

**NIEDERSÄCHSISCHES  
OBERVERWALTUNGSGERICHT**



Az.: 13 ME 122/17  
6 B 19/17

**BESCHLUSS**

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn Dirk Düvel  
Eibuterstraße 88, 21436 Marschacht

Antragstellers und  
Beschwerdeführers,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Graf von Westphalen und andere  
Kaiser-Joseph-Straße 284, 79098 Freiburg im Breisgau

g e g e n

die Apothekerkammer Niedersachsen, vertreten durch die Präsidentin,  
An der Markuskirche 4, 30163 Hannover,

Antragsgegnerin und  
Beschwerdegegnerin,

Streitgegenstand: arzneimittelrechtliche Untersagungsverfügung  
- vorläufiger Rechtsschutz -  
- Beschwerde -

hat das Niedersächsische Obergericht - 13. Senat - am 2. August 2017  
beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss  
des Verwaltungsgerichts Lüneburg - 6. Kammer - vom  
11. April 2017 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Antragsteller auferlegt.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500 EUR festgesetzt.

## Gründe

### I.

Der Antragsteller wendet sich gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer ihm gegenüber ergangenen arzneimittelrechtlichen Untersagungsverfügung.

Er ist seit dem 1. Juli 1996 Inhaber der **„Wir leben Apotheke“** in Marschacht und betreibt drei Filialapotheken, u.a. seit dem 1. Januar 2015 die **„Lewen Apotheke“** in Winsen. Der Antragsteller bot seinen Kunden seit einigen Jahren, mindestens seit dem 12. August 2013, einen sogenannten "BonusBon" im Wert von 0,50 EUR für jeden Besuch der Apotheken als Kundenbindungssystem an. Auf der Internetseite der Kooperation der **„Wir leben Apotheke im Norden“**, der auch die Apotheken des Antragstellers angehören, warb dieser u.a. damit, dass für den Besuch des Kunden ein Bon und pro Bareinkauf ab einem Einkaufswert von 10 EUR ein Bon, von 40 EUR zwei Bons, von 80 EUR drei Bons etc. gewährt werden. Nicht anrechenbar ist der Bon auf den Kauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel, Bücher und Warengruppen, die der Preisbindung unterliegen. Bei Verwendung des Bons im Rahmen des Einkaufs in den ausgebenden Apotheken hat dieser stets einen Wert von 0,50 EUR. Auf der Internetseite des Kooperationsverbunds der **„Wir leben Apotheken“** wird gegenwärtig als Dankeschön für die Treue der Kunden mit einem sogenannten „WegeBon“ mit einem Wert von 0,50 EUR geworben, mit dem ein Teil der Fahrtkosten der Kunden erstattet werden soll und der bei dem nächsten Einkauf in einer **„Wir leben Apotheke“** eingelöst werden kann.

Mit Bescheid vom 1. März 2017 untersagte die Antragsgegnerin dem Antragsteller nach vorheriger Anhörung, Kunden bei der Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtige Arzneimittel in der **„Lewen Apotheke“** in **Winsen/Lüneburg** „BonusBons“ im Wert von 0,50 EUR anzubieten oder zu gewähren und bei dem Erwerb rezeptfreier Produkte mit dem Kaufpreis zu verrechnen und damit bei der Abgabe verschreibungspflichtiger, preisgebundener Arzneimittel einen Preisnachlass zu gewähren. Sie ordne-

te zudem an, sämtliche Werbung und die Gewährung der Zuwendung sowie gleichermaßen die Gutschrift des Bonusbetrages bzw. Verrechnung bei dem nächsten Verkaufsvorgang mit Wirkung vom 17. März 2017 einzustellen. Die sofortige Vollziehung der Verfügung wurde angeordnet. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin an, dass der Antragsteller einen „BonusBon“ im Wert von 0,50 EUR u.a. bei dem Kauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln abgegeben habe. Im September 2016 sei dies der Antragsgegnerin aus einem Testkauf bekannt geworden. Sie stütze ihre Verfügung auf § 69 Abs.1 Satz 1 Arzneimittelgesetz (AMG).

