/09 [„Bonus-Taler“] –, a. a. O.). Auf diese Rechtsprechung kann sich das Kammermitglied jedoch nicht erfolgreich berufen, weil die Preisbindungsvorschriften des AMG bzw. der AMPPreisV neben den Regelungen des HWG anwendbar sind.

Dies ergibt sich bereits aus den unterschiedlichen Zielsetzungen, die diese Gesetze aufweisen. Während der Zweck der in § 7 HWG enthaltenen Regelung vor allem darin besteht, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, nicht durch die Aussicht auf Zugaben und Werbegaben unsachlich beeinflusst werden sollen, sind die hier maßgeblichen Bestimmungen des AMG nach ihrem Zweck dazu bestimmt, den (Preis-)Wettbewerb unter den Apotheken zu regeln (vgl. BGH, Urt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 193/07 [„Unser Dankeschön für Sie“] –, a. a. O.). Selbst wenn danach geringwertige Kleinigkeiten i. S. des Wettbewerbsrechts nicht spürbar sind, bleibt es – wie dargestellt – bei dem gegebenen Verstoß gegen das Arzneimittelrecht, der vorliegend ausschließlich berufsrechtlich zu bewerten ist.

Hiervon ausgehend ist es für die Beantwortung der Frage nach einem Pflichtenverstoß des Kammermitglieds entscheidend, dass es im Heilberufsrecht des Landes Rheinland-Pfalz, das aufgrund der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 23 Abs. 1 HeilBG im Wesentlichen durch die BO konkretisiert wird, keine Spürbarkeitsschwelle wie in § 3 Abs. 1 UWG gibt. So macht zwar § 15 Abs. 3 Nr. 7 BO die Zulässigkeit der Gewährung von Zugaben, Zuwendungen oder Warenproben davon abhängig, dass diese auch „das Wettbewerbsrecht nicht gestattet“. Insofern käme dann in der Tat die Spürbarkeitsschwelle des BGH zum Tragen. Demgegenüber sieht die hier anwendbare Maßgabe des § 15 Abs. 3 Nr. 5 BO, die als speziellere Vorschrift der allgemeineren Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 7 BO vorgeht, eine solche Einschränkung nicht vor. Nach dieser berufsrechtlichen Vorschrift sind, vorbehaltlich der besonderen Umstände des Einzelfalls, ein Abgehen

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 479 
„Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476)

von den sich aus der AMPPreisV ergebenden einheitlichen Apothekenabgabepreisen, insbesondere das Gewähren von „Rabatten und sonstigen Preisnachlässen“ bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln und Rezepturen sowie die Werbung hierfür nicht erlaubt. Da es sich bei den vom Kammermitglied verschenkten Einkaufsgutscheinen um einen einheitlich zu bewertenden Vorgang (BGH, Urt. v. 9. 9. 2010, a. a. O.) und nicht um zwei getrennte Geschäftsvorgänge handelt, sind sie zumindest „sonstigen Preisnachlässen“ i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 5 BO vergleichbar. Eine andere Sichtweise würde auch insofern den einheitlichen Vorgang künstlich und unnatürlich in Erst- und Folgegeschäft aufspalten. Eine solche Aufspaltung nimmt nicht nur der Kunde nicht wahr (für diesen verbilligt sich sein Medikament subjektiv um 1 € und sein Rezept um bis zu 3 €). Sie wäre auch aus Sicht eines unbefangenen Dritten und damit objektiv als „Umgehung“ der Preisbindung von Arzneimitteln zu bewerten. Eine Nichtbeachtung der Preisbindung durch den Apotheker durch eine

Gewährung von Vorteilen, die an die Abgabe von Arzneimitteln gekoppelt wird, reicht für einen Verstoß mithin aus.

c) Europarechtliche Vorgaben ergeben keine andere Wertung. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor. Deshalb kommt eine Vorlage an den EuGH [...] nicht in Betracht.

