

1-€-Rabatt auf Apothekenprodukte unzulässig sein kann

Eigener Leitsatz:

Das OVG Lüneburg entschied jüngst, dass bereits bei einem Bonus von 1 € pro eingelöstem verschreibungspflichtigen Arzneimittel auf den nächsten Kauf eines freiverkäuflichen Produktes die Eingriffsschwelle für den Erlass einer Unterlassungsverfügung überschritten sei. Insbesondere müsse bei der Ermessensentscheidung über den Erlass einer Unterlassungsverfügung neben dem Arzneimittelpreisrecht auch das Heilmittelwerberecht sowie das Wettbewerbsrecht Berücksichtigung finden. Bei der Beurteilung, ob bei letzterem Recht die Spürbarkeitsschwelle überschritten sei, ist u. a. zu beachten, dass bei Versandapotheken aufgrund ihres größeren Einzugsgebiets die Spürbarkeitsschwelle niedriger anzusiedeln ist als bei Präsenzapotheken.

Oberverwaltungsgericht Lüneburg

Beschluss vom 31.08.2012

Az.: 13 ME 142/12

Entscheidungsgründe:

I.

Der Antragsteller ist Apotheker und Inhaber einer Präsenzapotheke in B. (C.) unter der Bezeichnung "D. ". Aufgrund einer ihm nach § 11a ApoG erteilten Erlaubnis betreibt er seit dem Jahr 2004 auch den Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel unter der zusätzlichen Geschäftsbezeichnung "E. ". Durch einen den versandten Produkten beigefügten "Flyer" kündigte der Antragsteller

gegenüber seinen Kunden einen Bonus von 1,00 EUR für jedes unter Einreichung eines Rezeptes bestellte verschreibungspflichtige Arzneimittel an, der bei einer späteren Bestellung freiverkäuflicher Produkte eingelöst werden könne. Mit Bescheid vom 26. März 2012 untersagte die Antragsgegnerin dem Antragsteller unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, den Kunden bei der Einlösung eines Rezeptes über verschreibungspflichtige Arzneimittel pro Position auf dem Rezept einen 1,00 EUR-Kundenbonus zu versprechen, den sie beim Kauf von nicht rezeptpflichtigen Artikeln zur Verrechnung mit dem Kaufpreis einlösen können, anzubieten und zu gewähren sowie die ausgegebenen Gutscheine einzulösen und damit bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel einen Preisnachlass auf preisgebundene Arzneimittel zu gewähren. Jede Werbung für diese Marketingaktion sei mit Wirkung vom 6. April 2012 einzustellen. Zugleich drohte die Antragsgegnerin ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,- EUR für jeden weiteren Verstoß an. Auf Antrag des Antragstellers stellte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 15. Juni 2012 die aufschiebende Wirkung der gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Klage des Antragstellers wieder her. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Im Ergebnis zu Unrecht hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Klage wiederhergestellt.

Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs wiederherstellen, wenn die im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Vollziehung des angegriffenen Verwaltungsaktes hinter das Interesse des Adressaten an einem

Aufschub des Vollzugs desselben zurücktritt. Im Rahmen der Interessenabwägung haben die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs einen entscheidenden Stellenwert. Ergibt sich bei der im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Überprüfung, dass der Rechtsbehelf in der Hauptsache offensichtlich keinen Erfolg haben wird, weil sich der angegriffene Verwaltungsakt als offensichtlich rechtmäßig erweist, so überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts. Erweist sich der Rechtsbehelf bei summarischer Überprüfung demgegenüber als offensichtlich erfolgreich, überwiegt regelmäßig das Interesse des Adressaten des Verwaltungsakts, von dessen Vollziehung vorerst verschont zu bleiben. Stellen sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs hingegen bei der allein gebotenen summarischen Überprüfung als offen dar, so ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erforderlich, bei der in Rechnung zu stellen ist, welche Gründe bei bestehender Unsicherheit im Hinblick auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs einerseits für und andererseits gegen eine Aufrechterhaltung der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts sprechen.