Gegen diesen Bescheid hat der Antragsteller am 22. März 2017 beim Verwaltungsgericht Lüneburg Klage erhoben (6 A 83/17). Bereits am 13. März 2017 hat er die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt. Den Antrag hat er im Wesentlichen damit begründet, dass ausschließlich der Besuch der Apotheke mit einem „BonusBon“ im Wert von 0,50 EUR belohnt werde. Dies erfolge unabhängig davon, ob bzw. welche Produkte erworben würden und sei eine unterschiedslose Vergabe von „BonusBons“, welche die Treue der Kunden belohne. Auch habe die Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 dazu geführt, dass die Vorschriften über die Preisbindung nunmehr verfassungswidrig seien, da sie die deutschen Apotheker in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 GG verletzen. Insbesondere sei kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum Art. 3 Abs. 1 GG nicht als ein Verbot, den eigenen Bürger gegenüber Bürgern anderer Staaten zu diskriminieren, auszulegen sei. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin ermessensfehlerhaft gehandelt, da sie die fehlende wettbewerbsrechtliche Spürbarkeit nicht berücksichtigt habe. Auch sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig.

Der Antragsteller hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin vom 1. März 2017 wiederherzustellen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Antragsgegner umgehe mit seinem praktizierten Kundenbindungsmodell die Preisbindungsvorschriften. Der somit gegebene Verstoß gegen § 78 AMG rechtfertige bereits bei dem hier vorliegenden geringfügigen Wert des „BonusBons“ von 0,50 EUR eine Untersagungsverfügung, um einen Preiskampf zwischen den Apotheken zu verhindern und eine flächendeckende Arzneimittelversorgung zu gewährleisten. Ein Geringfügigkeitsvorbehalt bestehe nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr. Es wirke sich auch nicht aus, dass nach der Rechtsprechung des EuGH ausländische Marktteilnehmer Rezeptkunden mit wirtschaftlichen Vorteilen werben dürften.

Mit Beschluss vom 11. April 2017 hat das Verwaltungsgericht den Antrag abgelehnt. Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der der Antragsteller seinen erstinstanzlich gestellten Antrag weiter verfolgt.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Zu Recht hat das Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 1. März 2017 abgelehnt. Die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, auf deren Prüfung sich der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO zu beschränken hat, rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

1. Allerdings bedarf der Tenor des angefochtenen Bescheides vom 1. März 2017 der Auslegung. Dem Wortlaut nach trifft das Verbot nur den Fall der Gewährung eines „BonusBons“ pro Rezept. Ein derartiges Vorgehen wird vom Antragsteller glaubhaft bestritten und von den tatsächlichen Feststellungen der Antragsgegnerin auch nicht getragen. Allerdings erfolgt die Ausgabe des „BonusBons“ oder „WegeBons“ auch nach dem Vorbringen des Antragstellers auch bei ausschließlicher Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtiger Medikamente. Die weiteren umsatzabhängigen Bons wurden ebenfalls auch beim ausschließlichen Kauf verschreibungspflichtige Medikamente ausgegeben. Bei sachgerechter Betrachtungsweise unter Beachtung des Empfängerhorizonts und Berücksichtigung der Begründung des angefochtenen Bescheides zielt die Untersagungsverfügung auf diese Fälle. Die Antragsgegnerin wollte mit der gewählten Formulierung zum Ausdruck bringen, dass dem Antragsteller die

Ausgabe eines der genannten Wertbons bei der ausschließlichen Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtige und damit preisgebundene Medikamente untersagt wird. Dies ist im Tenor des Bescheides noch hinreichend zum Ausdruck gekommen. Die Einlösung dieser ausgegebenen Bons und die darauf bezogene Werbung sind dem Antragsteller nach dem weiteren Inhalt des Verfügungstenors vom 17. März 2017 an ebenfalls verboten.