Zwar gelten nach Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6. 11. 2001 – HumanarzneimittelkodexRL – Anreize zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln durch das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen dann nicht als Werbung i. S. dieser Richtlinie, wenn diese von „geringem Wert“ sind. Das sagt aber nichts über einen – hier aus den vorstehenden Gründen vorliegenden – Verstoß gegen nationale Preisbindungsregelungen aus. Zudem berühren nach Art. 4 Abs. 1 HumanarzneimittelkodexRL die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht die Zuständigkeiten der Behörden der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festsetzung der Arzneimittelpreise und ihrer Einbeziehung in den Anwendungsbereich der innerstaatlichen Krankenversicherungssysteme aufgrund gesundheitlicher, wirtschaftlicher und sozialer Bedingungen. Soweit nach Art. 94 Abs. 1 HumanarzneimittelkodexRL im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel gleichfalls eine Geringwertigkeitsgrenze besteht, lässt dies nach Abs. 4 dieser Regelung die in den Mitgliedstaaten bestehenden Maßnahmen oder Handelspraktiken hinsichtlich der Preise, Gewinnspannen und Rabatte gleichfalls unberührt.

Soweit das Kammermitglied auf die Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9. 3. 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung hinweist, ist entsprechend den Erwägungsgründen 10 und 11 dieser Richtlinie hier bereits der Anwendungsbereich nicht berührt. Diese Richtlinie zielt nämlich darauf ab, Regeln zu schaffen, die den – hier erkennbar nicht tangierten – Zugang zu einer sicheren und hochwertigen grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung in der Union erleichtern und die Patientenmobilität im Einklang mit den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen gewährleisten und die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Gesundheitsversorgung fördern soll[en]. Dabei sollen die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Festlegung der gesundheitsbezogenen Sozialversicherungsleistungen und für die Organisation und Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen und medizinischer Versorgung sowie der Sozialversicherungsleistungen, insbesondere im Krankheitsfall, uneingeschränkt geachtet werden (S. 2 des Erwägungsgrundes Nr. 10). Ungeachtet dessen lässt diese Richtlinie nach Art. 2 lit. h die vorerwähnte RL 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel ausdrücklich unberührt.

d) Entgegen der Auffassung des Kammermitglieds steht der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG der Annahme einer Pflichtverletzung gleichfalls nicht entgegen. Bei einer Werbeaktion wie derjenigen des Kammermitglieds würden auch EU-Versandapotheken die ihnen als Apotheker obliegenden Berufspflichten verletzen. Wie der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS) zwischenzeitlich entschieden hat, gelten für EU-Versandapotheken die gleichen Bindungen des Arzneimittelpreisrechts wie für inländische Apotheken. Auch EU-Versandapotheken müssen demnach die Bestimmungen des Arzneimittelpreisrechts beachten, wenn sie verschreibungspflichtige Medikamente in Deutschland zum Kauf anbieten. Der GmS hat insofern klargestellt, dass die Vorschriften des AMG eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage darstellen, ausländische Versandapotheken, die verschreibungspflichtige Arzneimittel im Inland an Endverbraucher abgeben, deutschem Arzneimittelpreisrecht zu unterwerfen. Dies ergebe sich insbesondere aus § 78 Abs. 1 und 2 AMG. Diesem Ergebnis stehe weder primäres noch sekundäres Unionsrecht entgegen (vgl. GmS-OBG, Kurzmitteilung v. 22. 8. 2012, juris).

3. Anders als die Vorinstanz sieht der Senat keine Einschränkung der berufsrechtlichen Vorgaben durch die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit. Zwar handelt es sich bei der berufsgerichtlichen Ahndung um einen Eingriff in die Berufsausübung des Kammermitglieds. Dieser ist aber gemäß Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt.

Nach der „Stufentheorie“ des BVerfG (Urt. v. 11. 6. 1958, a. a. O., S. 404 ff.) sind Eingriffe in die Berufsausübung zulässig, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert und i. Ü. verhältnismäßig sind (BVerfG, Beschl. v. 1. 6. 2011 – 1 BvR 233/10 –, juris). Derartige Gründe des Gemeinwohls sind sowohl die Gewährleistung einer zuverlässigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln als auch die Integrität der freiberuflich tätigen Apotheker, die vor einem im Endeffekt möglicherweise ruinösen Wettbewerb, auch vor dem Hintergrund der aus anderen Ländern agierenden Versandapotheken, geschützt werden müssen.

