

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE  
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL  
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION  
EUROOPA LIIDU KOHUS  
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ  
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE  
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH  
SUD EUROPSKE UNIE  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA  
EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS  
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA  
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA  
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE  
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA  
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE  
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE  
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE  
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN  
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
MACIEJ SZPUNAR  
vom 24. Oktober 2024<sup>1</sup>

**Rechtssache C-517/23**

**Apothekerkammer Nordrhein  
gegen  
DocMorris NV**

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs [Deutschland])

„Vorabentscheidungsersuchen – Humanarzneimittel – Richtlinie 2001/83/EG – Anwendungsbereich – Verschreibungspflichtige Arzneimittel – Werbung für das gesamte Arzneimittelsortiment einer Apotheke – Gutscheine oder prozentuale Preisnachlässe für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte – Direkte Rabatte und Zahlungen“

<sup>1</sup> Originalsprache: Englisch.

## I. Einleitung

1. Werden Patienten, die auf ärztlich verschriebene Arzneimittel angewiesen sind und durch einen Rabatt einer ausländischen Online-Apotheke angelockt werden, in erster Linie dazu verleitet, Arzneimittel zu verbrauchen, oder dazu, bei einer bestimmten Apotheke, die den Rabatt anbietet, einzukaufen? Besteht ein echter Bedarf, diese Patienten vor falschem und übermäßigem Verbrauch von Arzneimitteln zu schützen? Sind sie Opfer der Pharmaindustrie und derjenigen, die ihre Produkte verkaufen, oder Opfer ihrer Krankheiten, für die sie ein Heilmittel oder eine Linderung suchen? Verhalten sich Patienten, die z. B. an einer chronischen Krankheit leiden, unsozial, wenn sie beim Erwerb eines Arzneimittels, das ihnen erstattet wird, „Kasse machen“?

2. Diese anschaulich formulierten Fragen führen direkt zum Kern des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens des Bundesgerichtshofs (Deutschland).

3. In der vorliegenden Rechtssache haben wir es erneut mit DocMorris zu tun, einer niederländischen Versandapotheke, die bereits mehrfach Partei eines Ausgangsverfahrens war, das zu einem Vorabentscheidungsersuchen geführt hat. Diesmal geht es um Rabatte. Unterschiedliche Praktiken ausländischer Unternehmen, die Rabatte anbieten, sind den Wirtschaftsteilnehmern, die bereits fest auf dem nationalen Markt etabliert sind, ein Dorn im Auge. Sie machen geltend, dass das Anbieten von Rabatten beim Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne der Richtlinie 2001/83/EG<sup>2</sup> darstelle.

4. Der Bundesgerichtshof sieht sich mit einer widersprüchlichen Rechtsprechung der deutschen Untergerichte konfrontiert und möchte wissen, wie der Begriff „Werbung“ zu definieren ist, insbesondere im Zusammenhang mit einer Reihe von Urteilen, die der Gerichtshof in den letzten zehn Jahren erlassen hat.

5. Ich werde in den vorliegenden Schlussanträgen darlegen, dass Rabattaktionen wie die hier in Rede stehenden keine Werbung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 darstellen, da sie beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durchgeführt werden.

<sup>2</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. 2001, L 311, S. 67) in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 (ABl. 2004, L 136, S. 34) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2001/83).

## II. Rechtlicher Rahmen

### A. Unionsrecht

6. Titel VIII („Werbung“) und Titel VIIIa („Information und Werbung“) der Richtlinie 2001/83 enthalten die Art. 86 bis 88 bzw. 88a bis 100 der genannten Richtlinie.

7. Art. 86 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Im Sinne dieses Titels gelten als ‚Werbung für Arzneimittel‘ alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern; sie umfasst insbesondere:

- die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel,
- die Arzneimittelwerbung bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- den Besuch von Arzneimittelvertretern bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- die Lieferung von Arzneimittelmustern,
- Anreize zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln durch das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen, sofern diese nicht von geringem Wert sind,
- das Sponsern von Verkaufsförderungstagungen, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- das Sponsern wissenschaftlicher Kongresse, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind, insbesondere die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten dieser Personen.

(2) Dieser Titel betrifft nicht

- die Etikettierung und die Packungsbeilage, die den Bestimmungen des Titels V unterliegen,
- den Schriftwechsel und gegebenenfalls alle Unterlagen, die nicht Werbezwecken dienen und die zur Beantwortung einer konkreten Anfrage über ein bestimmtes Arzneimittel erforderlich sind,
- die konkreten Angaben und die Unterlagen, die beispielsweise Änderungen der Verpackung, Warnungen vor unerwünschten Nebenwirkungen im Rahmen der

Arzneimittelüberwachung sowie Verkaufskataloge und Preislisten betreffen, sofern diese keine Angaben über das Arzneimittel enthalten,

- Informationen über die Gesundheit oder Krankheiten des Menschen, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird.“

8. Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 bestimmt:

„Die Arzneimittelwerbung

- muss einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt;
- darf nicht irreführend sein.“

9. Art. 88 Abs. 1 bis 3 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten verbieten die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die

- a) gemäß Titel VI nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen,

...

(2) Für Arzneimittel, die nach ihrer Zusammensetzung und Zweckbestimmung so beschaffen und konzipiert sind, dass sie ohne Tätigwerden eines Arztes für die Diagnose, Verschreibung oder Überwachung der Behandlung, erforderlichenfalls nach Beratung durch den Apotheker, verwendet werden können, kann Öffentlichkeitswerbung erfolgen.

(3) Die Mitgliedstaaten sind berechtigt, in ihrem Gebiet die Öffentlichkeitswerbung für erstattungsfähige Arzneimittel zu untersagen.“

## **B. Deutsches Recht**

10. § 7 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz, im Folgenden: HWG) in der für das Ausgangsverfahren geltenden Fassung bestimmt:

„Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, dass

1. es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um Gegenstände von geringem Wert ... handelt. Zuwendungen oder Werbegaben sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die auf Grund des Arzneimittelgesetzes ... gelten;

2. die Zuwendungen oder Werbegaben in
  - a) einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag [gewährt werden] ...

