



---

**Ausarbeitung**

---

**Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein Verbot des  
Versandhandels mit Arzneimitteln**

Aktualisierung der Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 241/16

---

**Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln**  
Aktualisierung der Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 241/16

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 437/18  
Abschluss der Arbeit: 17. Januar 2019  
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten 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 der Wissenschaftlichen Dienste 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 unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Planung eines Arzneimittelversandhandelsverbots in der 18. und 19. Wahlperiode</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Zum Versandhandel mit apothekenpflichten Arzneimitteln</b>	<b>5</b>
3.1.	Erlaubnisfähigkeit und Verbot	5
3.2.	Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe für ein Verbot	6
<b>4.</b>	<b>Verfassungsmäßigkeit eines Verbots des Versandhandels mit RX-Arzneimitteln</b>	<b>7</b>
4.1.	Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit	7
4.1.1.	Eingriff in den Schutzbereich	7
4.1.2.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	7
4.1.2.1.	Eingriffsintensität	7
4.1.2.2.	Verhältnismäßigkeit	9
4.2.	Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz	12
<b>5.</b>	<b>Verbot des Versandhandels mit OTC-Arzneimitteln</b>	<b>12</b>

## 1. Einleitung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschied 2016, dass die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes (AMG) zur Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gegen Unionsrecht verstoßen.<sup>1</sup> Da sich der Unionsrechtsverstoß nur auf den grenzüberschreitenden Versand von Arzneimitteln aus dem EU-Ausland nach Deutschland bezieht, bleibt die Preisbindung für inländische Apotheken unberührt.<sup>2</sup> Wegen der dadurch **uneinheitlichen Preisbindung** wird teilweise ein „**ruinöser Preiswettbewerb**“ der Versandapotheken befürchtet, der zu einem „Verschwinden der traditionellen Apotheken insbesondere in ländlichen oder dünn besiedelten Gebieten“ führen könnte.<sup>3</sup>

Die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, WD 3 – 3000 – 241/16, befasst sich mit der Frage, ob ein Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln verfassungsrechtlich zulässig wäre. Bei der Prüfung sollte zwischen dem Versand von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (sog. RX-Arzneimitteln) und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (sog. OTC-Arzneimitteln) unterschieden werden.

In die folgende Aktualisierung der Ausarbeitung wurde ein kurzer Abriss der Planungen zu einem Arzneimittelversandhandelsverbot in der 18. und 19. Wahlperiode eingearbeitet. Der Teil der Ausarbeitung, der sich mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Verbots beschäftigt, wurde in geringem Umfang erweitert.<sup>4</sup> Im Übrigen ist die Ausarbeitung unverändert.

## 2. Planung eines Arzneimittelversandhandelsverbots in der 18. und 19. Wahlperiode

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) legte Ende 2016 einen **Referentenentwurf** für ein Verbot des Versandhandels mit Rx-Arzneimitteln vor.<sup>5</sup> Darin wurde der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung als Ziel des Verbots benannt.<sup>6</sup> Durch das Verbot sollte unter anderem der Preiswettbewerb ausländischer Versandapotheken mit den Präsenzapotheken verhindert werden, auf-

---

1 EuGH, Rs. C-148/15.

2 Siehe dazu Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, Unionsrechtliche Anforderungen an ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln (PE – 3000 – 149/16), 6 f.

3 So argumentierte die Bundesregierung bereits im o.g. Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Fn. 1), Rn. 33.

4 Siehe Fn. 19, 24, 26 und 33.

5 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, abrufbar unter [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) (Stand: 15. Januar 2019). Die Verfassungsmäßigkeit des Referentenentwurfs wurde in der Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Referentenentwurf eines Gesetzes zum RX-Versandhandelsverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht, WD 3 – 3000 – 041/17 (**Anlage**) geprüft.

6 Referentenentwurf (Fn. 5), S. 9.

grund dessen eine Ausdünnung der Apothekendichte in umsatzschwächeren Gegenden befürchtet wurde.<sup>7</sup> Einen entsprechenden Gesetzentwurf legte die Bundesregierung in der 18. Wahlperiode nicht vor.