Dem lässt sich nicht erfolgreich entgegenhalten, dass die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln in A. aufgrund der dort wohl bestehenden hohen Apothekendichte nicht gefährdet sei. Zum einen kann die wirksame Durchsetzung der Arzneimittelpreisbindung nicht von regionalen Unterschieden in der konkreten Apothekendichte abhängig gemacht werden. Zum anderen ist es gerade diese hohe Anzahl von Apotheken, die nach allgemeiner Erfahrung einen erhöhten Wettbewerb zur Folge hat. Durch die arzneimittelrechtliche Preisbindung soll insofern der einzelne Apotheker davor geschützt werden, aufgrund eines faktischen Zwanges Rabatte und/oder Zugaben auch im Bereich rezeptpflichtiger Arzneimittel zu gewähren, um auch hier im Wettbewerb bestehen zu können. Die Arzneimittelpreisbindung soll im Interesse einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln vielmehr gewährleisten, dass alle Apotheken ein wirtschaftliches Auskommen haben und nicht durch ruinösen Preiswettbewerb vom Markt verdrängt werden (vgl. OVG Nds., Beschl. v. 22. 3. 2011 – 13 LA 157/09 –; OVG LSA, Beschl. v. 13. 6. 2011 – 1 M 95/11 –, beide juris).

4. Der aus diesen Gründen vorliegende Verstoß des Kammermitglieds gegen seine Berufspflichten wiegt so schwer, dass auch unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in (grundgesetzlich) geschützte Rechtspositionen eine berufsgerichtliche Sanktionierung erforderlich wird.

Der Schutz der arzneimittelrechtlichen Preisbindungsvorschriften ist auch dann gefährdet, wenn jeder Kunde pro verschreibungspflichtigem Medikament einen Gutschein von nur 1 € erhält. Dies mag sich für den Kunden als geringwertige

Landesberufsg f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 480 € „Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476) 

Kleinigkeit darstellen. Allerdings ist auch zu sehen, dass diese Art der Zuwendung einem unzulässigen Barrabatt ähnlich ist. Der Kunde kann über die Verwendung des Einkaufsgutscheins frei entscheiden und ihn bei einem Kauf eines Artikels aus dem überaus reichhaltigen und vielfältigen Sortiment der Apotheke des Kammermitglieds einsetzen. Der Gutschein ist aus Sicht des Kunden fast wie Bargeld und dient – so auch das Kammermitglied selbst – einer langfristigen Kundenbindung. Wegen der Vorteile ist diese Zuwendung besonders werbewirksam. Verbreitet sich diese Werbemethode und werden die Vorschriften zur Preisbindung vielfach unterlaufen, so ist bei einer Gesamtbetrachtung ihr Zweck gefährdet. Ruinöser Wettbewerb und die Verdrängung von Apotheken können die Folge sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob durch das Verhalten des Kammermitglieds die Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten in A. gefährdet ist. Aus diesem Grund ist es auch nicht erforderlich, dem darauf bezogenen Beweisantrag des Kammermitglieds zu entsprechen und ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ob berufsrechtliche Sanktionen gegenüber Apothekern getroffen werden, kann nicht von regionalen Unterschieden und der jeweiligen Apothekendichte abhängig sein. Mit der berufsrechtlichen Ahndung geht es vielmehr darum, die Einhaltung der Preisbindung flächendeckend zu gewährleisten und einen Nachahmungseffekt mit weitreichenden Folgen auszuschließen.