...

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

### **III. Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

11. DocMorris liefert rezeptfreie und rezeptpflichtige Medikamente über einen Versandhandel an Endkunden nach Deutschland. Die Apothekerkammer Nordrhein ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk Nordrhein in Deutschland.

12. Seit 2012 hat DocMorris verschiedene Rabattaktionen durchgeführt, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barabatts, ein Gutschein über einen bestimmten Geldbetrag oder eine prozentuale Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) von DocMorris angeboten wurde.

13. Die Apothekerkammer Nordrhein sieht diese Werbemaßnahmen als Verstoß gegen die arzneimittelrechtliche Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel an und erwirkte deshalb – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – im Zeitraum von 2013 bis 2015 gegen DocMorris fünf einstweilige Unterlassungsverfügungen gegen diese Praktiken durch das Landgericht Köln (Deutschland), die jeweils ordnungsgemäß vollzogen wurden.

14. Am 8. Mai 2013 (Az. 84 O 90/13), am 26. September 2013 (Az. 84 O 220/13) und am 4. November 2014 (Az. 84 O 208/14) erwirkte die Apothekerkammer Nordrhein jeweils eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln gegen eine Werbung von DocMorris. Diese drei Verfügungen wurden jeweils ordnungsgemäß vollzogen. Die einstweiligen Verfügungen vom 8. Mai 2013 und vom 4. November 2014 hob das Landgericht Köln jeweils mit Urteil vom 22. März 2017 auf.

15. Am 5. November 2013 erwirkte die Apothekerkammer Nordrhein eine am 21. Januar 2014 vollzogene einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln (Az. 84 O 256/13) gegen eine Werbung von DocMorris mit den Angaben

„Jetzt Rezept einsenden! ... Den Weg zum Briefkasten können wir Ihnen leider nicht ersparen. Aber zum Ausgleich für Ihre Fahrtkosten mit Bus und Bahn erhalten Neukunden von uns 10 Euro, die bei Rezepteinsendung sofort vom Rechnungsbetrag abgezogen werden“.

Der Rabatt wurde für die Bestellung verschreibungspflichtiger Medikamente ab 50 Euro Bestellwert ausgelobt. Diese einstweilige Verfügung hob das Landgericht Köln mit Urteil vom 22. März 2017 auf.

16. Am 29. September 2015 erwirkte die Apothekerkammer Nordrhein eine am 26. Mai 2016 vollzogene einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln (Az. 81 O 82/15) gegen eine Werbung von DocMorris mit den Angaben

„5 Euro Gutschein für Ihre nächste Rezeptbestellung“.

Der genannte Betrag sollte direkt vom Rechnungsbetrag abgezogen werden. Diese einstweilige Verfügung hob das Landgericht Köln mit rechtskräftigem Urteil vom 21. März 2017 auf.

17. Das vorliegende Gericht betont, dass der Grund für jede der oben genannten Aufhebungen die Änderung der Umstände im Licht des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache Deutsche Parkinson Vereinigung<sup>3</sup> gewesen sei.

18. Im Rahmen der Vollziehung einiger der einstweiligen Verfügungen wurden auf Antrag der Beklagten Ordnungsgelder gegen DocMorris verhängt.

19. DocMorris verlangt von der Apothekerkammer Nordrhein Schadensersatz, da die einstweiligen Verfügungen von Anfang an ungerechtfertigt gewesen seien.

20. Das Landgericht Köln wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz hat DocMorris im Wesentlichen beantragt, die Apothekerkammer Nordrhein zu verurteilen, zum einen an DocMorris Schadensersatz in Höhe von mindestens 18 476 648,12 Euro nebst Zinsen zu zahlen und zum anderen in Bezug auf etwaige weitere Schäden die Schadensersatzpflicht der Apothekerkammer Nordrhein festzustellen.

21. Die Apothekerkammer Nordrhein verfolgt mit ihrer Revision ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

22. Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 13. Juli 2023, der beim Gerichtshof am 10. August 2023 eingegangen ist, entschieden, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

<sup>3</sup> Urteil vom 19. Oktober 2016 (C-148/15, EU:C:2016:776, im Folgenden: Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung).

1. Unterliegt Werbung für den Bezug verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus dem gesamten Warensortiment einer Apotheke dem Anwendungsbereich der Regelungen zur Werbung für Arzneimittel in der Richtlinie 2001/83 (Titel VIII und VIIIa, Art. 86 bis 100)?
  2. Für den Fall, dass Frage 1 zu bejahen ist: Steht es mit den Bestimmungen des Titels VIII und insbesondere mit Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 in Einklang, wenn eine nationale Vorschrift (hier: § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Teilsatz 1 Buchst. a HWG) dahin ausgelegt wird, dass sie die Werbung für das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Versandapotheke mit Werbegaben in Gestalt von Gutscheinen über einen Geldbetrag oder einen prozentualen Rabatt für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte verbietet?
  3. Weiter für den Fall, dass Frage 1 zu bejahen ist: Steht es mit den Bestimmungen des Titels VIII und insbesondere mit Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 in Einklang, wenn eine nationale Vorschrift (hier: § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Teilsatz 1 Buchst. a HWG) dahin ausgelegt wird, dass sie die Werbung für das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Versandapotheke mit Werbegaben in Gestalt unmittelbar wirkender Preisnachlässe und Zahlungen gestattet?
23. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die estnische und die polnische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Parteien des Ausgangsverfahrens und die Kommission haben an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, die am 27. Juni 2024 stattgefunden hat.

#### **IV. Bewertung**

##### **A. Erste Frage: zum Geltungsbereich der Richtlinie 2001/83**

24. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Rabattaktionen einer Apotheke, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barrabatts, eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag oder einer prozentualen Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) angeboten wird, eine „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 darstellen.
25. Im vorliegenden Fall bot DocMorris seinen Kunden solche Rabatte an.
26. Da es sich hierbei um eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Binnenmarkt handelt, betrifft der vorliegende Fall potenziell die Grundfreiheiten des AEUV,

insbesondere den freien Warenverkehr (Arzneimittel) und den freien Dienstleistungsverkehr (die gewerbliche Tätigkeit des Apothekenbetriebs), und die besonderen Vorschriften, die der Unionsgesetzgeber im Bereich der Werbung für Arzneimittel erlassen hat.

