

OVG Niedersachsen: Einkaufsgutscheine zur Kundenbindung

Beschl. v. 8.7.2011 – 13 ME 94/11

Wird bei einem gegen die Arzneimittelpreisbindung verstoßenden Kundenbindungssystem einer Apotheke ("Bonus-Taler") die für zivilrechtliche Unterlassungsbegehren maßgebliche und sich aus dem Heilmittelwerbe- und Wettbewerbsrecht ergebende "Spürbarkeitsschwelle" eindeutig und offenkundig nicht überschritten, darf dies bei einer aufsichtsbehördlichen Ermessensentscheidung nach dem Arzneimittelpreisrecht nicht ausgeblendet werden. Die demnach an der wettbewerbsrechtlichen "Spürbarkeitsschwelle" zumindest zu orientierende aufsichtsbehördliche "Eingriffsschwelle" ist aber überschritten, wenn eine Versandapotheke Einkaufsgutscheine mit einem betragsmäßigen Wert von 1,50 € pro verschreibungspflichtigem Arzneimittel ausgibt.

(VG Osnabrück – 6 B 93/10)

Aus den Gründen:

I. Der Antragsteller ist Inhaber der B. -Apotheke in C. und betreibt außerdem unter der Bezeichnung D. -Apotheke eine Versandapotheke. Er gewährte seinen Kunden im Rahmen seines Versandgeschäfts einen Einkaufsgutschein in Gestalt eines "APOtalers" im Wert von 1,50 EUR für jedes auf einem eingesandten Rezept verschriebene Arzneimittel. Der "APOTaler" konnte bei der nächsten Bestellung von freiverkäuflichen Apothekenartikeln eingelöst werden. Für dieses Angebot warb der Antragsteller in seinem Internetauftritt.

Die Antragsgegnerin untersagte dem Antragsteller nach vorheriger Anhörung und unter Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Bescheid vom 16. Dezember 2010, Kunden bei der Einsendung oder Abgabe eines Rezepts über verschreibungspflichtige Arzneimittel eine Prämie in Form des "APOtalers" anzubieten, zu gewähren und einzulösen. Außerdem gab sie ihm auf, insoweit sämtliche Werbung einzustellen.

Gegen den Bescheid hat der Antragsteller am 27. Dezember 2010 Klage erhoben und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt. Den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 14. März 2011 abgelehnt. Es spreche Überwiegendes für die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Untersagungsverfügung. Die Antragsgegnerin sei ungeachtet ihrer Eigenschaft als Landesvertretung bzw. Selbstverwaltungskörperschaft der niedersächsischen Apotheker und der damit verbundenen berufsrechtlichen Aufgaben als Aufsichtsbehörde zuständig. Ein in den Anwendungsbereich des § 69 Abs. 1 AMG fallender Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung liege vor. Dieser scheitere auch nicht an einer etwaigen Nichtüberschreitung der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. 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) zu berücksichtigenden wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle. Diese Frage sei von

derjenigen eines Verstoßes gegen die öffentlich-rechtlichen Preisbindungsvorschriften streng zu unterscheiden. Angesichts der unterschiedlichen gesetzlichen Zielrichtungen sei für die Annahme, unter dem Gesichtspunkt der "Einheit der Rechtsordnung" könne dem Antragsteller auf öffentlich-rechtlicher Grundlage nicht etwas verboten werden, was wettbewerbsrechtlich zulässig sei, kein Raum. Auch Ermessensfehler lägen nicht vor. Ein aufsichtsbehördliches Einschreiten gegen festgestellte Rechtsverstöße erweise sich in aller Regel nicht als ermessenswidrig. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei nicht gegeben. Die Untersagung stehe in Übereinstimmung mit dem Gesetzeszweck, eine flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen und insoweit einen Preiswettbewerb unter den Apotheken generell auszuschließen. Die Behörde müsse nicht etwa eine spürbare Beeinträchtigung im Sinne des Wettbewerbsrechts oder gar eine konkrete Existenzgefährdung anderer Apotheken darlegen und nachweisen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers vom 1. April 2011. Zur Begründung stellt er in mehrfacher Hinsicht die Richtigkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Frage. So sei etwa fälschlicherweise von einer Geltung der Arzneimittelpreisverordnung im Verhältnis zwischen Kunde und Apotheke ausgegangen worden. Ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung liege bereits deshalb nicht vor, weil der vorgegebene Preis einschließlich der Zuzahlung erhoben werde und es sich bei den gewährten wirtschaftlichen Vorteilen um bloße Werbekosten handele. Der "APOTaler" sei zudem nicht geeignet, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Er erreiche mit einem wirtschaftlichen Wert von 1,50 EUR und bei einer Realisierbarkeit dieses Wertes erst bei einem Zweitgeschäft nicht die Spürbarkeitsschwelle. Dies könne bei dem Zweck der Arzneimittelpreisverordnung, den Wettbewerb unter den Apotheken zu regeln, nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn ein Verbraucher durch eine Werbemaßnahme nicht beeinflusst werde und sein Entscheidungsverhalten nicht ändere, werde auch der Wettbewerb zwischen den Apotheken nicht beeinträchtigt und die flächendeckende Arzneimittelversorgung nicht gefährdet. Die Untersagungsverfügung sei darüber hinaus ermessensfehlerhaft. Ein abstrakter Verstoß reiche für die Untersagung, die in die Berufsfreiheit eingreife, nicht aus. Eine Gefährdung der flächendeckenden Versorgung mit Arzneimitteln sei bei einer nicht spürbaren Auswirkung einer Werbemaßnahme auf den Wettbewerb nicht gegeben. Die Gewährung geringwertiger Kleinigkeiten sei bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel zudem gang und gäbe, ohne dass die Antragsgegnerin dagegen einschreite. Sie dürfe nicht einzelne Apotheken herausgreifen, während vergleichbares Verhalten bei anderen Apothekern sanktionslos bleibe.