Das Geschäftskonzept des Kammermitglieds [...] ist sicher nachvollziehbar. Die Apotheke liegt im Bereich eines Einkaufszentrums und ist auf Laufkundschaft angewiesen. Anders als bei vielen herkömmlichen Apotheken fehlt eine räumliche Nähe zu Ärzten. Da das Kammermitglied wirtschaftlich

auf Rezepte angewiesen ist, muss es entsprechende Anreize bieten. Das Kammermitglied hat [...] auch ein Problem, den potenziellen Kunden seine Apotheke als solche wahrnehmbar zu machen. Da es jedoch als Apotheke verpflichtet sei, die entsprechenden Arzneimittel vorrätig zu halten, benötige es die „Rezeptprämie“, um die sog. Laufkundschaft an seine Apotheke zu binden. Seine Werbeaktion habe dementsprechend bereits im ersten Monat zu einer Umsatzsteigerung geführt. Nicht zuletzt gewährt es die „Rezeptprämie“ auch mit der Zielsetzung, hierdurch Kunden zu gewinnen, die regelmäßig Medikamente benötigen.

Die Werbemethode hat sich auch als erfolgreich erwiesen. Bereits im ersten Monat der „Rezept-Prämien“-Aktion gab es täglich zehn Rezepte mehr. Ein Grund, der es bei dieser Sondersituation rechtfertigt, von berufsrechtlichen Sanktionen abzusehen, besteht damit jedoch nicht. Die Art der Führung einer Apotheke beruht auf der unternehmerischen Entscheidung des einzelnen Apothekers. Dabei hat er die gesetzlichen Vorgaben, u. a. die Preisbindung, zu beachten. Verstöße können nicht schon dann ohne Sanktion bleiben, wenn sie dem jeweiligen Unternehmenskonzept und der jeweiligen Berufsausübung dienen.

Aus Sicht des Senats versteht es sich auch von selbst, dass diejenigen Kunden, die infolge der Werbeaktion ihre Rezepte in der Apotheke des Kammermitglieds einlösen, als Kunden für die anderen Apotheken in A. und seines Einzugsbereichs fehlen. Es erschließt sich vor diesem Hintergrund nicht, weshalb – zumindest bei einer solchen Sachlage – die Ausgabe von Einkaufsgutscheinen [...] im Wettbewerb der Apotheken untereinander [...] unerheblich sein soll. Hinzu kommt, dass das Kammermitglied [...] seine Werbeaktion nicht auf das Stadtgebiet beschränkt hat, sondern seine Flyer auch im ländlich geprägten Einzugsbereich von A. verteilt. Dass gerade kleinere Apotheken [...] bei einem Rohertrag von 6,05 bzw. 8,10 € pro Medikament (zzgl. 3%, vgl. § 3 Abs. 1 AMPPreisV) einen derartigen Preisnachlass nicht anbieten können, liegt auf der Hand. Der vom Kammermitglied gewährte Rezeptbonus stellt sich danach als arzneimittelrechtlich und berufsrechtlich unzulässiger wirtschaftlicher Vorteil dar, der möglicherweise für den Kunden nicht, jedoch für das Kammermitglied und seine Konkurrenten am örtlichen Apothekenmarkt dagegen sehr wohl bemerkbar ist.

5. [...] [Vorliegend] erscheint eine Warnung nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 HeilBG ausreichend, aber auch erforderlich, um das Kammermitglied zur künftigen Beachtung der berufsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben anzuhalten.

[Zum subjektiven Tatbestand]

Andererseits sprechen erhebliche Milderungsgründe zugunsten des Kammermitglieds. So ist die Rechtslage unübersichtlich und im Ergebnis nicht eindeutig, da die Gewährung von Boni von Gerichten nicht einheitlich bewertet wird. Auch hat das erstinstanzliche Heilberufsgericht einen Rechtsverstoß verneint.

[...] Unter entsprechender Anwendung des im Disziplinarrecht allgemein anerkannten Grundsatzes der Steigerung disziplinarrechtlicher Maßnahmen kommt hier als mildeste berufsgerichtliche Sanktion deshalb eine Warnung nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 HeilBG in Betracht. [...]

Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Maria K. Rütz, LL. M., Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Deutschland

Anmerkung zu Landesberufsg f. Heilberufe Koblenz, Urt. v. 8. 10. 2012 – LBG-H A 10353/12 (Berufsg f. Heilberufe beim VG Mainz)*

I. Einleitung

Die vorliegende Entscheidung bestätigt, dass im Apothekenberufsrecht andere Maßstäbe gelten als im Wettbewerbsrecht. Auch wenn es im Wettbewerbsrecht zulässig sein kann, unter Einhaltung der sog. Spürbarkeitsschwelle Rezeptprämien auszuloben, ist dies nicht zwingend auch berufsrechtlich erlaubt.

