

## Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

Direktor des Deutschen Instituts für  
Gesundheitsrecht (DIGR)  
Binger Straße 64  
14197 Berlin  
Telefon: (030) 83 22 50 55  
Telefax: (030) 89 73 18 60  
E-Mail: sodan@digr.de  
Homepage: www.digr.de

Freie Universität Berlin  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht  
Van't-Hoff-Str. 8  
14195 Berlin  
Telefon: (030) 838-53972, -53973  
E-Mail: helge.sodan@fu-berlin.de

Berlin, am 16. Mai 2017

## Schriftliche Stellungnahme

### **zur Frage der Verfassungsmäßigkeit und Unionsrechtskonformität eines Versandhandelsverbotes für Arzneimittel durch Änderung des § 43 AMG**

#### **A. Anlass der Prüfung: Einführung eines Versandhandelsverbotes**

Durch Urteil vom 19. Oktober 2016 entschied der Europäische Gerichtshof, dass die deutschen Preisbindungsregeln mit einheitlichen Apothekenabgabepreisen für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs auf im EU-Ausland ansässige Apotheken keine Anwendung finden.<sup>1</sup> Der Bundesrat reagierte auf diese Entscheidung, indem er sich am 25. November 2016 für ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aussprach.<sup>2</sup> Das Bundesministerium für Gesundheit legte im Februar 2017 einen überarbeiteten Referentenentwurf eines Gesetzes zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), EuZW 2016, 958 ff.

<sup>2</sup> BR-Drucks. 601/16 (Beschluss).

Arzneimitteln vor.<sup>3</sup> Zu einer diesbezüglichen Beschlussfassung durch die Bundesregierung ist es bislang nicht gekommen. Mit ihrem Antrag „Gute und wohnortnahe Arzneimittelversorgung“ fordert die Fraktion DIE LINKE. die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfs auf, „der durch Änderung von § 43 AMG den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln verbietet“.<sup>4</sup> Demgegenüber fordert die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in ihrem Antrag „Arzneimittelversorgung an Bedürfnissen der Patientinnen und Patienten orientieren – Heute und in Zukunft“ die Bundesregierung auf, „ein Verbot des Versandhandels rezeptpflichtiger Arzneimittel nicht weiter zu verfolgen“.<sup>5</sup> Da sowohl die Verfassungsmäßigkeit als auch die Unionsrechtskonformität eines solchen Verbots streitig sind, wird nachfolgend untersucht, ob ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auf innerstaatlicher Ebene mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen (I.) und auf supranationaler Ebene mit den Vorgaben des Unionsrechts (II.) zu vereinbaren wäre.

## I. Verfassungsrechtliche Anforderungen

Zunächst gilt es zu klären, ob ein Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel verfassungsgemäß wäre. Hierbei sind entgegenstehende Interessen zu berücksichtigen.

**1.** Unmittelbar durch ein Versandhandelsverbot betroffen würden die Versandapotheken. Sie wären bei Normierung eines solchen Verbotes auf den Vertrieb *nicht* verschreibungspflichtiger Arzneimittel beschränkt. Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung sind demnach die Grundrechte der Versandapotheken. Im Falle inländischer Anbieter kommt zunächst die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit in Betracht. Dagegen ist bei grenzüberschreitenden Anbietern bereits fraglich, ob sich diese auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, dessen Wortlaut den Schutz der Berufsfreiheit auf Deutsche begrenzt.<sup>6</sup> Insoweit kann allerdings zumindest auf das sogenannte Auffanggrundrecht der aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Handlungsfreiheit zurückgegriffen werden.<sup>7</sup> Nach einem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2015 „erscheint es

---

<sup>3</sup>[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot\\_RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot_RefE.pdf), zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/10561, S. 3.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 18/11607, S. 2.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Loseblatt), Art. 12 Rn. 101 ff. (Stand der Kommentierung: Juni 2006).

<sup>7</sup> Siehe näher H. Sodan, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2015, Vorb. Art. 1 Rn. 36 ff., Art. 12 Rn. 19.

denkbar, das bei inländischen juristischen Personen über Art 12 Abs. 1 GG gewährleistete Schutzniveau bei ausländischen juristischen Personen über das subsidiär anwendbare allgemeine Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG sicherzustellen“.<sup>8</sup>

Die Berufsfreiheit schützt die Wahl und die Ausübung von auf Erwerb gerichteten und auf Dauer angelegten Tätigkeiten, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen.<sup>9</sup> Demnach unterfällt der gewerbliche Betrieb einer Versandapotheke dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.