27. Denn wie das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen sorgfältig darlegt, geht es in den Rechtsstreitigkeiten vor den nationalen Gerichten, in deren Rahmen es eine Rechtsfrage zu entscheiden hat, zwar um die Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich des freien Warenverkehrs, nämlich des Urteils Deutsche Parkinson Vereinigung<sup>4</sup>, doch ersucht es um die Auslegung der Richtlinie 2001/83 durch den Gerichtshof, und zwar im Hinblick auf seine Urteile DocMorris<sup>5</sup> und EUROAPTIEKA<sup>6</sup>.

28. Dies erfordert eine kurze Rekapitulation der genannten Rechtsprechung des Gerichtshofs, soweit dies für den vorliegenden Fall erforderlich ist.

29. Es ist nicht das erste Mal, dass sich der Gerichtshof mit der Frage der von (vor allem) Versandapotheken verlangten Preise und gewährten Rabatte befasst, und vor diesem Hintergrund möchte das vorlegende Gericht klären lassen, was nach dem Unionsrecht vorgeschrieben oder erlaubt ist, wenn es um die Gewährung von Rabatten für Arzneimittel durch Apotheker an Kunden geht.

### ***1. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs***

30. Es gibt zwei sich ergänzende Rechtsprechungslinien.

#### ***a) Freizügigkeit nach dem AEU-Vertrag***

31. Im Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu befassen, ob das auf nationales Recht<sup>7</sup> gestützte Verbot eines Rabattsystems, in dessen Rahmen Patienten beim Erwerb von verschreibungspflichtigen, nur in Apotheken erhältlichen Arzneimitteln gegen die Parkinson-Krankheit bei DocMorris verschiedene Boni gewährt werden, gegen die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gemäß den Art. 34 und 36 AEUV verstößt.

32. Der Gerichtshof stellte fest, dass dies der Fall war, weil die fragliche Maßnahme eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung nach Art. 34 AEUV darstellte, die nicht nach Art. 36 AEUV

<sup>4</sup> Vgl. insbesondere Rn. 4, 6, 7, 9, 10, 17 und 64 des Vorabentscheidungsersuchens.

<sup>5</sup> Urteil vom 15. Juli 2021 (C-190/20, EU:C:2021:609, im Folgenden: Urteil DocMorris). Vgl. insbesondere Rn. 53, 54, 62 und 64 des Vorabentscheidungsersuchens.

<sup>6</sup> Urteil vom 22. Dezember 2022 (C-530/20, EU:C:2022:1014, im Folgenden: Urteil EUROAPTIEKA). Vgl. insbesondere Rn. 54 bis 59 des Vorabentscheidungsersuchens.

<sup>7</sup> § 78 des deutschen Arzneimittelgesetzes in seiner damals gültigen Fassung.

gerechtfertigt werden konnte, da sie über das hinausging, was zur Erreichung der angestrebten Ziele geeignet war<sup>8</sup>, und daher nicht verhältnismäßig war<sup>9</sup>. In diesem Zusammenhang betonte der Gerichtshof, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Behauptung, es sei notwendig, eine gleichmäßige Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in ganz Deutschland für wesentliche medizinische Zwecke sicherzustellen, die die Voraussetzungen von Art. 36 AEUV erfüllt, allgemein gültig ist<sup>10</sup>. Entscheidend war nach Ansicht des Gerichtshofs, dass einiges dafür spricht, dass mehr Preiswettbewerb unter den Apotheken die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln dadurch fördern würde, dass Anreize zur Niederlassung in Gegenden gesetzt würden, in denen wegen der geringeren Zahl an Apotheken höhere Preise verlangt werden könnten<sup>11</sup>, dass der Preiswettbewerb durch die Versandapotheken dazu führen könnte, dass die traditionellen Apotheken ermutigt werden, bestimmte Tätigkeiten im Interesse der Allgemeinheit zu verbessern, wie die Herstellung von Rezepturarzneimitteln und die Bereitstellung eines gewissen Vorrats und Sortiments an Arzneimitteln<sup>12</sup>, und dass ein Preiswettbewerb den Patienten Vorteile bringen könnte, da er es gegebenenfalls ermöglichen würde, verschreibungspflichtige Arzneimittel in Deutschland zu günstigeren Preisen anzubieten, als sie derzeit von diesem Mitgliedstaat festgelegt werden<sup>13</sup>.

**b) Werbung gemäß der Richtlinie 2001/83**

33. In seinem Urteil in der Rechtssache A (Werbung und Online-Verkauf von Arzneimitteln)<sup>14</sup>, das die Tätigkeit einer in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Apotheke betraf, die darin bestand, eine an Verbraucher eines anderen Mitgliedstaats gerichtete, groß angelegte multimediale Werbeaktion für ihre Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln durchzuführen, entschied der Gerichtshof im Wesentlichen, dass die Werbung für Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen der Richtlinie 2001/83 über die Werbung für Arzneimittel fällt, sondern in den der Richtlinie 2000/31/EG<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Nämlich der Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung (Rn. 46 und Tenor des Urteils).

<sup>10</sup> Vgl. Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung (Rn. 37).

<sup>11</sup> Vgl. Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung (Rn. 38).

<sup>12</sup> Vgl. Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung (Rn. 40).

<sup>13</sup> Vgl. Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung (Rn. 43).

<sup>14</sup> Urteil vom 1. Oktober 2020 (C-649/18, EU:C:2020:764, Rn. 50 und 59). Vgl. auch Urteil EUROAPTIEKA (Rn. 49).

<sup>15</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (ABl. 2000, L 178, S. 1).