Der **Koalitionsvertrag** von CDU, CSU und SPD für die **19. Wahlperiode** des Deutschen Bundestages vom 12. März 2018 sieht die Einführung eines Versandhandelsverbots für RX-Arzneimittel vor.<sup>8</sup> Im Juni 2018 teilte die Bundesregierung mit, dass der Meinungsbildungsprozess über die Umsetzung dieser Vereinbarung noch nicht abgeschlossen sei.<sup>9</sup>

Die Monopolkommission sprach sich im Juli 2018 in ihrem 22. Hauptgutachten zum Wettbewerb gegen ein Verbot des Versandhandels mit RX-Arzneimitteln aus und empfahl stattdessen eine Umgestaltung des Vergütungssystems für Apotheker.<sup>10</sup> Dies wurde insbesondere mit unionsrechtlichen Bedenken begründet.<sup>11</sup>

Nach Medienberichten äußerte Bundesgesundheitsminister Spahn im Dezember 2018, dass ein Versandhandelsverbot für RX-Arzneimittel „**europarechtlich und politisch unwägbar**“ sei.<sup>12</sup> Stattdessen sollten die Rabatte der ausländischen Versandapotheken begrenzt werden und die deutschen Präsenzapotheken weitere Zuschläge erhalten, etwa für Nacht- und Notdienste.<sup>13</sup>

### 3. Zum Versandhandel mit apothekenpflichten Arzneimitteln

#### 3.1. Erlaubnisfähigkeit und Verbot

Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nach **§ 43 Abs. 1 S. 1 AMG** im Wege des Versands in den Verkehr gebracht werden, wenn eine entsprechende **Erlaubnis** erteilt worden ist. Die Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung sind im Apothekengesetz (ApoG) näher geregelt. Nach § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG ist für die Versanderlaubnis u.a. erforderlich, dass der Versand „aus einer öffentlichen Apotheke zusätzlich zu dem üblichen Apothekenbetrieb“ erfolgt. Weitere Anforderungen betreffen

---

7 Vgl. Referentenentwurf (Fn. 5), S. 12.

8 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Wahlperiode, S. 98, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (Stand: 15. Januar 2019).

9 BT-Drs. 19/2807, S. 3.

10 BT-Drs. 19/3300, S. 7, 17 ff.

11 Vgl. BT-Drs. 19/3300, S. 16.

12 Siehe etwa aerzteblatt.de, Versandhandel von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bleibt erlaubt, 11. Dezember 2018, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/99760/Versandhandel-von-verschreibungspflichtigen-Arzneimitteln-bleibt-erlaubt> (Stand: 15. Januar 2019).

13 Handelsblatt.com, kein Verbot des Arzneimittel-Versandhandels, aber zusätzliche Millionen für Apotheker, 11. Dezember 2018, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/medikamente-kein-verbot-des-arzneimittel-versands-aber-zusaetzliche-millionen-fuer-apotheker/23746448.html?ticket=ST-968492-izE9gSvynsB1iP6v5Jab-ap1> (Stand: 15. Januar 2019).

die Gewährleistung eines Qualitätssicherungssystems sowie Einzelheiten des Versands. Das Arzneimittelgesetz regelt ferner den Versandhandel mit Arzneimitteln durch Apotheken aus dem EU-Ausland an Endverbraucher in Deutschland. Nach § 73 Abs. 1 Nr. 1a AMG ist eine solche Verbringung von Arzneimitteln zulässig, wenn die Apotheken aus dem EU-Ausland über eine entsprechende Befugnis nach dem deutschen Apothekengesetz verfügen oder der Versand nach ihrem nationalen Recht, das den deutschen Anforderungen entspricht, zulässig ist.