Es hilft also dem werbenden Apotheker nicht weiter, wenn die Werbemaßnahme – die Auslobung einer Rezeptprämie – nach dem Wettbewerbsrecht möglicherweise als zulässig angesehen wird. Es bleibt dabei, dass ein Verstoß gegen das AMG resp. die AMPPreisV vorliegt. Ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung wird auch nicht in den entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen in Abrede gestellt; ein wettbewerbsrechtlich zu sanktionierender Verstoß wird lediglich aufgrund der mangelnden Erfüllung der zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG (sog. „Spürbarkeitsschwelle“) verneint. Im Berufsrecht hingegen kann der bloße Verstoß gegen die Vorschriften über die Arzneimittelpreisbindung ausreichend sein, um diesen berufsrechtlich auch sanktionieren zu können bzw. sogar zu müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine zu § 15 Abs. 3 Nr. 5 BO RP vergleichbare Regelung in der jeweiligen Berufsordnung vorhanden ist.

II. Verhältnis zu BGH, Urt. v. 9. 9. 2010 – I ZR 98/08

Für großen Wirbel hatte im Jahr 2010 eine Entscheidung des BGH gesorgt. In Streit stand damals, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Bonuspunktesystem wettbewerbsrechtlich zulässig sein kann.

Damals hatte der Apotheker in seiner Apotheke und durch Hauswurfsendungen Karten zum Sammeln von Bonuspunkten verteilt, die der Kunde unter anderem für die Einlösung eines Rezeptes erhalten sollte. Bei Vorlage einer Karte mit zehn Bonuspunkten sollte der Kunde u. a. 10 € auf den Kaufpreis für ein nicht verschreibungspflichtiges Produkt aus dem Angebot der Apotheke des Klägers angerechnet

Landesberufsg f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 481 
„Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476)

bekommen. Ein anderer Apotheker (Marktteilnehmer) forderte ihn damals auf, diese Werbeaktion zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.

Der BGH hatte hier (rein) wettbewerbsrechtlich entschieden, dass zwar ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung vorliege, es sich bei dem gewährten Vorteil aber lediglich um eine „geringwertige Kleinigkeit“ i. S. des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Fall 2 HWG handele. Insoweit fehle es an der Eignung zur unangemessenen unsachlichen Einflussnahme¹.

Einigkeit bestand auch nach dieser Entscheidung, dass bei dem reinen Verstoß gegen die Preisbindungsvorschriften die zuständigen Behörden gleichwohl entsprechende Untersagungsverfügungen erlassen können². Lediglich der Marktteilnehmer (hier: der andere Apotheker) war gehindert, das Verhalten als wettbewerbswidrig untersagen zu lassen (mangelnde Überschreitung der sog. „Spürbarkeitsschwelle“). Insofern ist es konsequent, wenn vorliegend auch das zuständige Berufsgericht in Koblenz einen berufsrechtlich relevanten Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung annimmt. Es ist für das Medizinrecht als Schnittmengengebiet geradezu exemplarisch, dass die unterschiedlichen berührten Rechtsgebiete bei gleichlautendem Sachverhalt aufgrund des jeweils unterschiedlichen Prüfungsmaßstabes zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen können und ggf. sogar müssen. Allerdings ist zu beachten, dass ein berufsrechtlich relevanter Verstoß hier deshalb zu bejahen war, weil die geltende Berufsordnung eine § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Fall 2 HWG im Wege der Spezialität verdrängende Sondervorschrift (§ 15 Abs. 3 Nr. 5 BO RP) enthielt. Dies ist für jedes Bundesland gesondert festzustellen. Denn zwar enthalten die meisten Berufsordnungen eine vergleichbare Regelung, dies trifft jedoch nicht auf alle Berufsordnungen zu (vgl. z. B. § 19 BO Bad.-Württ.³).

