



---

**Ausarbeitung**

---

**Versandhandel mit Arzneimitteln**

Vereinbarkeit preisgestaltender Maßnahmen mit dem Unionsrecht

## **Versandhandel mit Arzneimitteln**

### Vereinbarkeit preisgestaltender Maßnahmen mit dem Unionsrecht

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 176/18  
Abschluss der Arbeit: 10. Januar 2019  
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Beschränkung von Boni für EU-ausländische Apotheken</b>	<b>4</b>
2.1.	Hintergrund	4
2.1.1.	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	4
2.1.2.	Vorschläge zur Begrenzung von Boni durch EU-ausländische Versandapotheken	6
2.2.	Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit	7
2.2.1.	Beschränkung von Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung	7
2.2.2.	Beschränkung von Boni bei Überschreiten einer Umsatzgrenze	8
2.3.	Rechtfertigung des Eingriffs	8
2.3.1.	Maßstab	9
2.3.2.	Rechtfertigung der Beschränkung von Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung sowie der Beschränkung von Boni bei Überschreiten einer Umsatzgrenze	10
2.4.	Ergebnis	10
<b>3.</b>	<b>Vorliegen einer Inländerdiskriminierung</b>	<b>11</b>

## 1. Fragestellung

Der Fachbereich Europa wurde zunächst um Begutachtung der Frage gebeten, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (RX-Arzneimittel) mit dem Unionsrecht vereinbar wäre. Diese Fragestellung ist bereits Gegenstand der Ausarbeitung PE 6 – 3000 – 161/16, auf die hiermit verwiesen wird.<sup>1</sup>

Die Ausarbeitung geht ferner auf die Frage ein, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung von sog. Boni für EU-ausländische Versandapotheken<sup>2</sup> vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (*EuGH*) mit dem Unionsrecht vereinbar wäre (Ziff. 2). Zudem wird in der Ausarbeitung untersucht, ob eine derartige Beschränkung zu einer (möglicherweise unzulässigen) Inländerdiskriminierung führe (Ziff. 3).<sup>3</sup>

## 2. Beschränkung von Boni für EU-ausländische Apotheken

### 2.1. Hintergrund

Vor einer rechtlichen Bewertung der geplanten Beschränkung von Boni für EU-ausländische Versandapotheken soll zunächst die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (Ziff. 3.1.1.) sowie die geplanten Regelungen des Bundesgesundheitsministeriums dargestellt werden (Ziff. 3.1.2).

#### 2.1.1. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der Versandhandel von Arzneimitteln war bereits mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH.

Im Rahmen des Verfahrens in der Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekenverband/DocMorris) hatte der EuGH die Frage der Vereinbarkeit des bis zur Reform geltenden nationalen Verbots des Versandhandels mit Arzneimitteln (§ 43 Arzneimittelgesetz *AMG* a.F.) sowie des Verbots des Inverkehrbringens von nicht in Deutschland zugelassenen Arzneimitteln (§ 73 Abs. 1 *AMG* a.F.) mit dem europäischen Primärrecht zu entscheiden. Dabei hat der im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufene EuGH in seinem Urteil vom 11.12.2003 insbesondere festgehalten, dass ein nationales Versandhandelsverbot<sup>4</sup> gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs nach ex-

---

<sup>1</sup> Unionsrechtliche Anforderungen an ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, Ausarbeitung [PE 6 – 3000 – 161/16](#), zuletzt abgerufen am 10.01.2019.

<sup>2</sup> Mit dem Begriff „Boni“ werden die von den EU-ausländischen Versandapotheken gewährten Rabatte auf verschreibungspflichtige Medikamente bezeichnet.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu „[Kein Verbot des Arzneimittel-Versands aber zusätzliche Millionen für Apotheker?](#)“, Handelsblatt vom 11.12.2018, zuletzt abgerufen am 10.01.2019.