Die Interessenabwägung geht im Ergebnis zu Lasten des Antragstellers aus, weil zum einen Überwiegendes dafür spricht, dass sich die angegriffene Untersagungsverfügung im Hauptsacheverfahren als rechtmäßig erweisen wird und zum anderen auch eine von den Erfolgsaussichten der Klage "abgekoppelte" Abwägung ergibt, dass das öffentliche Vollzugsinteresse die geschäftlichen Interessen des Antragstellers überwiegt.

Überwiegendes spricht dafür, dass die Antragsgegnerin das vom Antragsteller praktizierte Bonusmodell bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf der Grundlage des § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG wegen eines Verstoßes gegen die Arzneimittelpreisbindung zu Recht untersagt hat.

In seinen Beschlüssen vom 8. Juli 2011 (13 ME 94/11, 13 ME

95/11, 13 ME 111/11; jew. juris) hat der Senat ausgeführt (vgl. 13 ME 94/11, NVwZ-RR, 2011, 902):

"a) Die Ausgabe und spätere Einlösung von "APO-Talern" verstößt gegen die Arzneimittelpreisbindung. Ein Apotheker verstößt nach der bislang vom Senat im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung (vgl. dazu Beschl. d. Senats v. 22.03.2011 – 13 LA 157/09 -, juris Rdnrn. 7 – 12; BGH, Urteile v. 09.09.2010 – I ZR 193/07, I ZR 37/08, I ZR 98/08, I ZR 125/08, I ZR 26/09 -, juris) schon dann gegen die Arzneimittelpreisbindung, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar zunächst der korrekte Preis angesetzt wird, dem Versicherten bzw. Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen.

aa) Die vom Antragsteller aufgeworfene Frage, ob die Arzneimittelpreisbindung gerade im Verhältnis zwischen Kunde und Apotheke gilt, oder ob dieses Verhältnis allein im Heilmittelwerberecht geregelt ist, spielt keine entscheidende Rolle. Der Senat hat stets hervorgehoben, dass es sich bei dem Apothekenabgabepreis um eine allein nach öffentlichem Recht vom Apotheker zu beachtende Größe handelt, die nach den arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften gerade dessen wirtschaftlicher Disposition entzogen ist; es kommt für einen Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung daher nicht darauf an, in welcher Art und Weise der der Disposition des Apothekers gerade entzogene verbindliche Apothekenabgabepreis geschmälert wird. Der Zweck der für verschreibungspflichtige Arzneimittel geltenden Preisbindung, zur Sicherstellung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln einen Wettbewerb zwischen den Apotheken weitgehend auszuschließen, wird immer schon dann beeinträchtigt, wenn dem Versicherten bzw. Kunden gekoppelt mit der Abgabe eines Arzneimittels von einer Apotheke Vorteile gewährt werden, die den dortigen Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen, als in einer anderen Apotheke

(vgl. dazu Beschl. d. Senats v. 22.03.2011 – 13 LA 157/09 -, juris Rdnr. 12). Vor diesem Hintergrund geht die Auffassung des Antragstellers erkennbar ins Leere, ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung liege nicht vor, weil die Arzneimittelpreisverordnung nicht im Verhältnis zwischen Apotheker und Kunde gelte. Ausreichend für einen Verstoß ist vielmehr bereits eine Nichtbeachtung der Preisbindung durch den Apotheker selbst. Das ist hier jedenfalls der Fall, weil der Antragsteller bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf einen bestimmten Geldbetrag lautende Einkaufsgutscheine ausgibt, die bei einem weiteren Einkauf aus dem sonstigen Apothekensortiment eingelöst werden können. Diese Werbemaßnahme zielt ungeachtet des Umstands, dass der wirtschaftliche Wert des Einkaufsgutscheins erst bei einem "Zweitgeschäft" realisiert werden kann, gerade darauf ab, sich gegenüber anderen Apotheken einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, der durch die Arzneimittelpreisbindung verhindert werden soll.