III. Keine „Geringwertigkeitsgrenze“ im Berufsrecht der Apotheker

Insoweit wies auch das Berufsgericht in Koblenz zutreffend darauf hin, dass trotz der Regelung in § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG, wonach die Gewährung „geringwertiger Kleinigkeiten“ zulässig ist, eine Bagatellgrenze im Berufsrecht der Apotheker (in Rheinland-Pfalz) nicht anzuerkennen ist. Dies folgt

vorliegend daraus, dass § 15 Abs. 3 Nr. 5 der Berufsordnung der Apotheker in Rheinland-Pfalz (BO RP) eine Spezialregelung gegenüber § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG darstellt. Danach ist „das Abgehen von den sich aus der AM-PreisV ergebenden einheitlichen Apothekenabgabepreisen, insbesondere das Gewähren von Rabatten und sonstigen Preisnachlässen bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln und sonstigen Rezepturen sowie die Werbung hierfür nicht erlaubt“. Nach Auffassung des Berufsgerichts handle es sich bei der Gewährung der Rezeptprämie um einen „einheitlichen Geschäftsvorgang“, womit die Auslobung einer Rezeptprämie „sonstigen Preisnachlässen“ i. S. des § 15 Abs. 3 Nr. 5 BO RP vergleichbar sei. Hier gelte indes gerade keine Bagatell-/Geringwertigkeitsgrenze.

Vergleichbare Entscheidungen werden die Berufsgerichte wohl in denjenigen Bundesländern treffen, in deren Berufsordnungen eine mit § 15 Abs. 4 Nr. 5 BO RP vergleichbare Spezialvorschrift im Verhältnis zu § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG zu finden ist. Insoweit betonte beispielsweise auch das Berufsgericht für Heilberufe Nürnberg-Fürth⁴, dass für den berufsrechtlichen Verstoß die Frage, ob durch die in Aussicht gestellten Boni die Spürbarkeitsschwelle von § 3 Abs. 1 UWG überschritten wird, nicht von Bedeutung sei. Denn „für den Verkehr mit Arzneimitteln habe der Gesetzgeber sich in Deutschland für eine strikte Arzneimittelpreisbindung für bestimmte Medikamente entschieden, die nicht durch Gewährung von Boni unterlaufen werden dürfe“.

Es entsteht damit das Ergebnis, dass zwar der konkurrierende Apotheker möglicherweise nicht die Unterlassung der Werbemaßnahme fordern kann, gleichwohl der werbende Apotheker sich berufsrechtlichen Sanktionen ausgesetzt sieht.

IV. Verhältnis zu EG-Recht/ausländische Versandapotheke

Nicht nur berufsrechtlich tendiert die Rechtsprechung jedoch dazu, die in Deutschland strikte Arzneimittelpreisbindung zu betonen. Jüngst hatte der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte entschieden, dass EU-Versandhandelsapotheken deutscher Arzneimittelpreisbindung unterliegen⁵. In diesem Fall war das Verhalten der EU-Versandhandelsapotheke auch als wettbewerbsrechtlich unzulässig zu qualifizieren, weil mit einem Bonussystem von 3% des Warenwertes bzw. 2,50 € bis 15,00 € pro Packung die Spürbarkeitsschwelle des § 3 Abs. 1 UWG überschritten war.

Allerdings ist hier zu bemerken, dass ausländische Versandapotheken nicht dem Landesrecht der deutschen Landesapothekerkammern unterfallen. Es kann damit – zumindest wettbewerbsrechtlich – der Vorteil für die ausländischen Versandhandelsapotheken entstehen, dass sie zwar der Arzneimittelpreisbindung unterliegen, die Gewährung von Boni indes mangels Überschreitens der Spürbarkeitsschwelle des § 3 Abs. 1 UWG wettbewerbsrechtlich nicht untersagt werden kann. Denn das Unterliegen der Arzneimittelpreisbindung sagt (noch) nichts über die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit aus (s. oben). In diesem Fall unterliegen die deutschen Apotheker, denen berufsrechtlich – wie im vorliegenden Fall – eine Werbung mit Boni/Rezeptprämien untersagt ist, einem deutlichen Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischen Versandapotheken. Inwieweit dieser status quo beibehalten werden soll oder de lege ferenda eine andere berufsrechtliche Lösung gefunden werden sollte, liegt in der Hand der zuständigen Landesapothekerkammern.