34. Im Urteil DocMorris<sup>16</sup>, in dem es um eine Werbeaktion in Form eines Werbegewinnspiels ging, bei dem die Teilnehmer Gegenstände des täglichen Gebrauchs, die keine Arzneimittel waren, gewinnen konnten, wobei die Teilnahme die Einsendung der Bestellung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels voraussetzte, entschied der Gerichtshof sodann, dass diese Werbeaktion nicht darauf abzielt, den Kunden in der Entscheidung für ein bestimmtes Arzneimittel zu beeinflussen, sondern in der – nachgelagerten – Entscheidung für die Apotheke, bei der er das Arzneimittel kauft, so dass eine solche Werbeaktion nicht in den Anwendungsbereich von Titel VIII der Richtlinie 2001/83 fällt.

35. In seinem Urteil EUROAPTIEKA, in dem es um eine Werbeaktion von Apotheken und Unternehmen ging, die Arzneimittel im Einzelhandel vertreiben, bei der ein Nachlass von 15 % auf den Kaufpreis eines jeden Arzneimittels gewährt wurde, wenn mindestens drei Produkte gekauft wurden, entschied der Gerichtshof schließlich, dass eine solche Praxis unter den Begriff „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 fällt. Der Gerichtshof betonte, dass dies auch dann gilt, wenn sich die fraglichen Informationen nicht auf ein bestimmtes Arzneimittel, sondern auf unbestimmte Arzneimittel beziehen.

### *c) Bilanz*

36. Während die Urteile in den Rechtssachen A (Werbung und Online-Verkauf von Arzneimitteln)<sup>17</sup> und DocMorris in Fällen ergangen sind, in denen das Ausgangsverfahren einen grenzüberschreitenden Bezug aufwies, war dies im Urteil EUROAPTIEKA nicht der Fall. In dieser Rechtssache handelte es sich bei dem Ausgangsverfahren um eine sogenannte „rein interne Situation“.

37. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht betont, lassen sich aus der Rechtsprechung zur Richtlinie 2001/83 zwei wesentliche Punkte für die vorliegende Rechtssache ableiten.

38. Erstens geht aus dem Urteil EUROAPTIEKA hervor, dass der Begriff der Werbung für Arzneimittel nach der Richtlinie 2001/83 nicht auf die Werbung für einzelne Arzneimittel beschränkt ist. Vielmehr umfasst dieser Begriff auch Situationen, bei denen Informationen über unbestimmte Arzneimittel gegeben werden. Die Tatsache, dass sich die Informationen in der vorliegenden Rechtssache u. a. auf alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel aus dem gesamten Sortiment einer Apotheke beziehen, steht der Anwendung dieser Richtlinie als solcher also nicht entgegen.

39. Zweitens folgt aus dem Urteil DocMorris, dass bei der Werbung einer Apotheke mit Informationen zu unbestimmten Arzneimitteln zu prüfen ist, ob die

<sup>16</sup> Rn. 21 ff. Vgl. Urteil EUROAPTIEKA (Rn. 50).

<sup>17</sup> Urteil vom 1. Oktober 2020 (C-649/18, EU:C:2020:764).

Werbung darauf abzielt, den Kauf von Arzneimitteln zu fördern, oder eher auf die spätere Entscheidung in Bezug auf die Wahl der Apotheke, bei der das Arzneimittel gekauft wird. Im letzteren Fall fällt die Werbung nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/83.

40. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung fahre ich nun mit der Analyse gemäß der Richtlinie 2001/83 fort.

## **2. Zu Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83**

### **a) Wörtliche Auslegung**

41. Zunächst ist daran zu erinnern, dass mit der Richtlinie 2001/83 eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Werbung für Arzneimittel erfolgt ist, wobei die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, Bestimmungen zu erlassen, die von der in dieser Richtlinie getroffenen Regelung abweichen, ausdrücklich aufgeführt sind<sup>18</sup>.

42. Nach der Bestimmung von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 gelten als „Werbung für Arzneimittel“ alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern<sup>19</sup>.

43. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, insbesondere aus dem Wort „alle“, ergibt sich, dass der Unionsgesetzgeber von einem sehr weiten Begriff der Werbung für Arzneimittel ausgeht<sup>20</sup>.

44. Aus dem Wortlaut einer Reihe von Bestimmungen in den Titeln VIII und VIIa der Richtlinie 2001/83 geht jedoch auch hervor, dass viel Bestimmungen

<sup>18</sup> Vgl. Urteil vom 8. November 2007, Gintec (C-374/05, EU:C:2007:654, Rn. 39). Fälle, in denen die Mitgliedstaaten solche Bestimmungen erlassen können, finden sich insbesondere in Art. 88 Abs. 3, Art. 89 Abs. 1 Buchst. b, Art. 89 Abs. 2, Art. 91 und Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83. Zum Unterschied zwischen Werbung und Verkaufsförderung vgl. Grzybczyk, K., in Ogiegło, L. (Hrsg.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, 2. Aufl., Warschau, 2015, Art. 52.

<sup>19</sup> Diese Definition ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 und nicht, wie der Gerichtshof im Urteil EUROAPTIEKA (Rn. 47) andeutet, „aus einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83“. Zum Begriff der Werbung vgl. auch Czyżewska, K., Dziurawicz, J., Łoś, K., Łukawska, N., und Piekarczyk, K., in Czyżewska, K., Dziurawicz, J., Łoś, K., Łukawska, N., und Piekarczyk, K., (Hrsg.), *Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52-64 ustawy – Prawo farmaceutyczne*, Warschau, 2020, Art. 52.

<sup>20</sup> Vgl. Urteil vom 5. Mai 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, Rn. 29), und meine Schlussanträge in der Rechtssache EUROAPTIEKA (C-530/20, EU:C:2021:993, Nr. 45). Vgl. auch Streinz, R., und Klaus, B., „C.V. Arzneimittelrecht“, Nr. 130, in Dausers, M. A., und Ludwigs, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Bd. I, EL 53 (2021), C. H. Beck, München, 2024.