2. Zu Unrecht beanstandet der Antragsteller mit seiner Beschwerde zunächst die verfassungsrechtliche Beurteilung der anzuwendenden arzneimittelrechtlichen Normen durch das Verwaltungsgericht. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Arzneimittelpreisregulierung mit Art. 12 Abs. 1 GG und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar (vgl. BVerfG, Beschl. v. 2.2.2017 - 2 BvR 787/16 -, juris Rn. 28 ff.; Beschl. v. 19.9.2002 - 1 BvR 1385/01 -, juris Rn. 23 jew. m. w. N.). § 78 Abs. 1 und 2 AMG und die auf Art. 78 Abs. 1 AMG beruhende Arzneimittelpreisverordnung stellen einen gesetzlichen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Apotheker dar, indem sie einen einheitlichen Apothekenabgabepreis vorsehen. Berufsausübungsregelungen dürfen vom Gesetzgeber getroffen werden, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich sind und die durch sie bewirkte Beschränkung den Betroffenen zumutbar ist. Dem Gesetzgeber steht bei der Festlegung der zu verfolgenden berufs-, arbeits- oder sozialpolitischen Ziele eine ebenso weite Gestaltungsfreiheit zu wie bei der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.12.1990 - 1 BvR 1418/90, 1 BvR 1442/90 -, juris Rn. 12 m. w. N.).

Die Arzneimittelpreisbindung ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Durch den einheitlichen Apothekenabgabepreis soll im Hinblick auf die Beratungs- und Schlüsselfunktion der Apotheken ein Preiswettbewerb auf der Handelsstufe der Apotheken ausgeschlossen oder jedenfalls vermindert werden. Dadurch soll im öffentlichen Interesse die gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sichergestellt werden. Zudem soll die Regelung dazu dienen, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung abzusichern (vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschl. v. 22.8.2012 - GmS-OGB 1/10 -, juris, Rn. 25).

Allerdings hat der EuGH in seinem Urteil vom 19. Oktober 2016 (C-148/15 „Deutsche Parkinson Vereinigung“, zit. nach juris) entschieden, dass sich die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Abgabepreise auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirkt als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken und dass dadurch der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werden könne als für inländische Erzeugnisse. Eine solche Regelung stelle eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV dar (EuGH, Ur. v. 19.10.2016, a.a.O., Rn. 26 f.). Außerdem hat er angenommen, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festsetzt, nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden könne, da es nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen (EuGH, Ur. v. 19.10.2016, a.a.O., Rn. 46). Er hat in diesem Zusammenhang gefordert, ein nationales Gericht müsse, wenn es eine nationale Regelung darauf prüfe, ob sie zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist, mit Hilfe statistischer Daten, auf einzelne Punkte beschränkter Daten oder anderer Mittel objektiv prüfen, ob die von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger einschränken (EuGH, Ur. v. 19.10.2016, a.a.O., Rn. 35 f.).

Dies berührt jedoch die Wirksamkeit und auch Anwendbarkeit der Regelungen über die Arzneimittelpreisbindung auf den innerdeutschen Verkauf von Arzneimitteln nicht. An der Beurteilung der Geeignetheit dieser Berufsausübungsregelungen, insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG, hat sich nichts Grundlegendes geändert (vgl. BVerfG, Beschl. v. 2.2.2017, a. a. O., Rn. 28 ff.). Insoweit besteht auch keine Zuständigkeit des EuGH. Bei der Beurteilung der Geeignetheit ist zu berücksichtigen, dass nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dem der Antragsteller in der Beschwerdebegründung nicht mit eigenen Zahlen entgegengetreten ist, der Umsatzanteil ausländischer Versandapotheken an rezeptpflichtigen Arzneimitteln unverändert lediglich etwa 0,6% ausmacht (GA, Bl. 288). Aus diesem geringfügigen Anteil kann nicht auf eine Ausbehebung der bei rein nationalen Sachverhalten weiterhin anzuwendenden Regelung der Arzneimittelpreisbindung durch ausländische Konkurrenten und in der Folge auf eine wirtschaftlich spürbare Beeinträchtigung der in Deutschland ansässigen Apotheken