V. Fazit

Es ist zunächst nachvollziehbar, dass für das Wettbewerbsrecht auf der einen Seite und das Berufsrecht der Apotheker auf der anderen Seite unterschiedliche Maßstäbe gelten. Auch ist es noch einleuchtend, dass aufgrund der landesspezifischen Satzungsautonomie der jeweils zuständigen Landesapothekerkammer zum Teil divergierende Berufsordnungen geschaffen wurden. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass es je nach Zuständigkeitsbereich der einzelnen Kammer einen Gleichlauf oder aber keinen Gleichlauf mit dem Wettbewerbsrecht gibt. Dies wiederum hängt davon ab, ob die im HWG vorgesehene Geringwertigkeitsgrenze letztlich durch eine Spezialregelung in der jeweiligen Berufsordnung verdrängt wird oder nicht. Dies mag bundesintern aufgrund des bewussten föderalen

Systems bei der Zuständigkeit der Kammern noch hinzunehmen sein, auch wenn der Markt als solcher keine (Bundes-)Ländergrenzen kennt.

Schwierig wird es allerdings dann, wenn im Verhältnis zu ausländischen Versandapotheken den inländischen Apothekern das jeweilige Berufsrecht werberechtlich betrachtet zum Hemmschuh wird. Die ausländischen Apotheken sind zwar nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senats auch an die Arzneimittelpreisvorschriften gebunden. Wettbewerbsrechtlich kann dieses Verhalten jedoch nur dann

LandesberufsG f. Heilberufe Koblenz: Verletzung von Berufspflichten durch Gewährung von 482 
„Rezeptprämie“ durch Apotheker (MedR 2013, 476)

untersagt werden, wenn auch die Spürbarkeitsschwelle überschritten ist bzw. diese Spürbarkeitsschwelle für den ausländischen Apotheker keine Anwendung findet. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn der ausländische Apotheker – ebenso wie der deutsche Apotheker – qua Berufsrechts engeren Restriktionen als denen des HWG unterliegt. Da die ausländische Apotheke jedoch nicht der Satzungscompetenz der Landesapothekerkammern unterfällt, ist dies ausgeschlossen. Es kann also die problematische Situation eintreten, dass die ausländische Apotheke unter Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung Bonussysteme installiert, diese jedoch wettbewerbsrechtlich nicht von dem konkurrierenden deutschen Apotheker untersagt werden können und dieser überdies aufgrund der eigenen Berufsordnung nicht werbend – mit geringwertigen Kleinigkeiten – auftreten darf. Für dieses Dilemma bietet die Entscheidung keine Lösung.

EvaRütz *

* DOI: 10.1007/s00350-013-3460-y

* DOI: 10.1007/s00350-013-3461-x

¹ A. A. OLG Hamburg, Urt. v. 25. 3. 2001 – 3 U 126/09 –; OLG Köln, Beschl. v. 20. 9. 2005 – 6 W 112/05 –; OLG Stuttgart, Urt. v. 10. 12. 2009 – 2 U 66/09 –; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12. 2. 2009 – 4 U 160/07 –; KG, Urt. v. 11. 4. 2008 – 5 U 189/06 –.

² Vgl. zutreffend *Wesser*, *JurisPR-MedizinR* 11/2010, Anm. 4.

³ *Wesser*, *jurisPR-MedizinR* 1/2013, Anm. 1.

⁴ BerufsG f. Heilberufe Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8. 2. 2012 – BG-Ap 8/1 –.

⁵ Vgl. *GemSOGB*, Urt. v. 22. 8. 2012 – GmS-OGB 1/19 –, m. Anm. *Rütz*, *Dt. AnwSp.* Nr. 20/2012, S. 9.

* Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Maria K. Rütz, LL. M., Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Deutschland