**2.** Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes ist zu unterscheiden, auf welcher Stufe in die Berufsfreiheit der Versandapotheken eingegriffen wird. Gegen ein eigenständiges Berufsbild des Versandapothekers spricht, dass sich die Voraussetzungen für den Betrieb einer Versandapotheke nicht von denen für Präsenzapothen unterscheiden. Ferner erfordert § 11a ApoG, dass die Versandapotheke den Versand von einer Präsenzapotheke aus organisiert. Der Versandapotheker benötigt für den Betrieb zumindest eine (aktive) Präsenzapotheke. Ein Versandhandelsverbot würde im Hinblick auf diese Rechtslage lediglich die Vertriebsmodalitäten beeinflussen. Der „Versandapotheker“ stellt damit keinen neuen Berufstypus, sondern bloß eine besondere Vertriebsform im Apothekengewerbe dar. Demzufolge ist ein Versandhandelsverbot als Berufsausübungsregelung zu qualifizieren.

**3.** Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der sich daraus ergebenden Grundrechtseingriffe setzt insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Regelungen der Berufsausübung verhältnismäßig, „wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist“.<sup>10</sup>

**a)** Der eingangs genannte Referentenentwurf bezweckt, „durch ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln die bestehende flächendeckende, wohnortnahe und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln, insbe-

<sup>8</sup> BVerfG (Kammerbeschl.), NJW 2016, 1436 (1437).

<sup>9</sup> *H. Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 12 Rn. 8 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 68, 272 (282); fast wortgleich BVerfGE 61, 291 (312); 106, 181 (192). Vgl. ferner etwa BVerfGE 7, 377 (405 f.); 73, 301 (317); 85, 360 (375 ff.); 102, 197 (220); 109, 64 (85); 117, 163 (182); 121, 317 (346); 122, 190 (206). Siehe dazu näher *H. Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 233 ff.

sondere auch im akuten Krankheitsfall, weiterhin zu gewährleisten. Gleichzeitig soll erreicht werden, dass die Steuerungsfunktion der sozialversicherungsrechtlichen Zuzahlungsregelungen und des Festbetragssystems nicht durch den mit Boni verbundenen Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus anderen Staaten unterlaufen und damit das etablierte auf dem Solidargedanken basierende System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) gefährdet wird. In einem auf dem Sachleistungsprinzip beruhenden sozialaristisch finanzierten System der Gesundheitsversorgung sind Boni in Form von Bargeld oder Gutscheinen an Patientinnen und Patienten nicht sachgerecht.<sup>11</sup> Diese Zwecke sind hinreichende Gründe des Gemeinwohls; die gewünschten Erfolge ließen sich mit einem Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel fördern, so dass dieses Mittel geeignet im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wäre.

**b)** Darauf hinaus müsste das Versandhandelsverbot erforderlich sein. Als gleich geeignetes, aber milderes Mittel wird etwa der Verzicht auf die Preisbindung von Arzneimitteln vorgeschlagen. Stattdessen soll es eine „Deckelung“ des Abgabepreises geben, von dem die Apotheken nach unten abweichen können.<sup>12</sup> Dieser Vorschlag vermag nicht zu überzeugen. Die Preisbindung von (zumindest verschreibungspflichtigen) Arzneimitteln dient zum einen dazu, einen Preiswettbewerb zu vermeiden.<sup>13</sup> Zum anderen sichert die Regelung die Existenz einer flächendeckenden Arzneimittelversorgung auch in strukturschwachen Regionen.<sup>14</sup> Die Aufhebung der Preisbindung würde allerdings den Konkurrenzkampf sowohl der Präsenzapotheke untereinander als auch mit den Versandapotheken verstärken. Dies kann jedenfalls nicht im Sinne einer stabilen sowie flächendeckenden Versorgung der Versicherten sein und ist daher abzulehnen. Ein gegenüber dem Versandhandelsverbot gleich effektives Mittel ist hier nicht zu erkennen.

**c)** Ein Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre im Ergebnis auch eine angemessene Maßnahme. Der Eingriff zulasten der Versandapotheker ließe sich aufgrund der bestehenden Gefahren für das deutsche Gesundheitssystem und insbe-

---

<sup>11</sup>[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot\\_RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot_RefE.pdf), S. 2, zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

<sup>12</sup> Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Arzneimittelversorgung an Bedürfnissen der Patientinnen und Patienten orientieren – Heute und in Zukunft“, BT-Drucks. 18/11607, S. 4; Stellungnahme des AOK-Bundesverbandes unter [http://aok-bv.de/presse/medienservice/politik/index\\_18223.html](http://aok-bv.de/presse/medienservice/politik/index_18223.html), zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

<sup>13</sup> So auch *K. Wodarz*, Wiedereinführung des Rx-Versandhandelsverbotes – verfassungsrechtlich zulässig?, *PharmR* 2017, 131 (132).