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat es zu Recht abgelehnt, die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 16. Dezember 2010 wiederherzustellen. Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung sich der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO zu beschränken hat, rechtfertigt keine andere Entscheidung.

In materieller Hinsicht kann das Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO 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 Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin die geschäftlichen Interessen des Antragstellers überwiegt.

1.

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.

a) Die Ausgabe und spätere Einlösung von "APOTalern" 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 Werteklame 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 Werteklame 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 Präsenzapothek, 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)).

(3) Nach diesen Maßstäben wird bei der Gewährung von "APOTalern" im Wert von 1,50 EUR pro 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 liegen 1,50 EUR pro Arzneimittel bei bloßer Betrachtung des Wertes im skizzierten betragsmäßigen "Graubereich", die unter (2) genannten weiteren Kriterien können dies aber nicht eindeutig zu Gunsten des Antragstellers unter die Eingriffsschwelle korrigieren, sondern sprechen vielmehr sogar sämtlich für das Gegenteil: Zum einen handelt es sich um einen einem Barrabatt nicht unähnlichen Einkaufsgutschein, der auf einen bestimmten Euro-Betrag lautet, zum anderen war der Kundenkreis, den die Versandapotheke des Antragstellers mit dem im Internet beworbenen Bonusmodell erreichen wollte, nicht auf einen bestimmten lokalen Bereich beschränkt.

bb) 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.

(1) Die Argumentation des Antragstellers zu den Folgerungen aus der Nichtüberschreitung der wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle gehen letztlich ins Leere, weil nach Auffassung des Senats diese Schwelle - hier in Gestalt der für das Arzneimittel(preis)recht maßgeblichen Eingriffsschwelle - gerade überschritten wird.

(2) Einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vermag der Senat schon im Ansatz nicht zu erkennen. Vielmehr erweisen sich die mit den Preisbindungsvorschriften und deren Umsetzung für den einzelnen Apotheker einhergehenden Beschränkungen ohne weiteres als durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte Berufsausübungsregelungen.

(3) Darüber hinaus liegt auch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Der Senat kann bereits nicht nachvollziehen, dass - wie der Antragsteller vorträgt - Verstöße gegen die Arzneimittelpreisbindung "gang und gäbe" seien, ohne dass die Antragsgegnerin dagegen einschreiten würde. Wie mehrere mittlerweile vorliegende erstinstanzliche Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Osnabrück, Braunschweig und Lüneburg zu Kundenbindungssystemen anderer Apotheken zeigen, ist der Antragsteller keineswegs willkürlich herausgegriffen und mit aufsichtsbehördlichen Maßnahmen überzogen worden. Im Übrigen stellt die Antragsgegnerin nachvollziehbar dar, dass sich manche Apotheker durch die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Spürbarkeitsschwelle erst ermuntert gefühlt haben, Bonusmodelle anzubieten. Dass die Antragsgegnerin nicht von allen Einzelfällen sofort Kenntnis hat und dagegen vorgeht, erscheint ohne weiteres einleuchtend.

2.

Auch eine von den Erfolgsaussichten der Klage "abgekoppelte" Abwägung ergibt, dass das Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin die geschäftlichen Interessen des Antragstellers überwiegt. 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 nämlich 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 Apothekers steht. Wegen der Breitenwirkung gerade bei entsprechenden internetbasierten Werbemaßnahmen einer nicht auf einen bestimmten Kundeneinzugsbereich beschränkten Versandapotheke wiegt dieses Argument umso schwerer. Schließlich ist ein Rechtsbehelf gegen eine öffentlich-rechtliche Untersagungsverfügung zur Durchsetzung der Arzneimittelpreisbindung nicht der geeignete Anlass, den gegenwärtig nach der höchstrichterlichen zivilrechtlichen Rechtsprechung bestehenden "rechtlichen Graubereich" in der - einen Anhaltspunkt darstellenden - betragsmäßigen Wertspanne zwischen mehr als 1,00 EUR pro Arzneimittel und weniger als 2,50 EUR pro Arzneimittel näher "auszuloten". Einschränkungen für die öffentlich-rechtliche Durchsetzbarkeit der zunächst uneingeschränkt Geltung beanspruchenden Arzneimittelpreisbindung könnten sich umgekehrt - gleichsam als Rückkopplung - erst 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 eine 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.