<sup>4</sup> Beispielsweise § 43 Abs. 1 *AMG* a.F.: „Arzneimittel [...], die nicht durch die Vorschriften des § 44 oder der nach § 45 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, dürfen außer in den Fällen des § 47 berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden. Außerhalb der Apotheken darf [...] mit den nach Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimitteln kein Handel getrieben werden.“

Art. 28 ff. Vertrag über die Europäische Gemeinschaft (EG) (nunmehr: Art. 34 ff. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) verstößt.<sup>5</sup> Im Einklang mit dieser Entscheidung (aber unabhängig davon) wurde der Versandhandel und elektronische Handel auch mit RX-Arzneimitteln in Deutschland mit Änderung des AMG durch das Gesetz vom 14. November 2003 ermöglicht.<sup>6</sup> Der bis dahin weder geregelte noch überwachte Versandhandel von RX- und OTC-Arzneimitteln<sup>7</sup> sollte mit dem Ziel des besseren Verbraucherschutzes durch die Änderung des AMG geregelt, kontrolliert und überwacht werden.<sup>8</sup>

Eine weitere Entscheidung des EuGH befasste sich mit der in § 78 Abs. 2 AMG festgesetzten Preisbindung verschreibungspflichtiger Arzneimittel.<sup>9</sup> In dem am 19.10.2016 ergangenen Urteil in der Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen die deutsche Preisbindung bei RX-Arzneimitteln mit der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV vereinbar ist.<sup>10</sup> Der EuGH stellte in seiner Entscheidung zunächst fest, dass die deutsche Preisbindung in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit eingreift und als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV anzusehen sei. Dieser Eingriff für RX-Arzneimittel in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit war nach Ansicht des EuGH auch nicht nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt. Zwar erlaube Art. 36 AEUV, so der EuGH, einem Mitgliedstaat die Beibehaltung oder Einführung von Maßnahmen, die den Handelsverkehr verbieten oder be-

---

<sup>5</sup> Zu den Vorlagefragen vgl. [EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-322/01](#) (Deutscher Apothekerverband), Rn. 44.

<sup>6</sup> BGBl. I 2003, S. 2190. Zur Kritik an der Rabattwerbung für apothekenpflichtige, jedoch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel infolge des Wegfalls der Preisbindung vgl. BT-Plenarprot. 15/125, 11415 C ff.

<sup>7</sup> Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel werden als OTC-Arzneimittel (over the counter) bezeichnet.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 165.

<sup>9</sup> Gemäß § 78 Abs. 2 des Arzneimittelgesetzes (AMG) ist für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten. Hierfür sieht die Arzneimittelpreisverordnung („AMPreisV“) vor, dass der Hersteller für sein Arzneimittel einen Preis festzusetzen hat (§ 1), auf den dann noch Großhandelszuschläge (§ 2) und Apothekenzuschläge (§ 3) aufgeschlagen werden. Die AMPreisV gilt dabei gemäß § 78 Abs. 1 AMG auch für Arzneimittel, die gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a AMG, d. h. im Wege des Versandes an den Endverbraucher von einer Apotheke eines EU-Mitgliedstaates oder EWR-Vertragsstaates nach Deutschland verbracht werden. Außerdem enthält § 7 Abs. 1 Nr. 2 des Heilmittelgesetzes ein Verbot von Preisnachlässen auf verschreibungspflichtige Arzneimittel.

<sup>10</sup> [Urteil des EuGH vom 19.10.2016](#), Rs. C-148-15 (Deutsche Parkinson). In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Deutsche Parkinson Vereinigung e.V. (DPV) in Kooperation mit der niederländischen Versandapotheke DocMorris ein Bonussystem beworben, das verschiedene Boni für verschreibungspflichtige, nur über Apotheken erhältliche Parkinson-Medikamente bei deren Bezug durch die Mitglieder der DPV von DocMorris vorsah. Nach Ansicht der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (ZBW) verstieß das beworbene Bonusmodell in unlauterer Weise (§ 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)) gegen die gesetzliche Festlegung eines einheitlichen Apothekenabgabepreises (§ 78 Abs. 1 S. 4 AMG, §§ 1 und 3 AMPreisV). Das Landgericht Düsseldorf hatte der Klage der ZBW erstinstanzlich stattgegeben. Das mit der Berufung der DPV befasste Oberlandesgericht Düsseldorf hatte dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens Fragen vorgelegt.

schränken, wenn diese Maßnahmen u. a. zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen gerechtfertigt seien<sup>11</sup>, allerdings sei im vorliegenden Fall kein hinreichender Nachweis dafür erbracht worden, dass das Gebot eines einheitlichen Apothekenabgabepreises für RX-Arzneimittel zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV geeignet ist.<sup>12</sup>

Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers ergingen in der Folge der Entscheidung des EuGH unmittelbar nicht.