Die Erlaubnisfähigkeit des Versandhandels nach § 43 Abs. 1 S. 1 AMG wurde im Jahr 2004 mit dem Gesundheitsmodernisierungsgesetz eingeführt.<sup>14</sup> Davor regelte § 43 Abs. 1 S. 1 AMG a.F. ein Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel:

„Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1, 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.“

Denkbar wäre eine Rückkehr zu einem umfassenden Verbot des Arzneimittelversandhandels im Sinne des § 43 Abs. 1 S. 1 AMG a.F. oder eine Beschränkung der geltenden Erlaubnisfähigkeit des Versandhandels auf nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel.

### 3.2. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe für ein Verbot

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Regelung eines Versandhandelsverbotes folgen in erster Linie aus dem **Grundrecht der Berufsfreiheit** aus Art. 12 Abs. 1 GG. Bei der **grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung**, also bei der Frage, ob ein Versandhandelsverbot zum Schutz (gefährdeter) Rechtsgüter geeignet, erforderlich und angemessen ist, sind die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum **verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab**, oder anders ausgedrückt zum **Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers**, zu berücksichtigen. Dieser muss nicht den Vorgaben des EuGH entsprechen, der in der o.g. Entscheidung zur Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einen **strengen Prüfungsmaßstab** angelegt und für die Gefährdung der zu schützenden Rechtsgüter „hinreichende Nachweise“, „genaue Angaben“ bzw. „Beweise“ gefordert hat.<sup>15</sup> Von Bedeutung für die Reichweite des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr die

„(...) Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, [die] Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und [die] Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“<sup>16</sup>

---

14 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003, BGBl. I, S. 2190.

15 EuGH (Fn. 1), Rn. 35 f., 40.

16 BVerfGE 50, 290, 332.

---

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der geltenden Erlaubnisfähigkeit des Versandhandels eine bestimmte Gefahrenschätzung vorgenommen hat, deren Korrektur begründungsbedürftig ist. In einer Entscheidung zum Versand von Impfstoffen betonte das Bundesverfassungsgericht, in Bezug auf die Gefahrenschätzung durch den Gesetzgeber dürften

„(...) Erfahrungen mit einer älteren, die Berufsangehörigen weniger belastenden Gesetzeslage bei einer Novellierung nicht einfach unbeachtet bleiben.“<sup>17</sup>

#### 4. Verfassungsmäßigkeit eines Verbots des Versandhandels mit RX-Arzneimitteln

##### 4.1. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit

Ein Verbot des Versandhandels mit RX-Arzneimitteln könnte gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

##### 4.1.1. Eingriff in den Schutzbereich

Der Betrieb von Apotheken stellt eine vom Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasste berufliche Tätigkeit dar. Zur geschützten Berufstätigkeit gehört insbesondere die **Arzneimittelabgabe** an die Endverbraucher. Das hier fragliche Versandhandelsverbot von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln beschränkt eine bestimmte Form der Arzneimittelabgabe und stellt damit einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Ob sich Apotheker aus dem EU-Ausland unmittelbar auf den Schutz der als Deutschengrundrecht ausgestalteten Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, ist verfassungsgerichtlich nicht geklärt.<sup>18</sup> Das Bundesverfassungsgericht geht aber davon aus, dass das durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Schutzniveau einer ausländischen juristischen Person mit Sitz in der EU über die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zukommen kann.<sup>19</sup>

Jedenfalls wären von einem Versandhandelsverbot diejenigen deutschen Apotheker betroffen, die einen Versandhandel betreiben, so dass die Berufsfreiheit als Prüfungsmaßstab für die Regelung eines Versandhandelsverbots greift.

##### 4.1.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG einer **gesetzlichen Grundlage**, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Insoweit muss das grundrechtsbeschränkende Gesetz insbesondere **verhältnismäßig** sein.