bb) Ein zum Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG führender Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindungsvorschriften kann auch nicht unter Hinweis darauf negiert werden, dass die Werbemaßnahme die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle i. S. d. § 3 Abs. 1 UWG nicht überschreite und in einer solchen Situation ein Mitbewerber oder eine Wettbewerbszentrale nicht mit Erfolg einen (zivilrechtlichen) Unterlassungsanspruch geltend machen könne. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hängt das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG von der Überschreitung einer Spürbarkeitsschwelle ab, die sich aus den Wertungen des Heilmittelwerbegesetzes zu zulässigen bzw. unzulässigen Werbegaben ergibt. Der Bundesgerichtshof hat dazu ausgeführt (vgl. u. a. Urt. v. 09.09.2010 – ZR 26/09 – juris Rdnr. 22):

"Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG lässt in dem durch §

1 HWG bestimmten Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes und damit insbesondere bei produktbezogener Werbung für Arzneimittel (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG) Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) unter den dort in den Nummern 1 bis 5 im Einzelnen bezeichneten Voraussetzungen zu. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 HWG, der den durch § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 1 HWG für Rabatte eröffneten Bereich einschränkt, sind Zuwendungen oder Werbegaben, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Weise zu berechnenden Geldbetrag bestehen (Barrabatte), unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Eine entsprechende Beschränkung, die der Abstimmung des Heilmittelwerberechts mit dem Arzneimittelpreisrecht dient, ist für die anderen Fälle des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nicht vorgesehen, in denen das grundsätzliche Verbot der Wertreklame im Heilmittelwerberecht nicht gilt. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass Zuwendungen und sonstige Werbegaben, die den in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 HWG für zulässige Wertreklame vorgegebenen Rahmen nicht überschreiten, auch dann heilmittelwerberechtlich zulässig sind, wenn sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Arzneimittelrechtlich liegt dann zumindest in den Fällen, in denen es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um geringwertige Kleinigkeiten im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG handelt (...), lediglich ein Verstoß vor, der nicht geeignet ist, den Wettbewerb bzw. die Interessen von Marktteilnehmern in relevanter Weise zu beeinträchtigen."

Diese spezifisch wettbewerbsrechtlichen Überlegungen schränken indessen den Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Arzneimittelpreisbindung ersichtlich nicht ein; diese enthalten als solche auch weder einen Spürbarkeits- noch einen Bagatellvorbehalt, sondern regeln die Preisspannen auf den Handelsstufen und den Apothekenabgabepreis "centgenau" (vgl. dazu etwa Beschl. d. Senats v. 22.03.2011 – 13 LA 157/09

-, juris Rdnrn. 9 – 11). Auch der Bundesgerichtshof geht ausdrücklich von einem Nebeneinander von Arzneimittelpreisrecht und Heilmittelwerberecht und daher unabhängig von der Frage der Überschreitung der wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle von einem Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung aus, wenn mit dem Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen (vgl. u. a. Urt. v. 09.09.2010 – I ZR 26/09 – juris Rdnr. 16 – 19). Der Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung führt mithin ohne weitere Voraussetzungen dazu, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG, wonach die zuständigen Behörden die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen treffen, als erfüllt anzusehen sind (vgl. zur Anwendbarkeit des § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG auch bei Verstößen gegen die auf § 78 AMG beruhende Arzneimittelpreisverordnung: Beschl. d. Senats v. 22.03.2011 – 13 LA 157/09 -, juris Rdnr. 17).

b) Der Erlass einer Verfügung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG steht ungeachtet der zunächst jedenfalls gegen ein Entschließungsermessen sprechenden Formulierung, dass die zuständigen Behörden "die (...) notwendigen Anordnungen treffen", im Ermessen der Aufsichtsbehörde (vgl. dazu Kloesel/Cyran: Arzneimittelrecht – Kommentar, Loseblatt, Stand: August 2010, § 69 AMG Anm. 5 m. w. N.). Davon sind auch die Antragsgegnerin und das Verwaltungsgericht ausgegangen.