geschlossen werden. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, die vom EuGH vermissten Feststellungen zur Geeignetheit der deutschen Regelung der arzneimittelrechtlichen Preisbindung für eine flächendeckende und gleichmäßige Arzneimittelversorgung nachzuholen (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2016 - I ZR 163/15 -, juris Rn. 48) und auf diesem Wege zu einer Anwendbarkeit der Arzneimittelpreisbindung auch für den grenzüberschreitenden Versand von Medikamenten aus dem EU-Ausland zu gelangen. Insoweit müssen die Rechtfertigungsgründe, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen kann, von geeigneten Beweisen oder einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von diesem Mitgliedstaat erlassenen beschränkenden Maßnahme sowie von genauen Angaben zur Stützung seines Vorbringens begleitet sein. Diese Beweislast darf allerdings nicht so weit gehen, dass die nationalen Behörden, wenn sie eine nationale Regelung, mit der eine Maßnahme vorgegeben wird, positiv belegen müssten, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2016, a. a. O., Rn. 44 unter Berufung auf EuGH, Urt. v. 23.12.2015 - C -333/14 „Scotch Whisky Association“, juris Rn 54 f.). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Europäische Union nach Art. 168 Abs. 7 Satz 1 AEUV bei ihrer Tätigkeit die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie die Organisation des Gesundheitswesens zu wahren hat und diese Aufgabenverteilung von allen Organen der Union zu beachten ist, die Mitgliedstaaten zu bestimmen haben, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit gewährleisten wollen und wie dies erreicht werden soll, und den Mitgliedstaaten ein Wertungsspielraum zukommt. Diese Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ist von der Union nicht nur formal, sondern auch im Geist einer loyalen Zusammenarbeit zu beachten (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2016, a. a. O., Rn. 48).

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch eine sog. „Inländerdiskriminierung“ kann in der derzeitig beschränkten Anwendbarkeit der Arzneimittelpreisbindung auf rein inlandsbezogene Vorgänge nicht gesehen werden. Allerdings liegt eine Ungleichbehandlung zwischen Apothekern mit Sitz in Deutschland und Apothekern mit Sitz im EU-Ausland vor, sofern diese Kunden in Deutschland beliefern. Während erstere der Arzneimittelpreisbindung unterliegen, gilt dies für letztere aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 nicht. Diese Ungleichbehandlung beruht jedoch auf einem sachlichen Grund. Ein gewichtiger sachlicher Grund liegt in der Tatsache begründet, dass der nationale Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit beim grenzüberschreitenden Verkauf von Arzneimitteln durch europäisches Primärrecht (Warenverkehrsfreiheit) in dessen Auslegung durch den EuGH gebunden ist, während dies beim

Verkauf innerhalb Deutschlands nicht der Fall ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.2.2010 - 1 BvR 2514/09 -, juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 - 8 C 9.10 -, juris Rn. 44). Zudem hat der EuGH in seinem Urteil vom 19. Oktober 2016 festgestellt, dass sich die Arzneimittelpreisbindung auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken stärker auswirke als auf im deutschem Hoheitsgebiet ansässige Apotheken, da sie in starkem Maße auf den Versandhandel für einen unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt angewiesen seien (EuGH, Urt. v. 19.10.2016, a.a.O., Rn. 25 f.). Auch dies rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung von in Deutschland bzw. in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässigen Apotheken. Vor dem Hintergrund des geringen Umsatzanteils ausländischer Versandapotheken an rezeptpflichtigen Arzneimitteln von lediglich 0,6% kommt derzeit der Bekämpfung eines innerhalb Deutschlands geführten Preiskampfes auch bei Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eindeutig der Vorrang vor der Verhinderung eines Wettbewerbs mit ausländischen Versandapotheken zu.

3. Entgegen der Auffassung des Antragstellers verstößt das von ihm praktizierte Bonussystem gegen die Arzneimittelpreisbindung nach § 78 Abs. 1 und 2 AMG. Denn es kommt 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, im Interesse einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung einen Wettbewerb zwischen den Apotheken weitgehend auszuschließen, wird immer schon dann beeinträchtigt, wenn dem Versicherten bzw. Kunden gekoppelt mit der Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels von einer Apotheke Vorteile gewährt werden, die den dortigen Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen als in einer anderen Apotheke (vgl. Senatsbeschl. v. 22.3.2011 - 13 LA 157/09, juris Rn. 12). Insbesondere ein über einen bestimmten Geldbetrag lautender Gutschein stellt einen Vorteil im vorstehend genannten Sinn dar. Abweichendes kann allenfalls dann gelten, wenn der Einlösung des Gutscheins wesentliche Hindernisse entgegenstehen oder die Vorteile nicht allein für den Erwerb des preisgebundenen Arzneimittels, sondern auch aus anderem Anlass gewährt werden, etwa weil der Kunde beim Erwerb Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen muss (BGH, Urt. v. 9.9.2010 - I ZR 26/09 -, juris Rn. 16 f.). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor.