### 2.1.2. Vorschläge zur Begrenzung von Boni durch EU-ausländische Versandapotheken

Im Nachgang des Urteils vom 19. Oktober 2016 zur Unanwendbarkeit der deutschen Festpreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel auf EU-ausländische Versandapotheken belebt nun ein neuer Vorschlag des Bundesgesundheitsministeriums mit dem Ziel der Regelung der Preisstruktur von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln die politische Diskussion um den europäischen Arzneimittelversandhandel.

Der Umstand, dass deutsche Präsenzapotheken an einen deutschen Festpreis für verschreibungspflichtige Medikamente gebunden sind, wohingegen EU-ausländische Versandapotheken nach der Rechtsprechung des EuGH der Preisbindung nicht unterliegen sollen, wird aus deutscher Sicht weiterhin als regelungsbedürftig angesehen. Nach den von Bundesgesundheitsminister Spahn am 11.12.2018 vorgestellten Plänen für den Apothekenmarkt in Deutschland sollen daher die Präsenzapotheken in Deutschland weiter gefördert und der rabattfähige EU-ausländische Versandhandel in Deutschland beschränkt werden. Konkret sehen die Vorschläge des Bundesgesundheitsministers im Hinblick auf den Arzneimittelversandhandel folgende Regelungen vor:

- Begrenzung der Boni für ausländische Apotheken auf EUR 2,50 EUR je abgegebener Packung (unabhängig des Preises des jeweiligen Arzneimittels).
- Evaluierung der Marktanteile des ausländischen Versandhandels im RX-Markt: Sofern der Marktanteil des ausländischen Versandhandels 5 % übersteigt, sollen die Möglichkeiten zur Boni-Gewährung überprüft und reduziert werden.<sup>13</sup>

Ein Referentenentwurf wurde vom Bundesgesundheitsminister für Ende Januar angekündigt.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 24.

<sup>12</sup> Vgl. Generalanwalt Szpunar, [Schlussanträge vom 2.6.2016](#) zu Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson), Rn. 44 ff.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu: „[Das sind Spahns Pläne für den Apothekenmarkt im Detail](#)“ *DAZ.online*, 11.12.2018“, zuletzt abgerufen am 10.01.2019; ferner „[Kein Verbot des Arzneimittel-Versands aber zusätzliche Millionen für Apotheker?](#)“, Handelsblatt vom 11.12.2018, zuletzt abgerufen am 10.01.2019.

<sup>14</sup> Siehe „[Kein Verbot des Arzneimittel-Versands aber zusätzliche Millionen für Apotheker?](#)“, Handelsblatt vom 11.12.2018, zuletzt abgerufen am 10.01.2019.

## 2.2. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit

Es ist zunächst zu prüfen, ob die vorgeschlagenen Begrenzungen der Boni von EU-ausländischen Versandapotheken einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV darstellen.

Das Verbot des Art. 34 AEUV erfasst grundsätzlich jede Maßnahme der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.<sup>15</sup> Allerdings soll ein Eingriff nach der Rechtsprechung des EuGH in der verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard) nicht vorliegen, sofern die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, 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 der gleichen Weise berühren.<sup>16</sup>

Für die gesetzliche Preisbindung in Deutschland hatte der EuGH einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit bereits angenommen. Nach der in der Entscheidung Rs. C-148/15 vom EuGH vertretenen Auffassung ist die Preisbindung bei Arzneimitteln grundsätzlich als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV anzusehen. Zur Begründung führte der EuGH insoweit aus, dass die Preisbindung zwar für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen gelte, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben. Jedoch berührt die gesetzliche Preisbindung die Abgabe von Arzneimitteln durch im Inland ansässige Apotheken und die Abgabe von Arzneimitteln durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken nicht in gleicher Weise.<sup>17</sup>

Nach Ansicht des Gerichtshofes ist der Preiswettbewerb für Versandapotheken aufgrund ihres eingeschränkten Leistungsangebots vor Ort ein wichtigerer Wettbewerbsfaktor als für traditionelle Apotheken, weil es von ihm abhängt, ob Versandapotheken einen unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt finden und auf diesem konkurrenzfähig bleiben.<sup>18</sup>

### 2.2.1. Beschränkung von Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung

Zunächst ist zu prüfen, ob bereits die Beschränkung der Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung einen Eingriff in Art. 34 AEUV als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen ist. Ob ein Eingriff in Art. 34 AEUV besteht, ist entsprechend der Entscheidung des EuGH vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson), davon

---

<sup>15</sup> Grundsätzlich, [EuGH, Urteil vom 11.7.1974](#), Rs. 8/74 (Dassonville); ferner [EuGH, Urteil vom 11.09.2008](#), Rs. C-141/07 (Kommission/Deutschland), Rn. 28.