aa) Hinsichtlich der Ermessensentscheidung hält es der Senat indessen entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts, das gleichsam ein intendiertes Ermessen bei einem festgestellten bzw. zu verhütenden künftigen Verstoß gegen die Preisbindungsvorschriften annimmt, jedenfalls nach der im Eilverfahren nur summarisch möglichen Prüfung für denkbar, dass sich im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung bei der Frage der Eingriffsschwelle die gesetzlichen Wertungen

des Wettbewerbs- und Heilmittelwerberechts zumindest widerspiegeln müssen. Zwar haben das Heilmittelwerberecht und das Arzneimittelpreisrecht unterschiedliche Ansätze, nämlich das Heilmittelwerberecht den Schutz der Verbraucher vor unsachlicher Beeinflussung (vgl. etwa BGH, Urt. v. 06.07.2006 – I ZR 145/03 – ("Kunden werben Kunden"), juris Rdnr. 24 m. w. N.) und das Arzneimittelpreisrecht die Sicherstellung der flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln (vgl. etwa BGH, Urt. v. 09.09.2010 – I ZR 193/07 – ("Unser Dankeschön für Sie"), juris Rdnr. 16 m. w. N.; Beschl. d. Senats v. 22.03.2011 – 13 LA 157/09 -, juris Rdnr. 10). Ausgehend von diesen unterschiedlichen Ausgangspunkten gibt es in der Zweckrichtung aber zumindest Überschneidungen; sowohl das Heilmittelwerberecht als auch das Arzneimittelpreisrecht laufen nämlich auf einen Ausschluss des (Preis-)Wettbewerbs unter Apotheken hinaus. Dass die Regelungsbereiche insoweit wenigstens teilweise funktional ineinandergreifen, ist nach dem durch Art. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26. April 2006 (BGBl. I, 984) in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG eingefügten Barrabattverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel besonders deutlich geworden; das heilmittelwerberechtliche Barrabattverbot "flankiert" nämlich mit dem gleichen Schutzzweck das Arzneimittelpreisrecht (vgl. dazu Mand, Rabatte und Zugaben durch Apotheken, NJW 2010, 3681 (3682)). Vor diesem Hintergrund erscheint es – worauf auch der Antragsteller im Kern seiner Argumentation abhebt – als fragwürdig, ob von einer Aufsichtsbehörde gegenüber einem werbenden Apotheker öffentlich-rechtlich etwas durchgesetzt werden kann, was zivil- bzw. wettbewerbsrechtlich ein konkurrierender Marktteilnehmer oder ein Wettbewerbsverband unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mit Erfolg verlangen könnte. Es erschließt sich auch nicht ohne weiteres, dass eine für konkurrierende Apotheken als "nicht spürbar" zu qualifizierende Werbemaßnahme gleichwohl geeignet sein soll, die flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der

Bevölkerung mit Arzneimitteln zu beeinträchtigen. Es ist daher nicht fernliegend, dass sich die gesetzlichen Grenzen des der Aufsichtsbehörde nach § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG eingeräumten Ermessens zumindest auch an den einschlägigen Wertungen außerhalb des Arzneimittel(preis)rechts im engeren Sinne zu orientieren haben. Voraussetzung für eine dadurch bedingte Nichtüberschreitung der Eingriffsschwelle wäre allerdings nach Auffassung des Senats – jedenfalls legt er diese Sichtweise im Eilverfahren zugrunde -, dass im zu entscheidenden Einzelfall durch die in Rede stehenden Werbegaben die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle offenkundig und eindeutig nicht überschritten ist. Nur dann könnte es gerechtfertigt sein, die öffentlich-rechtliche Durchsetzung der Arzneimittelpreisbindung im Ermessenswege zurücktreten zu lassen. Damit wäre zugleich eine unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung anzustrebende Wertungsgleichheit zwischen dem Arzneimittel(preis)recht einerseits und dem Heilmittelwerbe- und Wettbewerbsrecht andererseits (jedenfalls tendenziell) gewährleistet.

(1) Die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle bei einer unternehmensbezogenen (Image-)Werbung bzw. das Vorliegen nur "geringwertiger Kleinigkeiten" im Falle einer produktbezogenen Werbung i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG ist in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 09.09.2010) hinsichtlich des Wertes und der Ausgestaltung verschiedener Kundenbindungssysteme näher ausdifferenziert worden: Während im Falle des "Punktesammelsystems" einer Präsenzapotheke, bei dem ein Punkt pro verschreibungspflichtigem Medikament ausgegeben wurde und bei Erreichen von zehn Punkten eine Gutschrift in Höhe von 10,00 EUR oder eine Erstattung der Praxisgebühr erfolgen sollte, eine geringwertige Kleinigkeit bejaht wurde (I ZR 98/08) wurde im Falle einer Versandapotheke, die für jedes Rezept mit zwei verschriebenen Arzneimitteln einen Einkaufsgutschein über 5,00 EUR ausstellte, eine Überschreitung der Spürbarkeitsschwelle angenommen (I ZR 37/08). Die weiteren entschiedenen Fälle