über die Werbung naturgemäß eher auf die Hersteller<sup>21</sup>, die Inhaber von Genehmigungen für das Inverkehrbringen, die Großhändler<sup>22</sup>, die medizinischen Handelsvertreter und die Importeure ausgerichtet ist und nicht auf die Apotheken, die die Arzneimittel an die Endverbraucher, d. h. die Patienten, verkaufen. So zielt beispielsweise die Werbung für Arzneimittel bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind (Art. 86 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2001/83), oder der Besuch von Arzneimittelvertretern bei Personen, die zur Verschreibung von Arzneimitteln befugt sind (Art. 86 Abs. 1 dritter Gedankenstrich der Richtlinie 2001/83), offensichtlich nicht auf Apotheken ab, die an Patienten verkaufen, sondern auf Einrichtungen, die in der Vertriebskette weiter oben stehen. Das Gleiche gilt für Art. 89 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/83<sup>23</sup>: Wenn ein Preisnachlass von 15 % auf den Kaufpreis eines *beliebigen* Arzneimittels angeboten wird, sofern mindestens drei Produkte gekauft werden, dann kann, wie der Gerichtshof im Urteil EUROAPTIEKA festgestellt hat, von einer Apotheke, die an einen Patienten verkauft, *per definitionem* nicht erwartet werden, dass sie den *Namen* eines Arzneimittels angibt.

45. Der Gerichtshof stellt in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Definition in Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 zwar ausdrücklich das *Ziel* der Botschaft hervorhebt, aber keine Angaben zu den Personen enthält, die die entsprechende Information verbreiten<sup>24</sup>. Das Ziel der Botschaft stellt das grundlegende Definitionsmerkmal der Werbung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie und das entscheidende Kriterium für die Unterscheidung der Werbung von der einfachen Information dar<sup>25</sup>. Der Gerichtshof hat diese Bestimmung daher *ratione*

<sup>21</sup> Zu den allgemeinen Pflichten der Hersteller und Importeure vgl. Titel IV der Richtlinie 2001/83.

<sup>22</sup> Art. 1 Nr. 17 der Richtlinie 2001/83 definiert den „Großhandelsvertrieb von Arzneimitteln“ als „jede Tätigkeit, die in der Beschaffung, der Lagerung, der Lieferung oder der Ausfuhr von Arzneimitteln besteht, mit Ausnahme der Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit. Diese Tätigkeiten werden mit Herstellern oder deren Kommissionären, Importeuren oder sonstigen Großhändlern oder aber mit Apothekern und Personen abgewickelt, die in dem betreffenden Mitgliedstaat zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit ermächtigt oder befugt sind“.

<sup>23</sup> Nach dieser Bestimmung muss unbeschadet von Art. 88 der Richtlinie 2001/83 *jede* Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel mindestens folgende Angaben enthalten: den Namen des Arzneimittels sowie die gebräuchliche Bezeichnung, wenn das Arzneimittel nur einen Wirkstoff enthält; die für eine sinnvolle Verwendung des Arzneimittels unerlässlichen Informationen; eine ausdrückliche und gut erkennbare Aufforderung je nach Fall, die Hinweise auf der Packungsbeilage oder auf der äußeren Verpackung aufmerksam zu lesen.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil vom 2. April 2009, Damgaard (C-421/07, EU:C:2009:222, Rn. 20 ff.). Vgl. auch meine (ergänzenden) Schlussanträge in der Rechtssache EUROAPTIEKA (C-530/20, EU:C:2022:450, Nr. 30).

<sup>25</sup> Vgl. Urteil vom 5. Mai 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, Rn. 31).

*personae* auf „unabhängig[e] Dritt[e]“<sup>26</sup> sowie auf Apotheken und Unternehmen, die Arzneimittel vertreiben<sup>27</sup>, angewandt.

46. Was insbesondere die Tätigkeit einer Apotheke anbelangt, so fällt diese Botschaft, wenn sie darauf abzielt, den Patienten nicht in der Entscheidung für ein bestimmtes Arzneimittel zu beeinflussen, sondern in der – nachgelagerten – Entscheidung für die Apotheke, bei der er das Arzneimittel kauft, nicht unter den Begriff „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83<sup>28</sup>.

47. Wendet man diese Kriterien auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, dass die von DocMorris mit den Geschäftspraktiken vermittelte Botschaft darauf abzielt, den Patienten zu veranlassen, sich für die Apotheke von DocMorris (und keine andere) zu entscheiden. Indem die Botschaft lautet „Kommen Sie zu uns“ und nicht „Kaufen Sie diese (bestimmten oder unbestimmten) Arzneimittel“, fokussiert sich DocMorris auf den Verkauf *an* den Patienten und nicht auf den Verkauf *von* (bestimmten oder unbestimmten) Arzneimitteln.

48. Diese Feststellung gilt meines Erachtens sowohl für sofortige Rabatte als auch für Rabatte auf künftige Käufe.

49. Was die sofortigen Rabatte betrifft, so ist entscheidend, dass der Patient im vorliegenden Fall bereits weiß, welches Arzneimittel er kaufen will. Dieses Arzneimittel wurde von einer Fachkraft verschrieben, die dazu befugt ist. Die Rabatte werden nur für den Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gewährt. Sobald ein Patient ein Rezept erhalten hat, bleibt ihm nur noch die Wahl der Apotheke, bei der er das Arzneimittel beziehen möchte. Alles andere hat der Arzt bereits festgelegt: ob ein Arzneimittel verschrieben wird, die Menge, die verschrieben wird, sowie die Dosierung und die Intervalle, in denen die Arzneimittel vom Patienten eingenommen werden sollen.

50. In Bezug auf künftige Rabatte wird dem Patienten die gleiche Botschaft wie oben beschrieben übermittelt. Es geht nicht darum, einen Patienten zum Kauf einer bestimmten Anzahl von Arzneimitteln zu bewegen. Die Rabatte gelten für die gesamte Produktpalette nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel und nicht verschreibungspflichtiger Gesundheits- oder Schönheitsprodukte einer Apotheke. Wie weiter unten in diesen Schlussanträgen (zweite und dritte Frage) näher erläutert wird, sind Arzneimittel deshalb nur ein Teil dieser Produktpalette.