<sup>16</sup> Zu diesen Kriterien vgl. [EuGH, Urteil vom 24.11.1993](#), verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Rn. 16.

<sup>17</sup> Zu diesen Kriterien vgl. [EuGH, Urteil vom 24.11.1993](#), verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Rn. 16.

<sup>18</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 24.

abhängig, ob der nun durch den Vorschlag weiterhin zugelassene Preiswettbewerb in der Rabattspanne von EUR 2,50 je abgegebener Packung ausreicht, um den EU-ausländischen Versandapotheken den Zugang zum deutschen Markt in ausreichender Weise zu ermöglichen.<sup>19</sup> Ein Eingriff in Art. 34 AEUV liegt somit nicht vor, sollte die Preisspanne zur Sicherstellung eines Marktzugangs ausreichen. Da hierzu keine entsprechenden Daten vorliegen, kann eine abschließende Bewertung dieser Frage jedoch an dieser Stelle nicht erfolgen.

### 2.2.2. Beschränkung von Boni bei Überschreiten einer Umsatzgrenze

Ähnlich verhält es sich im Hinblick auf die vorgeschlagene Begrenzung von Boni nach Überschreitung einer Schwelle von 5 % Marktanteil des ausländischen Versandhandels. Der Grundgedanke der vorgeschlagenen Regelung sieht vor, dass EU-ausländische Versandapotheken nur solange rabattierte verschreibungspflichtige Medikamente verkaufen dürfen, bis dieser Versandhandel insgesamt einen Marktanteil von 5 % erreicht. Sofern der Marktanteil des ausländischen Versandhandels 5 % übersteigt, sollen die Möglichkeiten zur Boni-Gewährung überprüft und reduziert werden.

Auch insoweit hängt das Vorliegen eines Eingriffes von dem Umstand ab, ob durch die geplante Maßnahme, der weiterhin zugelassene Preiswettbewerb ausreicht, um den EU-ausländischen Versandapotheken den Zugang zum deutschen Markt in ausreichender Weise zu ermöglichen.<sup>20</sup> Zunächst ist in diesem Zusammenhang bereits unklar, auf welcher Grundlage ein Marktanteil von 5 % als Nachweis für einen ausreichenden Marktzugang ermittelt wurde. Zudem bestehen Bedenken, ob durch eine – wie angedacht – generelle Betrachtung des Marktzugangs das Vorliegen eines Eingriffes sicher bewertet werden kann. Es ist zumindest fraglich, ob für den einzelnen EU-ausländischen Versandapotheker auch nach Überschreiten der (bereits in der beabsichtigten Höhe fragwürdigen generellen) relevanten Schwelle ein ausreichender Zugang zum deutschen Markt besteht. Da auch insoweit keine relevanten Daten vorliegen, kann diese Frage nicht abschließend beantwortet werden.

### 2.3. Rechtfertigung des Eingriffs

Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV können u. a. gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt sein. Gemäß Art. 36 AEUV können Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit insbesondere aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sein.

---

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 24.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 24.