betreffen die Gewährung von Einkaufsgutscheinen über 5,00 EUR durch eine Versandapotheke (I ZR 193/07, keine geringwertige Kleinigkeit), einen Bonus-Taler ohne aufgedruckten Geldbetrag mit einem geschätzten Wert von 0,50 EUR bei einer Präsenzapotheke (I ZR 26/09, geringwertige Kleinigkeit) sowie ein Punktesammel- und Einlösungssystem (ein Punkt pro Einkauf mit einem Wert von etwa 0,40 EUR) einer Präsenzapotheke (I ZR 125/08, geringwertige Kleinigkeit). Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbleibt mithin jedenfalls ein "ungeklärter Graubereich" bei einem Wert einer Werbegabe von mehr als 1,00 EUR pro Arzneimittel und weniger als 2,50 EUR pro Arzneimittel, wobei diese Wertgrenzen – wie dargestellt – zum Teil gänzlich unterschiedliche Kundenbindungssysteme betreffen. Sie können deshalb nach Ansicht des Senats auch nicht etwa "starr" in der Art und Weise herangezogen werden, dass unabhängig von der Art des Bonusmodells und der Bandbreite des Einsatzes bei einem Wert von unter 1,00 EUR pro Arzneimittel stets von einer fehlenden Spürbarkeit auszugehen wäre.

(2) Der Senat knüpft jedenfalls im Eilverfahren an diese Rechtsprechung zur Spürbarkeitsschwelle bzw. zum Geringwertigkeitsvorbehalt an (zur Kritik an der Rechtsprechung des BGH vgl. etwa Mand, Rabatte und Zugaben durch Apotheken, NJW 2010, 3681 (3684 f.)) und führt sie im Hinblick auf die arzneimittel(preis)rechtliche Eingriffsschwelle nach § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG mit folgenden Überlegungen fort:

(a) Je mehr ein Kundenbindungssystem einem nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG im Zusammenhang mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei produktbezogener Werbung stets unzulässigen Barrabatt gleichkommt bzw. auf einen solchen hinausläuft, desto niedriger ist der zulässige Wert der Werbegabe anzusetzen. Umgekehrt sind "wertvollere" Werbegaben umso eher denkbar, je weiter sich das praktizierte System der Sache nach von einem Barrabatt entfernt, solange sich die Werbegaben nach

§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 3, 4 und 5 HWG als zulässig erweisen. Dies lässt sich mittelbar aus der gesetzlichen Wertung des Barrabattverbots in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG ableiten, wonach Zuwendungen oder (sonstige) Werbegaben, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden, für Arzneimittel stets und ohne "Bagatellschwelle" unzulässig sind, soweit sie entgegen den arzneimittelrechtlichen Preisvorschriften gewährt werden. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch bei auf einen bestimmten Euro-Betrag lautenden Einkaufsgutscheinen kein Verstoß gegen das Barrabattverbot zu erblicken, obwohl der Unterschied zu einer direkten Auszahlung von Bargeld, einem direkten Verzicht auf einen Teil des Apothekenabgabepreises bei privat Krankenversicherten oder einer dem gleichkommenden (teilweisen) Nichteinziehung der Zuzahlung bei gesetzlich Krankenversicherten nach Auffassung des Senats nicht sehr groß ist. Gleichwohl kann im Rahmen des für die Prüfung von Kundenbindungssystemen maßgeblichen § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG, wonach Zuwendungen oder Werbegaben zulässig sind, soweit es sich insbesondere um geringwertige Kleinigkeiten handelt, nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln Barrabatte auch im Bagatellbereich stets unzulässig sind. So ist nach Auffassung des Senats wegen der Nähe zu einem Barrabatt der nicht die Spürbarkeitsschwelle überschreitende Wert bei einer pro Arzneimittel gewährten Werbegabe bei einem auf einen bestimmten aufgedruckten Geldbetrag lautenden Einkaufsgutschein niedriger anzusetzen als bei einem Punktesammelsystem, bei dem der Kunde erst viel später und nicht sogleich bei einem weiteren Geschäft in der Apotheke oder bei einem Kooperationspartner den Gegenwert zurückerhalten kann. M. a. W. handelt es sich bei einer sächlichen Werbegabe (z. B. Taschentücher) eher noch um eine geringwertige Kleinigkeit als bei der Aushändigung eines gleichermaßen werthaltigen, aber "barrabattäquivalenten" Gutscheins.