In der ursprünglichen Version seiner Werbung lobte der Kläger einen "BonusBon" im Wert von 0,50 EUR für jeden Besuch seiner Apotheke aus. Diesen Bon konnte der



Kunde sodann beim Einkauf von nicht rezeptpflichtigen Medikamenten und anderen Produkten in der Apotheke einlösen. Die Ausgabe des „BonusBons“ war an keine weiteren Voraussetzungen, wie etwa besondere Erschwernisse beim Aufsuchen der Apotheke, geknüpft. Unabhängig von der Frage, ob der „BonusBon“ auch ohne Einkauf ausgegeben wurde, erfolgte seine Ausgabe, nicht seine Einlösung, - ebenso die der weiteren am Umsatz orientierten Bons - jedenfalls auch in Fällen, in denen ausschließlich ein Rezept über verschreibungspflichtige Medikamente eingelöst wurde. Zu Recht ist das Verwaltungsgericht der Argumentation des Antragstellers, der „BonusBons“ sei nur zur Belohnung der Treue der Kunden und zum Zwecke der Kundenbindung ausgegeben worden, nicht gefolgt. Nicht jede Form der Kundenbindung ist rechtlich erlaubt. Nur im gesetzlich vorgegebenen Rahmen können unternehmerische Entscheidungen mit dem Ziel der Kundenbindung getroffen werden. Durch die Ausgabe der „BonusBons“ und die Ausgabe weiterer umsatzabhängiger Bons auch bei einer ausschließlichen Einlösung eines Rezeptes über verschreibungspflichtige Medikamente hat der Kläger den durch die Regelungen über die Arzneimittelpreisbindung gesetzten Rahmen überschritten. Er hat versucht, auf diesem Wege den Kunden einen gesetzlich verbotenen Preisvorteil auch bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zu gewähren und sich auf diese Weise einen Wettbewerbsvorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern mit Sitz in Deutschland zu verschaffen. Dies gilt um so mehr, als sich der Antragsteller durch seine nach eigenen Angaben bereits mehrere Jahre ausgeübte Praxis der Bonusvergabe in Widerspruch zu seiner Argumentation setzt, die „BonusBons“ oder „WegeBons“ seien als Reaktion auf den durch das Urteil des EuGH vom 19. Oktober 2016 eröffneten Wettbewerb mit ausländischen Versandapotheken erforderlich.

Ebenso verhält es sich mit dem neuen sogenannten „WegeBon“, der nach dem derzeitigen Internetauftritt der in dem Kooperationsverbund stehenden [REDACTED] [REDACTED], der auch der Antragsteller angehört, angeboten wird. Dabei handelt es sich nur um eine unwesentliche Änderung des bisher praktizierten Kundenbindungsmodells. Auch der „WegeBon“ begründet ebenfalls einen in Geld messbaren Vorteil in Höhe von 0,50 EUR, der im hier allein untersagten Einzelfall auch mit der ausschließlichen Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtige Arzneimittel im direkten Zusammenhang steht und zumindest auch auf diese Rezeptkunden abzielt. Die Bezeichnung „WegeBon“ enthält zwar die verbale Anmutung, es solle eine Entschädigung für Erschwernisse geleistet werden. Dieses „Erschwernis“ besteht indes lediglich im Aufsu-

chen der Apotheke und rechtfertigt damit nicht die Einräumung eines geldwerten Vorteils entgegen den Bestimmungen der Arzneimittelpreisbindung.