### 2.3.1. Maßstab

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit kann somit insbesondere zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt sein (Art. 36 AEUV). Nationale Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit nehmen dabei nach Ansicht des EuGH unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen den höchsten Rang ein. Daher besitzen die Mitgliedstaaten mangels einer Vollharmonisierung einen weiten Wertungsspielraum bei der Entscheidung, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.<sup>21</sup> Der EuGH dazu aus: *„Insbesondere kann das Erfordernis, die regelmäßige Versorgung des Landes für wichtige medizinische Zwecke sicherzustellen, eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs im Rahmen von Art. 36 AEUV rechtfertigen, da dieses Ziel unter den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen fällt (vgl. Urteil vom 28. März 1995, Evans Medical und Macfarlan Smith, C-324/93, EU:C:1995:84, Rn. 37).“*<sup>22</sup>

Innerhalb dieses Handlungsspielraums müssen Beschränkungen von Grundfreiheiten, die sich aus staatlichen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen ergeben, verhältnismäßig sein. Die fragliche Maßnahme muss dazu geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.<sup>23</sup> Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden können, die den Handel in der Union weniger beschränken.<sup>24</sup>

Dabei setzt die Geeignetheit für die Erreichung des geltend gemachten Ziels voraus, dass die Maßnahme dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.<sup>25</sup> Zudem müssen die Rechtfertigungsgründe, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen kann, von einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von diesem Mitgliedstaat erlassenen Maßnahme sowie von genauen Angaben zur Stützung seines Vorbringens begleitet sein. Dementsprechend muss ein nationales Gericht, wenn es eine nationale Regelung darauf prüft, 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 Erhebungen bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel

---

<sup>21</sup> [EuGH, Urteil vom 7.3.1989](#), Rs. C-215/87 (Schumacher), Rn. 17; EuGH, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (Fn. 10), Rn. 30.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 30.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 35 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-333/14 (The Scotch Whisky Association u. a.), (siehe Fn. 23), Rn. 54.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 7.3.1989, Rs. C-215/87 (Schumacher) (siehe Fn. 21), Rn. 17 f.

<sup>25</sup> [EuGH, Urteil vom 21.12.2011](#), Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Rn. 126; [EuGH, Urteil vom 19.05.2009](#), verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes u. a.), Rn. 42.

zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger einschränken.<sup>26</sup>

Ein vergleichbarer Darlegungsmaßstab dürfte auch im Hinblick auf die vom EuGH in der bereits erwähnten Entscheidung vom 11.12.2003, Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekerverband/DocMorris) anerkannten Rechtfertigung von Arzneimittelfestpreisen aufgrund eines zwingenden Allgemeininteresses gelten.<sup>27</sup> In der genannten Entscheidung stellte der EuGH im Hinblick auf die mögliche Rechtfertigung von gesetzlichen Arzneimittelfestpreisen fest, dass jedenfalls nicht ausgeschlossen werden könne, „*dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine derartige Beschränkung rechtfertigen kann.*“ In der folgenden Entscheidung Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson)<sup>28</sup> geht der EuGH auf diesen Rechtfertigungsgrund jedoch nicht ein.<sup>29</sup>

### 2.3.2. Rechtfertigung der Beschränkung von Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung sowie der Beschränkung von Boni bei Überschreiten einer Umsatzgrenze

Hinsichtlich der Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffs (siehe oben) durch die geplante Beschränkung von Boni auf EUR 2,50 je abgegebener Packung bzw. der Beschränkung von Boni bei Überschreiten einer Umsatzgrenze ist zu berücksichtigen, dass diese Maßnahmen eine im Vergleich zu einer absoluten Festpreisbindung geringere Intensität aufweisen, indem sie in gewissen Grenzen einen Preiswettbewerb zulassen.

Der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) folgend, müsste auch insoweit der fundierte Nachweis erbracht werden, dass die geplante Einschränkung des Preiswettbewerbs geeignet und erforderlich ist, um Gefahren der sicheren Bereitstellungen von Gesundheitsgütern abzuwenden.<sup>30</sup>

Mangels Vorliegens entsprechender Daten kann eine abschließende Einschätzung an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.

## 2.4. Ergebnis

Im Ergebnis kann mangels Vorliegens entsprechender Daten keine abschließende Einschätzung zur Vereinbarkeit der vom Bundesgesundheitsministerium geplanten Maßnahmen zur Preisgestaltung von Arzneimitteln im Versandhandel mit dem Unionsrecht erfolgen.

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 36 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-333/14 (The Scotch Whisky Association u. a.) (Fn. 23), Rn. 59.

<sup>27</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekerverband) (siehe Fn. 5), Rn. 122 m. w. N.

<sup>28</sup> Siehe Fn. 10.

<sup>29</sup> Anders hingegen Generalanwalt Szpunar, [Schlussanträge vom 2.6.2016](#) zu Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson), Rn. 41 ff.