(b) Eine weitere Überlegung, die nicht mit dem Barrabattverbot in Zusammenhang steht, tritt nach Einschätzung des Senats hinzu: Je eher die Auswirkungen eines Kundenbindungssystems den lokalen Bereich verlassen und je mehr das Geschäftsmodell auf eine landes- bzw. bundesweite Kundengewinnung abzielt, desto niedriger ist die Spürbarkeitsschwelle bzw. die Eingriffsschwelle bei § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG anzusetzen. Wenn Zweck der Arzneimittelpreisbindung gerade der weitgehende Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den Apotheken zum Zwecke der Gewährleistung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung mit Arzneimitteln ist, kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Aktivitäten von landes- oder bundesweit agierenden (großen) Versandapotheken insoweit größere faktische Auswirkungen haben können, als diejenigen (kleiner) Präsenzapotheken. M. a. W. kann die Überschreitung der Eingriffsschwelle auch gerade darin seinen Grund haben, dass eine Vielzahl von Werbegaben von für sich genommen geringerem Wert gleichwohl bei einer Gesamtbetrachtung eines weiten geschäftlichen Einzugsbereichs und eines hohen Warenumsatzes spürbar werden.

(c) Dem Senat ist bewusst, dass die unter (a) und (b) genannten Kriterien geeignet sind, die Eingriffsschwelle bei § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG im Vergleich zu den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen eher niedriger anzusetzen. Dies hält er jedoch auch unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung für hinnehmbar und geboten, weil zum einen das Arzneimittelpreisrecht als solches – wie dargestellt – keine Spürbarkeitsschwelle kennt und sich zum anderen die zivilrechtliche Rechtsprechung zur Spürbarkeitsschwelle ohnehin noch "im Fluss" befindet. Daher ist jedenfalls aus dem hier maßgeblichen arzneimittel(preis)rechtlichen Blickwinkel keine besonders "großzügige" Sichtweise angezeigt. Eine vollständige Deckungsgleichheit zwischen arzneimittel(preis)rechtlicher Eingriffsschwelle und heilmittelwerbe- und wettbewerbsrechtlicher Spürbarkeitsschwelle wäre im Übrigen auch nicht etwa

unionsrechtlich geboten. Zwar enthalten Art. 86 ff. der Richtlinie Nr. 2001/83/EG vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel – GK – Harmonisierungsregeln für die Arzneimittelwerbung. Art. 94 Abs. 1 GK untersagt die Einräumung von Prämien, finanziellen oder materiellen Vorteilen (unter einem Geringwertigkeitsvorbehalt) an Ärzte und Apotheker, trifft aber keine explizite Regelung für die Kundenwerbung der Apotheken. Abgesehen davon bleiben nach Art. 94 Abs. 4 GK die in den Mitgliedstaaten bestehenden Maßnahmen oder Handelspraktiken hinsichtlich der Preise, Gewinnspannen und Rabatte ohnehin unberührt. Gleiches folgt – entsprechend Art. 168 Abs. 7 AEUV – aus Art. 4 Abs. 3 GK, wonach die Richtlinienbestimmungen 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 berühren (vgl. auch Mand, Rabatte und Zugaben durch Apotheken, NJW 2010, 3681 (3684))."

An dieser Auffassung (so auch OVG NRW, Beschl. v. 28.11.2011 – 13 B 1136/11, Juris; vgl. auch OVG Sachsen-Anhalt, Beschl v. 13.7.2011 – 1 M 95/11 -, Juris) hält der Senat auch im vorliegenden Eilverfahren fest.