##### 4.1.2.1. Eingriffsintensität

Die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu prüfenden Anforderungen an die Wichtigkeit und Dringlichkeit der zu schützenden Rechtsgüter hängen im Sinne der sog. **Drei-Stufen-Theorie** des

---

17 BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 2003 – Az.: 1 BvR 1972/00 – juris, Rn. 43.

18 Vgl. BVerfG NJW 2016, 1436 f.

19 BVerfG (Fn. 17), 1437.

Bundesverfassungsgerichts von der **Intensität des Grundrechtseingriffs** ab. Unterschieden wird dabei zwischen weniger eingriffsintensiven Regelungen der **Berufsausübung** einerseits und besonders eingriffsintensiven Regelungen der **Berufswahl** andererseits. Während die Berufsausübung nur die Modalitäten der beruflichen Tätigkeit betrifft (das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit), entscheiden Regelungen der Berufswahl über den Zugang zu einem bestimmten Beruf (das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit). Wegen der höheren Eingriffsintensität sind an Berufswahlregelungen höhere Rechtfertigungsanforderungen zu stellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, soweit der **Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter** es **zwingend** erfordert. Die Freiheit der Berufsausübung kann hingegen beschränkt werden, soweit **vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls** es **zweckmäßig** erscheinen lassen.<sup>20</sup>

Entscheidend für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist damit, ob ein Versandhandelsverbot lediglich in die Berufsausübung oder auch in die Berufswahl der Apotheker eingreift. Man könnte erwägen, dass durch die Erlaubnisfähigkeit des Versandhandels mit Arzneimitteln ein **neues Berufsbild** des **Versandapothekers** etabliert wurde.<sup>21</sup> Ein Versandhandelsverbot könnte die Existenz solcher Versandapotheker bedrohen und damit ihre Berufswahl betreffen. Eine Existenzbedrohung käme auch bei einem auf verschreibungspflichtige Arzneimittel beschränkten Versandhandelsverbot in Betracht, wenn sich der Versandapotheker auf verschreibungspflichtige Arzneimittel spezialisiert hat.

Maßgeblich für die Annahme eines neuen Berufsbildes des Versandapothekers ist, ob sich die Tätigkeiten des Versandapothekers in ihrer **Aufgabenstellung** und in ihrer **rechtlichen Ausgestaltung** so sehr vom Beruf des traditionellen Apothekers in einer Präsenzapotheke unterscheiden, dass man sie als einen selbständigen Beruf ansehen muss.<sup>22</sup> Die Aufgaben in Versandapotheken weisen Unterschiede zu Präsenzapotheken auf. Die Unterschiede betreffen nicht nur die konkreten Aufgaben zur Gewährleistung eines sicheren Arzneimittelversandes, sondern z.B. auch die Beratung, die beim Versand entweder gar nicht oder auf andere Weise (telefonisch) erfolgt. Trotz dieser Unterschiede erweist sich die Tätigkeit des **Versandapothekers** im Ganzen **nicht** als ein **eigener Beruf**, sondern bloß als eine besondere Ausübungsform des traditionellen Apothekerberufs. Entscheidend ist insoweit die **rechtliche Ausgestaltung** des Arzneimittelversandes. Die Erlaubnisfähigkeit des Arzneimittelversandes ist nach § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG an den Betrieb einer Präsenzapotheke geknüpft. Ausdrücklich darf der Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln **nur zusätzlich** zum Betrieb einer Präsenzapotheke erfolgen. Eine Verselbständigung des Berufs des Versandapothekers ist danach ausgeschlossen. Vielmehr hat der Versandapotheker stets den

---

20 BVerfGE 7, 377 f. (Leitsatz Nr. 6).

21 So Koenig, Verfassungsrechtliche Bewertung eines Versandhandelsverbots für verschreibungspflichtige Arzneimittel, PharmR 2009, 261, 263 f. in Hinblick auf Apotheken mit einem Versandhandelsschwerpunkt und medizinischen Zusatzleistungen (Homecare-Versorgungskonzept).