<sup>14</sup> Siehe zum Zweck der Arzneimittelpreisbindung auch *H.-P. Hofmann*, in: Kügel/Müller/Hofmann (Hrsg.), *Arzneimittelgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2016, § 78 Rn. 11 ff.

sondere die flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung verfassungsrechtlich rechtfertigen.

Auf Seiten der Präsenzapotheeken ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer und damit den *Versuch* schützt, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen.<sup>15</sup> Konkurrenzschutz darf also kein Selbstzweck sein.<sup>16</sup> Vielmehr müssen im Falle des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln Gefahren für die flächendeckende Versorgung durch die Präsenzapotheeken und damit für die Gesundheit der Bevölkerung hinreichend wahrscheinlich sein. Diese Gesundheit stellt ein „Gemeinschaftsgut von hohem Rang“ dar, „das selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann“.<sup>17</sup> In Bezug auf ein Versandhandelsverbot für Impfstoffe stellte zwar das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss aus dem Jahr 2003 fest, dass eine Beeinträchtigung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung nicht zu besorgen sei.<sup>18</sup> Vergleichbar ist der Fall mit dem angedachten umfassenden Versandhandelsverbot jedoch nicht. Zum einen ging es seinerzeit um den Impfstoffversand an die Ärzte und nicht an die Endverbraucher. Zum anderen führte das Bundesverfassungsgericht aus, die Umsätze mit Impfstoffen beträfen nur einen „sehr schmalen Sektor“; dies lässt die Annahme zu, dass das Bundesverfassungsgericht bei einem Versandhandelsverbot für die verschreibungspflichtigen Rx-Arzneimittel zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

Versandapotheeken verfügen aufgrund der Vertriebsform des Versandhandels über deutlich günstigere wirtschaftliche Voraussetzungen als die klassischen Apotheken. Zwar muss der Versand gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG und § 11a Satz 1 Nr. 1 ApoG aus einer Präsenzapotheke heraus erfolgen. Diese Vorschriften finden auch auf die EU-ausländischen Apotheken Anwendung, die Arzneimittel an deutsche Kunden abgeben.<sup>19</sup> Daraus folgt, dass jede Versandapotheke zumindest eine „Filiale“ betreiben muss. Allerdings können Versandapotheeken einen beliebig großen Kundenkreis über den Vertriebs-

---

<sup>15</sup> Siehe dazu *H. Sodan*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl. 2015, Art. 12 Rn. 14.

<sup>16</sup> Bereits im sogenannten Apotheken-Urteil aus dem Jahr 1958 wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der „Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen“ als Zweck der Beschränkung des Zugangs zum Beruf ein Motiv sei, „das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte“ (BVerfGE 7, 377 [408]).

<sup>17</sup> BVerfGE 107, 186 (196).

<sup>18</sup> BVerfGE 107, 186 (204).

<sup>19</sup> *L. Senge/A. Hadamitzky*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar* (Loseblatt), § 11a ApoG Rn. 3 (Stand der Kommentierung: November 2016); *M. Sieper*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 11a ApoG Rn. 2.

weg des Fernabsatzes erreichen. Auch lässt sich der Wareneinsatz besser überblicken. Die Präsenzapotheke bleibt dagegen gezwungen, einen gewissen Vorrat dauerhaft vorzuhalten. Bereits diese erheblichen Marktvorteile können dazu führen, dass nicht konkurrenzfähige Apotheken den Betrieb einstellen müssen.

Ausländische Versandapotheken gewinnen zusätzlich den Vorteil, nicht unter die (noch bestehende) Arzneimittelpreisbindung gemäß § 78 AMG in Verbindung mit der Arzneimittelpreisverordnung zu fallen und auf diese Weise erheblich günstigere Preise anbieten zu können. Das hierdurch entstehende Einsparpotential kommt vor allem den gesetzlichen Krankenkassen zugute, die hiervon über den Abschluss von Selektivverträgen nach § 140e SGB V profitieren können. Daher überrascht es nicht, dass die Krankenkassen die Versandapotheken nicht als Gefahr für die Präsenzapotheken, sondern lediglich als zusätzliches Angebot zur Versorgung des ländlichen Raums begreifen.<sup>20</sup>