4. Auch mit seiner Argumentation zum Erfordernis der Spürbarkeit bzw. zur Bagatellgrenze dringt der Antragsteller nicht durch. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2. Alt. des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) in der bis zum 12. August 2013 geltenden Fassung war es unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, dass es sich um geringwertige Kleinigkeiten handelt. Die dazu ergangene Rechtsprechung des BGH zur „Spürbarkeitsschwelle“ im Heilmittelwerberecht (vgl. Ur. v. 9.9.2010, a. a. O., Rn. 24 f.) hat der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung trotz unterschiedlicher Zielrichtungen der Arzneimittelpreisrechts und des Heilmittelwerberechts im Rahmen der Überprüfung des Entschließungsermessens der Aufsichtsbehörde nach § 69 Abs. 1 Satz 1 AMG durch Annahme einer ermessensbegrenzenden „Eingriffsschwelle“ in differenzierender Weise auf das Arzneimittelpreisrecht übertragen (vgl. grundlegend: Senatsbeschl. v. 8.7.2011 - 13 ME 94/11 -, juris Rn. 16 ff.). Dieser Entscheidungspraxis hat der Gesetzgeber durch Gesetz vom 7. August 2013 (BGBl. I, S. 3108) mit Wirkung vom 13. August 2013 die Grundlage entzogen (so auch OVG NRW, Beschl. v. 9.10.2014 - 13 B 722/14 -, juris Rn. 46). Ausdrücklich unter Bezugnahme auf diese bisherige Rechtsprechung (vgl. BT-Drs. 17/13770, S. 20 f.) wurde § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG um die Regelung ergänzt: „Zuwendungen oder Werbeabgaben sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die auf Grund des Arzneimittelgesetzes gelten“. Damit ist für eine an der wettbewerbsrechtlichen „Spürbarkeitsschwelle“ orientierte „Eingriffsschwelle“ kein Raum mehr. Diese Verschärfung ist entgegen der Auffassung des Antragstellers durch die Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 nicht gegenstandslos geworden. An der Verfassungsmäßigkeit auch dieser Regelung bestehen aus den bereits aufgeführten Gesichtspunkten keine durchgreifenden Bedenken.

5. Auch die vom Antragsteller gerügten weiteren Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist angesichts des geringen Anteils ausländischer Versandapotheken am Umsatz verschreibungspflichtiger Medikamente derzeit noch nicht von einem ruinösen Wettbewerb durch diese Apotheken auszugehen. Die Antragsgegnerin stellt aus diesem Grunde bei ihrer Entscheidung weiterhin zu Recht die Verhinderung eines derartigen Wettbewerbs zwischen Apotheken mit Sitz im Inland in den Vordergrund. Es ist

nicht zulässig, dass die inländischen Apotheken in der Furcht vor einem in der Folge der Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 möglicherweise künftig drohenden Verdrängungswettbewerb durch ausländische Versandapotheken nun ihrerseits Kundenbindungssysteme unter Missachtung der geltenden Preisbindungs- und Wettbewerbsregelungen schaffen und damit einen ruinösen Preiskampf erst hervorrufen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Antragsteller Mitglied eines Vertriebsverbundes mehrerer Apotheken ist, der die Ausgabe eines „WegeBons“ in seinem Internetauftritt bereits auslobt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, durch geeignete Maßnahmen die gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln weiterhin sicherzustellen. Dabei kommt ihm bei der Wahl der geeigneten Mittel ein weiter Einschätzungs- und Handlungsspielraum zu.

Soweit der Antragsteller bei der Ausübung des Ermessens durch die Antragsgegnerin weiter bemängelt, diese gehe nicht gegen andere Apotheker vor, die zur Kundenbindung Sammelquittungen erstellten, die diesen die Geltendmachung außergewöhnlicher Belastungen ohne Einschaltung eines Steuerberaters erleichterten, ist zu berücksichtigen, dass eine Untersagungsverfügung von dem Adressaten nicht allein mit dem Argument abgewehrt werden kann, die Behörde schreite gegen Rechtsverstöße in vergleichbaren anderen Fällen nicht ein; denn Art. 3 Abs. 1 GG gewährt keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.4.1995 - 4 B 55.95 -, juris Rn. 4 m. w. N. zur baurechtlichen Beseitigungsverfügung).