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) (siehe Fn. 10), Rn. 36 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-333/14 (The Scotch Whisky Association u. a.) (Fn. 23), Rn. 59.

Der Rechtsprechung des EuGH folgend bedarf es für die Bewertung des Vorliegens eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit der Feststellung, ob der durch die Vorschläge des Bundesgesundheitsministeriums weiterhin zugelassene Preiswettbewerb ausreicht, um den EU-ausländischen Apotheken den Zugang zum deutschen Markt in ausreichender Weise zu ermöglichen. Hierzu liegen jedoch keine relevanten Daten vor.

Soweit ein Eingriff durch die vom Bundesgesundheitsministerium vorgestellten Maßnahmen vorliegt, könnte dieser im Rahmen von Art. 36 AEUV gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung erfordert jedoch nach Ansicht des EuGH zur Erreichung des beabsichtigten Ziels das Vorliegen geeigneter und erforderlicher Maßnahmen, die durch objektiv nachprüfbarer Erkenntnisgrundlagen nachgewiesen werden müssen. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH ist zur Rechtfertigung der fundierte Nachweis zu erbringen, dass die geplante Einschränkung des Preiswettbewerbs geeignet und erforderlich ist, um Gefahren der sicheren Bereitstellungen von Gesundheitsgütern abzuwenden.

### 3. Vorliegen einer Inländerdiskriminierung

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 19.10.2016, Rs. C-148/15 (Deutsche Parkinson) festgestellt, dass die Preisbindung für RX-Arzneimittel einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellt und in der Folge für EU-ausländische Versandapotheken nicht anwendbar ist. Dies führt in der Folge dazu, dass die in Deutschland ansässigen (Versand-)Apotheken an die für sie weiterhin geltenden Vorschriften zur Preisgestaltung gebunden, die EU-ausländischen Apotheken davon jedoch befreit sind. Da das Verbot des Art. 34 AEUV nur einfuhrbehindernde Maßnahmen betrifft, kann es somit durch die Nichtanwendbarkeit der Festpreisregelung nur auf EU-ausländische Marktteilnehmer zu einer Benachteiligung inländischer Marktteilnehmer kommen (sog. Inländerdiskriminierung).<sup>31</sup>

Die Inländerdiskriminierung stellt dabei jedoch nach Ansicht des EuGH<sup>32</sup> und Teilen des Schrifttums<sup>33</sup> keinen Eingriff in die unionsrechtlich geschützte Warenverkehrsfreiheit dar. Mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts fehle es demnach bereits an einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs.<sup>34</sup> Andere gewichtige Stimmen (u. a. der Generalanwälte Maduro und Tesauro) kritisieren diese Ansicht vor dem Hintergrund, dass die Inländerdiskriminierung Folge der An-

---

<sup>31</sup> Vgl. *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 319 ff.

<sup>32</sup> [EuGH, Urteil vom 28.01.1992](#), Rs. C-332/90 (Steen/Deutsche Bundespost), Rn. 9 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Darstellung von *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 34 AEUV, Rn. 39 m. w. N.

<sup>34</sup> Vgl. bspw. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 34 AEUV, Rn. 22.

wendung des Unionsrechts sei und es insofern unvereinbar mit dem Ziel des freien Binnenmarkts sei, wenn die Grundfreiheiten zwar zu Gunsten des grenzüberschreitenden, nicht aber auch zugunsten des inländischen Sachverhalts gleiche Bedingungen schaffen könnten.<sup>35</sup>

Die geplante Einführung von Grenzen der Preisgestaltung für EU-ausländische Versandapotheken würde zwar zu einer Abschwächung der durch das Urteil des EuGH vom 19.10.2016 verursachten Benachteiligung deutscher Versandapotheker und damit der vorliegenden Inländerdiskriminierung führen. Letztlich bliebe aber eine Schlechterstellung deutscher Versandapotheker bestehen.

- Fachbereich Europa -

---

<sup>35</sup> [Generalanwalt Maduro, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-72/03](#) (Carboanati Apuani), Rn. 44; [Generalanwalt Tesauro, Schlussanträge zu EuGH](#), Rs. C-363/93, (Lancry u. a.), Rn. 28; vgl. ferner dazu die Darstellung von *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 34 AEUV, Rn. 39 m. w. N.