Zu differenzieren ist allerdings zwischen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Die besondere Stellung für das Gesundheitswesen nehmen die Apotheken vor allem im Bereich der verschreibungspflichtigen Arzneimittel ein. Gerade hier drohen den Patienten erhebliche Gefahren durch falsche Anwendung oder Dosierung der Präparate. Die Präsenzapotheken übernehmen daher nicht nur die Funktion einer Einkaufsstätte für Arzneimittel, sondern gewährleisten auch die Beratung der Kunden. Diese Kundenberatung vor Ort wird qualitativ auf einem deutlich höheren Niveau gewährleistet als über die Kommunikation via Telefon oder Internet. Ferner stellen die Präsenzapotheken den Notdienst in der Nacht sicher. Insoweit besteht zur Gewährleistung eines effektiven Gesundheitsschutzes der Bevölkerung ein Interesse an einem dichten Netz von Präsenzapotheken. Hinzu kommt die oftmals sofortige Verfügbarkeit der Arzneimittel. Die genannten Schutzfunktionen haben die Präsenzapotheken allerdings nur für solche Arzneimittel inne, die ausschließlich durch sie abgegeben werden dürfen. Aus dem Umkehrschluss zu § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG ergibt sich, dass dies alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel betrifft. Insoweit können die vorgenannten Argumente lediglich für *verschreibungspflichtige* Präparate gelten.

Nach allem wäre der mit einem Versandhandelsverbot verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit von Versandapotheken – allerdings nur in Bezug auf verschreibungspflichtige Arzneimittel – verhältnismäßig. Die Normierung eines Versandhandelsverbotes für verschreibungspflichtige Präparate stieße auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

---

<sup>20</sup> Eine Übersicht über die einzelnen Standpunkte bietet die Deutsche Apothekerzeitung unter <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2017/03/21/wer-ist-fuer-das-rx-versandverbot-wer-dagegen>, zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

## II. Unionsrechtliche Anforderungen

Fraglich ist aber, ob ein Versandhandelsverbot den unionsrechtlichen Vorgaben standhielte. Ein solches Versandhandelsverbot für Arzneimittel könnte eine unzulässige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 34 AEUV darstellen und auf diese Weise die Warenverkehrsfreiheit berühren.

**1.** Ausgangspunkt der Betrachtung ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-322/01. Der *Deutsche Apothekerverband e.V.* er strebte gerichtlichen Rechtsschutz, um die niederländische Versandapotheke *DocMorris* abzuwehren. In dem Vorlageverfahren entschied der Europäische Gerichtshof, dass das bis dato bestehende Versandhandelsverbot gegen Art. 34 AEUV (Art. 28 EGV a. F.) verstieß, weil das Verbot eine Einfuhrbeschränkung „gleicher Wirkung“ wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstelle.<sup>21</sup>

In diesem Zusammenhang nahm der Europäische Gerichtshof Bezug auf einige wichtige Leitentscheidungen zur Warenverkehrsfreiheit. Zunächst nannte das Gericht die „*Dassonville-Formel*“, nach der eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung „jede Handelsregelung“ sei, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.<sup>22</sup> Eingeschränkt wurde die „*Dassonville-Formel*“ durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „*Cassis de Dijon*“. Darin formulierte das Gericht, dass die Wareneinfuhr von in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß hergestellten Waren grundsätzlich nicht behindert werden dürfe; dies gelte allerdings nicht, wenn einschränkende innerstaatliche Bestimmungen „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“.<sup>23</sup> Schließlich wurde mit der „*Keck-Formel*“ klargestellt, dass nicht jedwede nachteilige Regelung die Warenverkehrsfreiheit verletzt. Dies treffe lediglich auf Bestimmungen zu, die „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren“.<sup>24</sup>

Nach der letztgenannten „*Keck-Formel*“ liegt eine Diskriminierung mithin nur dann vor, wenn das Versandhandelsverbot Versandapotheken aus dem EU-Ausland stärker beein-

---

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (*Deutscher Apothekerverband e.V. / DocMorris NV und Jacques Waterval*), Slg. 2003, I-14887.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 11.6.1974 – Rs. 8/74 (*Dassonville Scotch-Whiskey*), NJW 1975, 515 (516).

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649.

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 (*Keck und Mithouard*), Slg. 1993, I-6097.

trächtigt als inländische Versandapotheken. Mit relativ knappen Ausführungen bejahte der Europäische Gerichtshof diese Frage. Zur Begründung führte das Gericht aus, im Internet (und damit über den Versand als Vertriebsweg) liege für ausländische Apotheken ein Mittel, „das für den unmittelbaren Zugang zum Markt eher geeignet ist“.<sup>25</sup>

**2.** Etwaige Diskriminierungen können allerdings nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden. In Betracht kommen Gründe zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen. Die Bestimmung des Schutzniveaus dieser Rechtsgüter bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten. Gleichwohl bedarf es zur Rechtfertigung von Diskriminierungen der Geltendmachung tatsächlicher Gefahren für die genannten Rechtsgüter.<sup>26</sup> Bei der Prüfung der Rechtfertigung differenziert der Europäische Gerichtshof zwischen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. In Anbetracht dessen, dass von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln keine vergleichbaren Gefahren ausgehen wie von verschreibungspflichtigen Präparaten und mithin eine umfassende Beratung vor Ort in einer Präsenzapotheke nicht im vergleichbaren Umfang erforderlich ist, kann dem Europäischen Gerichtshof dahingehend zugestimmt werden, dass eine Rechtfertigung nicht dargetan werden kann.