51. Außerdem unterscheidet sich der vorliegende Fall in dieser Hinsicht deutlich von dem, der dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache EUROAPTIEKA zugrunde lag. Im letztgenannten Fall, in dem eine Apotheke

<sup>26</sup> Vgl. Urteil vom 2. April 2009, Damgaard (C-421/07, EU:C:2009:222, Rn. 22).

<sup>27</sup> Vgl. Urteil EUROAPTIEKA (Rn. 55).

<sup>28</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil DocMorris (Rn. 21).

einen Preisnachlass von 15 % auf den Kaufpreis eines beliebigen Arzneimittels beim Kauf von mindestens drei Produkten anbot, hat diese Apotheke einen Kunden unmittelbar und eindeutig dazu veranlasst, mehr (von einem) unbestimmte(n) *Arzneimittel* zu kaufen. Der Patient konnte die Werbeaktion nicht in Anspruch nehmen, ohne eine gewisse Anzahl von Arzneimitteln zu kaufen. Es liegt meines Erachtens auf der Hand, dass eine solche Praxis, wie oben zusammengefasst, eindeutig „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 darstellt. Dies hatte ich dem Gerichtshof im Übrigen in meinen beiden Schlussanträgen in dieser Rechtssache vorgeschlagen.

52. Eine Auslegung des Wortlauts von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 führt mich daher zu dem Zwischenergebnis, dass Geschäftspraktiken einer Apotheke wie die im vorliegenden Fall keine Werbung für Arzneimittel im Sinne dieser Bestimmung darstellen.

53. Diese Feststellung wird durch eine systematische und teleologische Auslegung von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 gestützt.

**b) *Systematische und teleologische Auslegung***

54. Ich erlaube mir nun, einen Schritt zurückzutreten und mich auf Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 innerhalb des Systems und der allgemeinen Logik dieser Richtlinie zu konzentrieren.

55. Die Richtlinie 2001/83 ist ein klassisches Beispiel für eine Harmonisierungsmaßnahme<sup>29</sup> im Bereich des Binnenmarkts, wie aus den Erwägungsgründen dieser Richtlinie deutlich hervorgeht.

56. Ausgangspunkt für die politischen Organe der Europäischen Union<sup>30</sup> war die Erwägung , dass das wesentliche Ziel jeder Regelung der Herstellung, des Vertriebs und der Verwendung von Arzneimitteln der Schutz der öffentlichen Gesundheit ist<sup>31</sup>, dass dieses Ziel jedoch mit Mitteln erreicht werden muss, die die Entwicklung der pharmazeutischen Industrie und den Handel mit Arzneimitteln innerhalb der Gemeinschaft nicht hemmen können<sup>32</sup>. Sie erkannten, dass die Unterschiede zwischen einigen einzelstaatlichen Vorschriften, namentlich

<sup>29</sup> Ich habe an anderer Stelle dargelegt, dass die Begriffe „Koordinierung“, „Angleichung“ und „Harmonisierung“ im AEUV austauschbar verwendet werden. Vgl. meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen *Trijber und Harmsen* (C-340/14 und C-341/14, EU:C:2015:505, Nr. 52) sowie in den verbundenen Rechtssachen *X und Visser* (C-360/15 und C-31/16, EU:C:2017:397, Nr. 108). Vgl. zu diesem Thema auch *Ignatowicz, Z.*, in *Olszewski, W. L.* (Hrsg.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warschau, 2016, Art. 52.

<sup>30</sup> Für die Zwecke dieser Schlussanträge verstehe ich unter den politischen Organen der Europäischen Union das Europäische Parlament, den Rat der Europäischen Union und die Kommission.

<sup>31</sup> Vgl. zweiter Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83.

<sup>32</sup> Vgl. dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83.

zwischen den Vorschriften über Arzneimittel<sup>33</sup>, den Handel mit Arzneimitteln innerhalb der Europäischen Union behinderten und sich somit unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirkten<sup>34</sup>. Um diese Hindernisse zu beseitigen, wurde beschlossen, eine Angleichung der einschlägigen Bestimmungen vorzunehmen<sup>35</sup>.

57. Die Rechtsgrundlage für dieses Bestreben ist Art. 114 AEUV, der wohl die wichtigste aller Harmonisierungskompetenzen im AEUV ist. Nach dieser Bestimmung<sup>36</sup> kann der Unionsgesetzgeber zur Verwirklichung der in Art. 26 AEUV genannten Ziele im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens<sup>37</sup> Harmonisierungsmaßnahmen erlassen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“. Der Gerichtshof versteht diese Bestimmung so, dass die Harmonisierungsmaßnahmen *tatsächlich* die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts *verbessern* müssen<sup>38</sup>.

58. Jede Harmonisierungsmaßnahme zielt darauf ab, das einzelstaatliche Schutzniveau für (im vorliegenden Fall) die Gesundheit an das Schutzniveau der Union anzugleichen. Genau das ist der Zweck der Harmonisierung. Der Grund für die Harmonisierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Werbung für Arzneimittel besteht also darin, gleiche Bedingungen für die Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen und ihnen den freien Handel zu ermöglichen, natürlich innerhalb der Grenzen der vom Unionsgesetzgeber erlassenen Vorschriften. In diesem Zusammenhang muss das Schutzniveau auf Unionsebene hoch sein, wie sich aus Art. 114 Abs. 3 AEUV ergibt<sup>39</sup>.

59. Da Arzneimittel, wie die Apothekerkammer Nordrhein wiederholt betont hat, keine Produkte wie jedes andere sind, erfordert die Besonderheit des Marktes

<sup>33</sup> Mit Ausnahme solcher Stoffe und Stoffzusammensetzungen, die Lebensmittel, Futtermittel oder Körperpflegemittel sind.

<sup>34</sup> Vgl. vierter Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83.

<sup>35</sup> Vgl. fünfter Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83. Vgl. auch Urteil vom 8. November 2007, Gintec (C-374/05, EU:C:2007:654, Rn. 19).

<sup>36</sup> Vgl. Art. 114 Abs. 1 AEUV.

<sup>37</sup> Und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses.