Dieser Grundsatz entbindet die Antragsgegnerin indes nicht von der Verpflichtung, ihre Tätigkeit maßgeblich auch am Gleichheitssatz auszurichten. Ermächtigt das Gesetz dazu, ein bestimmtes Verhalten zu untersagen, so lässt sich aus Art. 3 Abs. 1 GG die Forderung ableiten, das eingeräumte Ermessen in gleichgelagerten Fällen gleichmäßig auszuüben. Ergreift oder unterlässt die Behörde Maßnahmen zur Bekämpfung rechtswidriger Zustände, so hat sie in allen vergleichbaren Fällen in der gleichen Art und Weise zu verfahren. Das bedeutet bei einer Vielzahl von Verstößen jedoch nicht, dass sie gleichzeitig tätig werden muss. Entschließt sie sich zu einem Einschreiten, so ist es ihr unbenommen, die Verhältnisse nach und nach zu bereinigen. Ihr ist es indes verwehrt, systemlos oder willkürlich vorzugehen. Beschränkt sie sich darauf, einen Einzelfall herauszugreifen, so handelt sie dem Gleichbehandlungsgebot zuwider, es sei denn, dass sie hierfür sachliche Gründe anzuführen vermag (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.4.1995, a. a. O., Rn. 5, m. w. N.).

Im vorliegenden Fall sind keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein willkürliches oder systemloses Vorgehen der Antragsgegnerin erkennbar. Es ist zwar nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass es sich auch bei der Ausstellung von Sammelquittungen für verschreibungspflichtige Medikamente zur Erlangung finanzieller Vorteile gegenüber Dritten um eine Werbegabe im Sinne einer Leistung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG handelt, die jedenfalls nach Wegfall der Bagatellgrenze im Einzelfall auch ein Einschreiten der Antragsgegnerin erfordern kann. Erforderlich ist aber eine Bewertung des konkreten Falles. Sofern die Antragsgegnerin bislang in Einzelfällen (rechts)irrtümlich nicht gegen ihr bekannte Werbegaben eingeschritten ist, begründet dies jedoch noch keinen Abwehranspruch des Antragstellers.

6. Es besteht auch das für die Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderliche besondere Vollzugsinteresse. Die Antragsgegnerin verweist insoweit zu Recht auf die negative Vorbildwirkung des Antragstellers. So sind dessen Apotheken Teil eines aus 11 Apotheken bestehenden Vertriebsverbundes. Auch sollen bereits zwei weitere Apotheken ein vergleichbares Bonussystem aufgebaut haben. Dies spiegelt die Dringlichkeit eines Einschreitens zur Verhinderung eines Preiskampfs zwischen den in Deutschland ansässigen Apotheken bei verschreibungspflichtigen Medikamenten wider, der letztlich zu einer Gefährdung der flächendeckenden und gleichmäßigen Arzneimittelversorgung führen kann. Es ist dabei unerheblich, ob die derzeit ausgelobten Boni schon zu einer nachhaltigen Verzerrung des Wettbewerbs führen, da sie die Gefahr der Nachahmung und Überbietung durch andere Wettbewerber und damit einer letztlich nicht mehr zu kontrollierenden negativen Preisspirale bereits in sich tragen. Der vom Antragsteller dem gegenüber angeführte ruinöse Preiswettkampf mit ausländischen Versandapotheken findet hingegen in den Umsatzzahlen bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln gegenwärtig noch keinen Niederschlag.

Soweit der Antragsteller behauptet, die Antragsgegnerin habe bereits seit Jahren Kenntnis von der Praxis des Antragstellers gehabt und sei aus diesem Grunde nicht berechtigt, die sofortige Vollziehung anzuordnen, hat er diese Behauptung nicht glaubhaft gemacht. Die schlichte Behauptung, eine Tatsache bei Bedarf glaubhaft machen zu können, tritt dabei nicht an die Stelle der Glaubhaftmachung. Zudem tritt die Antragsgegnerin der Behauptung langjähriger Duldung in ihrem Schriftsatz vom 7. Juni 2017 (dort S.7) mit substantiierten Tatsachenvortrag über den Verfahrensgang entgegen, ohne dass der Antragsteller auf diese Darstellung eingegangen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO; die Festsetzung des Streitwertes auf den §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG und Nr. 25.2, 1.5 Satz 1, 1. Alt. des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NordÖR 2014, 11).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Weichbrodt

Dr. Schütz

Rädke

Beglaubigt  
Lüneburg, 04.08.2017  
  
Conradt  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