Im Hinblick auf verschreibungspflichtige Präparate ist indes anders zu entscheiden. Das betont auch der Europäische Gerichtshof, der eine Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV für verschreibungspflichtige Arzneimittel ausdrücklich zulässt. Rein wirtschaftliche Aspekte sollen dagegen nicht geltend gemacht werden können.<sup>27</sup> Umso mehr verwundert es, dass der deutsche Gesetzgeber noch vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache *DocMorris* durch die Einfügung des § 11a ApoG und die Änderung des § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG<sup>28</sup> mit Wirkung zum 1. Januar 2004 das Versandhandelsverbot in ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umgewandelt hat.<sup>29</sup> Denn eine Rechtfertigung des Versandhandelsverbotes nach Art. 36 AEUV hätte unter Heranziehung der bereits zur Verfassungsmäßigkeit dargelegten Argumente gelingen können. Vergleichend kann zu-

---

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (*Deutscher Apothekerverband e.V. / DocMorris NV und Jacques Waterval*), Slg. 2003, I-14887.

<sup>26</sup> S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. I: EUV/AEUV. Kommentar (Loseblatt), Art. 36 AEUV Rn. 22 f. (Stand der Kommentierung: Januar 2015); T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV Rn. 199 ff.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (*Deutscher Apothekerverband e.V. / DocMorris NV und Jacques Waterval*), Slg. 2003, I-14887.

<sup>28</sup> Siehe Art. 20 Nr. 10 und Art. 23 Nr. 1 des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14. November 2003 (BGBl. I S. 2190).

<sup>29</sup> Vgl. hierzu B. Koch, Eine erste Bewertung der Entscheidung „DocMorris“ des EuGH, EuZW 2004, 50.

dem festgestellt werden, dass die weit überwiegende Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten den Versandhandel von verschreibungspflichtigen Medikamenten ebenfalls untersagt.<sup>30</sup> Nach dem vom Bundesministerium für Gesundheit erstellten Referentenentwurf eines Gesetzes zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ist ein solches Verbot derzeit in insgesamt 21 Mitgliedstaaten verankert.<sup>31</sup>

Der Europäische Gerichtshof erkannte in einem Urteil aus dem vergangenen Jahr keine Rechtfertigung im Sinne des Art. 36 AEUV für die deutsche Arzneimittelpreisbindung. Allerdings beruht diese Entscheidung auf der Annahme, dass es nicht gelungen sei, den Eintritt der wohl wahrscheinlichsten Gefahr, nämlich den Ansporn zu einem Preiswettbewerb um Rx-Arzneimittel, glaubhaft zu machen.<sup>32</sup> Genau dieser Preiswettbewerb würde sich aber bei Freigabe des Marktes für den Versandhandel zum Nachteil der Präsenzapotheeken ergeben. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in dieser Sache kann daher nicht als Argument gegen ein Versandhandelsverbot vorgebracht werden.

**3.** Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine Rechtfertigung der Diskriminierung gemäß Art. 36 AEUV möglich wäre. Allerdings kann ein Versandhandelsverbot unionsrechtskonform nur für *verschreibungspflichtige* Arzneimittel aufgestellt werden.

## B. Gesamtergebnis

Ein Versandhandelsverbot würde in verfassungs- und europarechtlicher Hinsicht lediglich dann auf Bedenken stoßen, wenn es um *nicht* verschreibungspflichtige Arzneimittel geht. Soll das Verbot hingegen nur die verschreibungspflichtigen Rx-Arzneimittel erfassen, so könnte es in verfassungs- und unionsrechtskonformer Weise erfolgen.

*Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan*

---

<sup>30</sup> Eine anschauliche Grafik ist auf dem Internetauftritt der Deutschen Apothekerzeitung verfügbar unter <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/10/28/was-darf-wo-verschickt-werden>, zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

<sup>31</sup> [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot\\_RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot_RefE.pdf), S. 2, zuletzt aufgerufen am 15. Mai 2017.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*), EuZW 2016, 958 (960).