<sup>38</sup> Vgl. Urteile vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, EU:C:2000:544, Rn. 83 ff.), vom 12. Dezember 2006, Deutschland/Parlament und Rat (C-380/03, EU:C:2006:772, Rn. 24), vom 8. Juni 2010, Vodafone u. a. (C-58/08, EU:C:2010:321, Rn. 32), und vom 3. September 2015, Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Kommission (C-398/13 P, EU:C:2015:535, Rn. 26).

<sup>39</sup> Gemäß dieser Bestimmung geht die Kommission in ihren Vorschlägen in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

für solche Produkte, dass die öffentliche Gesundheit in allen Phasen berücksichtigt wird. Der oben angeführte zweite Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83, auf den der Gerichtshof ebenfalls Bezug nimmt<sup>40</sup>, bestätigt daher, dass diese Richtlinie in erster Linie auf einen wirksamen Schutz der öffentlichen Gesundheit abzielt.

60. Vor diesem Hintergrund sind die in Titel VIII<sup>41</sup> und VIIIa<sup>42</sup> der Richtlinie 2001/83 enthaltenen Vorschriften zur Werbung zu sehen. Der 43. Erwägungsgrund dieser Richtlinie betrifft speziell den Bereich der Arzneimittelwerbung und besagt im Wesentlichen<sup>43</sup>, dass sich die Unterschiede zwischen den von den Mitgliedstaaten in diesem Bereich ergriffenen Maßnahmen auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken können. Es ist daher die erklärte Absicht dieser Richtlinie, derartige Unterschiede zu beseitigen<sup>44</sup>.

61. In diesem Zusammenhang möchte ich darauf hinweisen, dass ich bereits an anderer Stelle ausgeführt habe, dass eine Werbeaktion einer Apotheke nicht geeignet ist, den unzweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln zu fördern, wenn der Erwerb eines Arzneimittels eine ärztliche Verschreibung unter der Aufsicht der zur Verschreibung der betreffenden Arzneimittel berechtigten Personen voraussetzt<sup>45</sup>.

62. Was die Handelspraktiken im vorliegenden Fall angeht, so sehe ich nicht, wie sie zu einem Missbrauch beim Verbrauch von Arzneimitteln führen könnten<sup>46</sup>. Auch hier ist die Entscheidung über die Verschreibung des Arzneimittels bereits getroffen worden. Diese Verschreibung trägt bereits dazu bei, dass das Arzneimittel für den vorgesehenen Zweck verwendet wird.

63. Eine gegenteilige Behauptung, wie sie von der Apothekerkammer Nordrhein in der mündlichen Verhandlung geäußert wurde, nämlich dass Patienten Ärzte dazu verleiten könnten, ihnen bestimmte Produkte oder größere

<sup>40</sup> Vgl. Urteil EUROAPTIEKA (Rn. 39).

<sup>41</sup> Dieser Titel trägt die Überschrift „Werbung“.

<sup>42</sup> Dieser Titel trägt die Überschrift „Information und Werbung“.

<sup>43</sup> Der 43. Erwägungsgrund lautet: „Ferner haben alle Mitgliedstaaten spezifische Maßnahmen auf dem Gebiet der Arzneimittelwerbung ergriffen. Diese Maßnahmen sind unterschiedlich, und diese Unterschiede wirken sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes aus, da sich eine in einem Mitgliedstaat verbreitete Werbung auch auf die übrigen Mitgliedstaaten auswirken kann.“

<sup>44</sup> Vgl. in diesem Sinne bereits (ergänzenden) Schlussanträge in der Rechtssache EUROAPTIEKA (C-530/20, EU:C:2022:450, Nr. 40).

<sup>45</sup> Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache EUROAPTIEKA (C-530/20, EU:C:2021:993, Nr. 71) und meine (ergänzenden) Schlussanträge in der Rechtssache EUROAPTIEKA (C-530/20, EU:C:2022:450, Nr. 29).

<sup>46</sup> In Art. 1 Nr. 16 der Richtlinie 2001/83 wird der Begriff „Missbrauch eines Arzneimittels“ definiert als die beabsichtigte, ständige oder sporadische übermäßige Verwendung von Arzneimitteln mit körperlichen oder psychologischen Schäden als Folge.

Mengen bestimmter Produkte zu verschreiben, kehrt nicht nur die Standardannahmen um, die allen in Frage stehenden Unions- und nationalen Rechtsvorschriften zugrunde liegen (Ärzte als Experten verschreiben, wobei die Patienten buchstäblich auf der Empfängerseite stehen), sondern versucht auch, ein schlechtes Licht auf andere zu werfen: Angeheizt durch gierige – in der Regel ausländische – Versandapotheken verleiten schwache Patienten skrupellose Ärzte dazu, ihnen eine übermäßige Menge an Arzneimitteln zu verschreiben. In diesem Zusammenhang können wir uns auch auf die früheren Feststellungen des Gerichtshofs stützen, in denen er Folgendes ausgeführt hat<sup>47</sup>: „Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Arzt aufgrund der Bitte eines informierten Patienten dazu veranlasst wird, ein anderes Arzneimittel als das von ihm zunächst bevorzugte zu verschreiben, und dass sich die sachliche Information daher – wenn auch nur geringfügig – absatzsteigernd auswirkt. Eine solche Möglichkeit reicht jedoch nicht aus, um auf Seiten des Arzneimittelherstellers eine Werbeabsicht anzunehmen. Außerdem stellt sie grundsätzlich keine besondere Gefahr für die Gesundheit des Patienten dar, wenn aus ärztlicher Sicht die Verschreibung des einen wie des anderen Mittels in Betracht kommt, und kann nicht die Objektivität beeinträchtigen, die der Arzt nach dem 50. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83 wahren muss, wenn er einem Patienten ein Arzneimittel verschreibt. Ein verschreibender Arzt darf ein Arzneimittel nach den Berufsregeln nicht verschreiben, wenn es für die therapeutische Behandlung seines Patienten nicht geeignet ist.“<sup>48</sup>

64. Schließlich spiegelt die oben dargelegte Argumentation die Grundsätze wider, die in Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) verankert sind, in dem die unternehmerische Freiheit anerkannt wird. Es ist nur natürlich, dass eine Apotheke versucht, ihr Geschäft zu fördern, und nicht etwa, ihre Kunden zum Verbrauch von Arzneimitteln zu animieren. Die Richtlinie 2001/83 regelt im Prinzip nur den letztgenannten Aspekt. Art. 16 der Charta verlangt meines Erachtens, diese Richtlinie wie oben vorgeschlagen auszulegen, damit der erstgenannte Aspekt, nämlich Werbemaßnahmen, um das Geschäft zu fördern, nicht praktisch ausgeschlossen wird.

