

Magnetschmuck ist keine apothekenübliche Ware

Mit Beschluss vom 25.09.2013 (Az.: 13 A 521/11) hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) für das Land Nordrhein-Westfalen eine Untersagungsverfügung der dortigen Landesapothekerkammer gegen einen Apotheker, der im Rahmen eines Prämienmodells Magnetschmuck verkauft, bestätigt. Das OVG NRW knüpft an eine am 19.09.2013 (Az.: 3 C 15.12) ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG) an.

Auslöser: Ein Apothekenprämiensystem

Ein Apotheker gewährte seinen Kunden beim Kauf von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, Kosmetika und anderer Waren Prämienpunkte, die zum Erwerb von verschiedenen Gegenständen eingesetzt werden konnten. Gegebenenfalls musste der Kunde hier noch einen Restbetrag zuzahlen. Angeboten wurde im Rahmen des Prämiensystems u.a. auch Magnetschmuck. In der Apotheke wurden diese Prämien mit großen Werbetafeln in einem Prämienshop im Mittelpunkt des Apothekenraums angeboten.

Die zuständige Landesapothekerkammer erließ daraufhin gegenüber dem Apothekeninhaber eine Ordnungsverfügung und untersagte ihm bei Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 1.000,- € das Anbieten dieser Waren, insbesondere des Magnetschmucks.

Gesundheitliche Zweckbestimmung und Arzneimittelversorgungsauftrag

Der Apothekeninhaber erhob Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf und wies darauf hin, dass der angebotene Magnetschmuck zu den apothekenüblichen Waren gehöre. Er habe eine gesundheitliche Zweckbestimmung durch den Hersteller bzw. Vertreiber erhalten.

Der Schmuck sei auch dazu bestimmt, die physische und psychische Gesundheit seines Trägers zu fördern. Magnetschmuck werde allgemein eine positive Wirkung auf den Organismus zugeschrieben, was mehrere Studien und Veröffentlichungen bestätigen würden.

Soweit die Landesapothekerkammer eingewandt hatte, der Arzneimittelversorgungsauftrag der Apotheke sei vorrangig und würde durch das Prämiensystem allgemein beeinträchtigt, widersprach der Apotheker. Eine Ausweitung des Apothekensortiments finde gerade nicht statt, da das Prämiensortiment entsprechend gekennzeichnet und der mit den Prämien erzielte Umsatz äußerst gering sei.

Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen

Das VG Düsseldorf hat die Klage des Apothekeninhabers mit Urteil vom 26.01.2011 (Az.: 16 K 2067/10) zurückgewiesen. Das OVG NRW ließ die Berufung mit Beschluss vom 19.07.2011 zu. Mit Beschluss vom 29.09.2013 (Az.: 13 A 523/11) wies der Senat die Berufung schließlich nach § 130 a Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zurück, weil er sie einstimmig für unbegründet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für nicht erforderlich erachte. Das OVG NRW erachtete zudem die Zwangsgeldandrohung in Höhe von 1.000,- € pro Verstoß als nicht unverhältnismäßig. Die Revision gegen die Entscheidung wurde nicht zugelassen.

Keine grundsätzliche Bedeutung

Eine grundsätzliche Bedeutung bestehe nach Ansicht des Berufungssenates nicht mehr, nachdem sich das BVerwG mit Urteil vom 19.09.2013 (Az.: 3 C 15.12) zur Frage, ob es sich beim Magnetschmuck um apothekenübliche Wa-

re handeln würde, geäußert hatte und zudem die Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) geändert worden war. Die Entscheidung des BVerwG war zum Zeitpunkt der Entscheidung des OVG NRW vom 25.09.2013 noch nicht im Volltext abgefasst. Das Gericht stützte sich auf die vorliegende Pressemitteilung.

Bundesverwaltungsgericht: Fehlender Nachweis der gesundheitlichen Eignung

Das OVG NRW führte aus, dass nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ApBetrO der Apothekenleiter neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten sonstige apothekenübliche Waren nur in einem Umfang anbieten oder feilhalten dürfe, der den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke und den Vorrang des Arzneimittelversorgungsauftrages nicht beeinträchtigen würde. Hieraus schlussfolgerte das Gericht, dass das Anbieten und Feilhalten von nicht apothekenüblichen Waren, unzulässig sei. Soweit es Magnetschmuck angehe, hatte das BVerwG mit Urteil vom 19.09.2013 (Az.: 3 C 15.12) ausgeführt, dass es nicht objektiv feststellbar sei, dass Magnetschmuck unmittelbar der Gesundheit diene oder diese fördere; dass diese mit gesundheitsdienender oder fördernder Zweckbestimmung vom Hersteller in den Verkehr gebracht würden, ändere hieran nichts.

Auch kein Verkauf im Rahmen des Prämiensystems

Dass der Kläger ausgeführt hatte, er würde den Magnetschmuck nur im Rahmen des Prämiensystems in Verkehr bringen, ließ das OVG NRW als Begründung nicht genügen, zumal der Apotheker im gerichtlichen Verfahren eingeräumt hatte, dass er den Magnetschmuck auch ohne entsprechende Anrechnung von Bonuspunkten verkauft hatte.

Fazit

Die Entscheidung des OVG NRW setzt konsequent die zum Zeitpunkt ihres Erlasses noch nicht im Volltext abgefasste Entscheidung des BVerwG vom 19.09.2013 (Az.: 3 C 15.12) um, dass Magnetschmuck als nicht apothekenübliche Ware nicht in Apotheken verkauft werden darf. Die gesundheitsdienende oder fördernde Zweckbestimmung des Herstellers ist, so lange sie nicht wissenschaftlich bewiesen ist, irrelevant.

Die Entscheidung ist aber auch im Hinblick auf die zahlreichen Prämiensysteme zur Kundenbindung in Apotheken, die in der Vergangenheit bereits öfters Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen sind, interessant. Seit dem 28.10.2013 ist es nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) unzulässig, Werbegaben für Arzneimittel zu gewähren, für die Preisvorschriften – namentlich die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) – gelten. Damit hat der Gesetzgeber auf die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung reagiert und diese entsprechend umgesetzt. Aber auch bei allen anderen Heilmitteln, die in Apotheken zulässigerweise abgegeben werden können, müssen die Vorgaben des HWG beachtet werden, so dass hier nur Zuwendungen oder Werbegaben von geringem Wert oder geringwertige Kleinigkeiten zulässig sind. Die Entscheidung des OVG NRW schränkt die Werbemöglichkeiten des Apothekers weiter ein, als dass dieser keine nicht apothekenüblichen Waren gegen Zuzahlung oder diese gänzlich ohne entsprechende Berücksichtigung von Prämien abgeben darf.

*Dr. Marc Sieper, Sindelfingen
Fachanwalt für Medizinrecht
sieper@rpmed.de*

www.rpmed.de

Impressum:

Ratajczak & Partner, Rechtsanwälte
Posener Str. 1, 70165 Sindelfingen
AG Stuttgart (PR 240005), Sitz Sindelfingen
USt.-Ident-Nr.: DE145149760

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Detlef Gurgel

E-Mail der Redaktion: redaktion@rpmed.de

Die Mitteilungen dieses Newsletters enthalten allgemeine Informationen zu rechtlichen Themen. Eine rechtliche Beratung im Einzelfall können sie nicht ersetzen. Für die Richtigkeit der Information übernehmen wir keine Haftung.