Bei summarischer Überprüfung anhand der vorstehenden Maßstäbe wird im vorliegenden Fall durch die Gewährung eines Kundenbonus von 1,00 EUR je verschreibungspflichtigem Arzneimittel auf eingesandten Rezepten die arzneimittel(preis)rechtliche Eingriffsschwelle überschritten. Von einer offensichtlichen und eindeutigen Nichtüberschreitung der wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle wegen bloßen Vorliegens einer geringwertigen Kleinigkeit kann nicht ausgegangen werden. Zwar liegt der Betrag von 1,00 EUR pro Arzneimittel bei bloßer Betrachtung des Wertes am unteren Rand

des skizzierten "Graubereichs". Die genannten weiteren Kriterien sprechen indes für ein Einschreiten der Antragsgegnerin. So handelt es sich bei dem Bonus um einen einem Barrabatt nicht unähnlichen Einkaufsgutschein, der auf einen bestimmten Euro-Betrag lautet. Auch der Kundenkreis, den der Antragsteller mit seinem Bonusmodell erreicht, ist – unabhängig von der fehlenden Bewerbung im Internet – angesichts von 500.000 Versandkunden nicht auf einen bestimmten lokalen Bereich beschränkt. Selbst wenn die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeit für eine einzelne mit der Versandapotheke des Antragstellers konkurrierende Präsenzapotheke unabhängig von der örtlichen Reichweite des Bonusangebots sein mag, ist doch eine Vielzahl konkurrierender Marktteilnehmer von diesem Angebot betroffen, so dass eine deutlich erhöhte Gefahr einer Beeinträchtigung der flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln besteht. Die unabhängig von statistischen Momentaufnahmen bestehende Möglichkeit der Abwerbung von Kunden betrifft einen deutlich größeren Kreis von Mitbewerbern, als dies etwa bei einer reinen Präsenzapotheke der Fall wäre. Der Umstand, dass Versandapotheken derzeit bei der Gewinnung von Kunden, die verschreibungspflichtige Arzneimittel bestellen, nicht erfolgreich sind, erhöht die Gefahr, den Wettbewerb durch die Schaffung rechtswidriger Bonussysteme unzulässig zu beeinflussen und senkt die Eingriffsschwelle der Antragsgegnerin.

Sonstige Ermessensfehler bzw. ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die im Hauptsacheverfahren einen Erfolg der gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Klage zur Folge haben könnten, vermag der Senat aus dem Beschwerdevorbringen nicht abzuleiten. Die mit den Preisbindungsvorschriften und deren Umsetzung für den einzelnen Apotheker einhergehenden Beschränkungen erweisen sich ohne weiteres als durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte Berufsausübungsregelungen.

Insbesondere liegt kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Wie aus den dem Senat zur Entscheidung vorgelegten Verfahren hervorgeht, hat die Antragsgegnerin den Antragsteller nicht willkürlich herausgegriffen und mit aufsichtsbehördlichen Maßnahmen überzogen. Vielmehr ist das Bemühen der Antragsgegnerin, ihr bekannt werdende Verstöße gegen die Arzneimittelpreisbindung abzustellen, durchaus erkennbar. Unsicherheiten im Einzelfall, die auf der nicht abschließend geklärten Rechtslage beruhen mögen, begründen jedenfalls keinen Anspruch des Antragstellers auf "Gleichbehandlung im Unrecht". Soweit außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Antragsgegnerin kein konsequentes Vorgehen der dort zuständigen Stellen erkennbar wäre, könnte dies dem vorliegenden Einschreiten nicht entgegengehalten werden. Es bedarf daher in diesem Zusammenhang keiner weiteren Erörterung, ob ein von anderen Apothekerkammern bevorzugtes berufsrechtliches Einschreiten von gleicher Effektivität ist wie ein ordnungsrechtliches Tätigwerden. Soweit der Antragsteller auf das Geschäftsgebaren von Versandapotheken mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der EU verweist, ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes am 22. August 2012 entschieden hat, dass die deutschen Preisvorschriften auch für diese Unternehmen gelten, wenn sie verschreibungspflichtige Medikamente an Endverbraucher in Deutschland abgeben (GemS-OBG 1/10, vgl. Pressemitteilung des BGH v. 22. August 2012). Dies gilt mithin unabhängig vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der vom Deutschen Bundestag am 28. Juni 2012 beschlossenen entsprechenden Klarstellung des § 78 Abs. 1 AMG (vgl. BT-Drs. 17/9341 und 17/10156).