### **3. Ergebnis**

65. Das vorrangige Ziel der Rabattaktionen ist es, die Patienten dazu zu bewegen, sich für die Apotheke DocMorris und nicht für eine andere Apotheke zu entscheiden. Sie sollen die Patienten nicht dazu verleiten, mehr Arzneimittel zu verbrauchen, als sie es sonst tun würden. Vielmehr versucht eine ausländische Apotheke, auf dem deutschen Markt Fuß zu fassen, indem sie einen stabilen

<sup>47</sup> Da diese Feststellungen im Zusammenhang mit der Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel und auch nicht gegenüber der Öffentlichkeit getroffen wurden, bin ich der Ansicht, dass sie erst recht für den vorliegenden Fall gelten.

<sup>48</sup> Vgl. Urteil vom 5. Mai 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Strom von Bestellungen generiert: Da Patienten, die auf verschreibungspflichtige Arzneimittel angewiesen sind, häufig an chronischen, möglicherweise unheilbaren Krankheiten leiden, sind sie über einen längeren Zeitraum auf solche Arzneimittel angewiesen. Die Apotheken wollen natürlich an diesem lukrativen Markt teilhaben, bei dem ein Rezept oft Teil eines größeren „Abonnements“ ist.

66. Ich schlage daher vor, die erste Frage dahin gehend zu beantworten, dass Rabattaktionen einer Apotheke, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barrabatts, eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag oder einer prozentualen Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) angeboten wird, keine „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 darstellen.

## **B. Weitere Erwägungen**

67. Infolge der von mir vorgeschlagenen Antwort auf die erste Frage erübrigt sich die Prüfung der zweiten und der dritten Frage. Der Vollständigkeit halber werde ich dennoch auf die zweite und die dritte Frage eingehen. Zuvor möchte ich betonen, dass das vorliegende Gericht, wenn die Bestimmungen der Richtlinie 2001/83 nicht anwendbar sind, den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere die darin verankerten Grundfreiheiten, zu beachten hat<sup>49</sup>.

68. Ein Verbot der Werbung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden stellt eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung nach Art. 34 AEUV dar. Entscheidend ist, dass wie im Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung und im Gegensatz zum Urteil DocMorris die hier fragliche Werbung keine Vertriebsvereinbarung darstellt, da das genannte Verbot den Zugang von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig in Verkehr gebrachten Arzneimitteln zum deutschen Markt behindert. Außerdem ist nach dem Urteil Deutsche Parkinson Vereinigung kein Raum für eine Rechtfertigung.

## **C. Zur zweiten und zur dritten Frage**

69. Wie bereits erwähnt, wird die folgende Beurteilung für den Fall vorgenommen, dass der Gerichtshof in Bezug auf die erste Frage zu einem anderen Ergebnis kommen sollte als in den vorliegenden Schlussanträgen vorgeschlagen.

<sup>49</sup> Es sei denn, das nationale Gericht, das über den Sachverhalt entscheidet, stellt fest, dass die fragliche Geschäftspraxis überwiegend online erfolgt und die physische Werbung nur ein untergeordnetes Element darstellt. In einer solchen Situation sollte das nationale Gericht das Urteil vom 1. Oktober 2020, A (Werbung und Online-Verkauf von Arzneimitteln) (C-649/18, EU:C:2020:764), gebührend berücksichtigen und die mögliche Anwendung der Richtlinie 2000/31 prüfen.

70. Mit seiner zweiten und seiner dritten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Bestimmungen des Titels VIII, insbesondere Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83, Rabattaktionen einer Apotheke entgegenstehen, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barrabatts, ein Gutschein über einen bestimmten Geldbetrag oder eine prozentuale Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) angeboten wird.

71. Zu dieser Frage sind die folgenden Bemerkungen angezeigt.

72. Erstens ist, sobald wir uns im Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/83 befinden, Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie anwendbar, wonach die Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel verboten ist.

73. Zum anderen bezieht sich die fragliche *Werbung* ausschließlich auf den Erwerb eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels. Bei diesem Erwerb werden sowohl die sofortigen als auch die zukünftigen Rabatte ausgelöst. Folglich wären beide Arten von Rabatten durch Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83 ausgeschlossen.

74. Drittens stelle ich fest, dass das vorliegende Gericht selbst Zweifel an der Anwendung von Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83 auf den vorliegenden Fall hegt<sup>50</sup>. Meines Erachtens sind solche Zweifel nicht angebracht, sobald die Richtlinie zur Anwendung kommt. Sie belegen vielmehr, dass, wie in der Analyse der ersten Frage ausführlich dargelegt, Fälle wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/83 fallen.

75. Mein Antwortvorschlag auf die zweite und die dritte Frage lautet daher, dass Art. 88 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/83 dahin auszulegen ist, dass er Rabattaktionen einer Apotheke entgegensteht, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barrabatts, eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag oder einer prozentualen Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) angeboten wird.

## V. Ergebnis

76. Im Licht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs (Deutschland) wie folgt zu beantworten:

<sup>50</sup> Vgl. Rn. 66 ff. des Vorabentscheidungsersuchens.

Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel

ist dahin auszulegen, dass

Rabattaktionen einer Apotheke, bei denen den Kunden beim Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein Vorteil in Form eines sofortigen Barabatts, eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag oder einer prozentualen Ermäßigung für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte (nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder nicht verschreibungspflichtige Gesundheits- oder Schönheitsprodukte) angeboten wird, keine „Werbung für Arzneimittel“ im Sinne dieser Vorschrift darstellen.