Selbst bei Annahme offener Erfolgsaussichten der Klage überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse die geschäftlichen Interessen des Antragstellers. Dem Antragsteller wird letztlich nicht mehr und nicht weniger abverlangt, als Verstöße gegen die von ihm zwingend zu beachtende Arzneimittelpreisbindung ungeachtet der Frage, wer und

inwieweit diesbezüglich eine "Durchsetzungsmacht" hat, einstweilen bis zur Klärung im Hauptsacheverfahren zu unterlassen. Ein Verstoß des Antragstellers gegen die Arzneimittelpreisbindung ist unzweifelhaft gegeben und allenfalls problematisch, ob bei der zu treffenden Ermessensentscheidung von einem Eingreifen abzusehen war. Die einstweilige Abwehr der Auferlegung eines objektiv rechtmäßigen Verhaltens kann indessen als Interesse des Antragstellers nur ein geringes Gewicht haben. Auf der anderen Seite würde sich bei einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Untersagungsverfügung der Eindruck verfestigen, dass die Arzneimittelpreisbindung letztlich doch in einem gewissen Rahmen zur Disposition des jeweiligen Apothekers steht. Wegen der Breitenwirkung der Maßnahmen einer Versandapotheke mit 500.000 Kunden wiegt dieses Argument umso schwerer. Einschränkungen für die öffentlich-rechtliche Durchsetzbarkeit der zunächst uneingeschränkt Geltung beanspruchenden Arzneimittelpreisbindung könnten sich lediglich dann ergeben, wenn offenkundig und eindeutig kein konkurrierender Marktteilnehmer oder kein Wettbewerbsverband die Unterlassung des von der Aufsichtsbehörde beanstandeten bzw. untersagten Verhaltens verlangen könnte. Dieser Gesichtspunkt ist nicht nur für das behördliche Ermessen relevant, sondern entfaltet auch im Rahmen der im gerichtlichen Eilverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung eigenständige Bedeutung, was sich hier zu Lasten des Antragstellers auswirkt. Es ist in diesem Zusammenhang nicht Aufgabe des vorliegenden Eilverfahrens, den skizzierten wettbewerbsrechtlichen "Graubereich", der die Handlungsmöglichkeiten der Antragsgegnerin beeinflusst, einer endgültigen Klärung zuzuführen. Soweit der Antragsteller und das Verwaltungsgericht auf die rechtswidrigen Wettbewerbsvorteile verweisen, die sich andere Versandapotheken aufgrund der unklaren Rechtslage oder der Untätigkeit der zuständigen Stellen verschaffen, kann der Antragsteller nicht die Duldung seines ebenfalls rechtswidrigen Verhaltens beanspruchen.

Anderenfalls verlöre das Arzneimittelpreisrecht jegliche Bindungswirkung und wäre dem Belieben der Marktteilnehmer ausgesetzt. Ein Recht zur "Selbsthilfe" besteht nicht. Der Antragsteller ist dieser Situation auch nicht wehrlos ausgeliefert, steht ihm doch die Möglichkeit offen, gegen wettbewerbswidrig handelnde Konkurrenten seinerseits im Wege wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsklagen vorzugehen. Nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes und der dadurch hervorgerufenen Klärung der Rechtslage steht auch ein konsequentes Vorgehen der für die Überwachung der Apotheken zuständigen Stellen zu erwarten.

Da die Zwangsgeldandrohung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war, bedarf die Frage der Androhung für jeden Fall der Zuwiderhandlung hier keiner weiteren Erörterung. Lediglich zu Vermeidung weiterer Streitigkeiten wird insoweit auf den Beschluss des Senats vom 28. Oktober 2010 – 13 ME 86/10 – (Juris) verwiesen.