22 Vgl. dazu BVerfGE 11, 30, 41 zur Frage des Kassenarztes als Beruf: „Von dieser Rechtsstellung des Arztes her ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Tätigkeit als Kassenarzt ein eigener Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG oder nur eine besondere Ausübungsform des allgemeinen Berufs des frei praktizierenden Arztes ist. Es mag ärztliche Tätigkeiten geben, die sich in der Aufgabenstellung und durch ihre rechtliche Ausgestaltung so sehr vom Beruf des frei praktizierenden Arztes unterscheiden, dass man sie als besonderen Beruf ansehen muss, wie etwa die des Amtsarztes.“



traditionellen Beruf des Apothekers in einer Präsenzapotheke auszuüben und darf nach der gesetzlichen Wertung § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG lediglich zusätzlich einen Versand von Arzneimitteln betreiben. Die Möglichkeit des Arzneimittelversandes stellt damit eine Regelung der Berufsausübung dar.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Anforderungen an die Rechtfertigung von Berufsausübungsregelungen allerdings zu modifizieren, wenn **atypische Fälle** vorliegen. So können Berufsausübungsregelungen wertungsmäßig Berufswahlregelungen gleichzustellen sein, wenn sie **faktisch wie Berufswahlregelungen** wirken.<sup>23</sup> Solche Wirkungen des hier zu prüfenden Versandhandelsverbots für verschreibungspflichtige Arzneimittel erscheinen jedoch unwahrscheinlich. Selbst wenn Apotheker den wirtschaftlichen Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf den Versand von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gelegt haben, dürfte von einem Versandhandelsverbot keine Existenzbedrohung ausgehen. Denn wie bereits ausgeführt ist der Versand von Arzneimitteln nach § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG nur zulässig, wenn er von einer Präsenzapotheke aus und zusätzlich zu ihr betrieben wird, so dass die wirtschaftliche Existenz weiterhin durch den Betrieb der Präsenzapotheke gewährleistet ist. Eine wertungsmäßige Gleichstellung der hier fraglichen Berufsausübungsregelung mit den Anforderungen an Berufswahlregelungen scheidet demnach aus. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf es daher nicht des Nachweises höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Vielmehr ist auf vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls abzustellen.

#### 4.1.2.2. Verhältnismäßigkeit

Ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln könnte dem **Zweck** dienen, durch Ausschluss des nun möglichen Preiswettbewerbs mit Apotheken aus dem EU-Ausland eine Verdrängung von inländischen Apotheken zu verhindern und eine **flächendeckende Versorgung mit Präsenzapotheken**, insbesondere im ländlichen Raum zu gewährleisten.<sup>24</sup> Eine flächendeckende Versorgung mit Präsenzapotheken wiederum verfolgt den Zweck einer sicheren Arzneimittelversorgung, und zwar u.a. durch die Möglichkeit individueller Beratungsleistungen sowie die Gewährleistung einer Notfallversorgung. Letztlich dient eine flächendeckende Versorgung mit Präsenzapotheken damit dem **Gesundheitsschutz**, einem besonders wichtigen Gemeinwohlbelang.<sup>25</sup>

Denkbar ist auch, dass ein Verbot des RX-Versandhandels mit den **allgemeinen Gesundheitsgefahren** begründet wird, die mit dem Versandhandel verbunden sind. Als problematisch werden insbesondere die fehlende Beratung, Probleme beim Versand oder bei der Aushändigung der

---

23 BVerfGE 11, 30, 42 ff.; 102, 197, 214 f.

24 In diesem Sinne wurde auch der Referentenentwurf des BMG (Fn. 5) begründet, siehe S. 2.

25 BVerfGE 78, 179, 192.

Arzneimittel, eine mögliche Desensibilisierung in Bezug auf die Gefährlichkeit von Arzneimitteln sowie die Zunahme von Arzneimittelfälschungen angesehen.<sup>26</sup> Da der Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln trotz dieser Risiken zugelassen wurde, sind die bisherigen Erfahrungen bei der Bewertung der Gesundheitsgefahren zu berücksichtigen.<sup>27</sup>

Auch wenn die bisherigen Erfahrungen nicht negativ ausgefallen sein sollten, wäre eine Neubewertung der Gefahrenlage nicht ausgeschlossen. Anlass für eine Neubewertung der allgemein mit dem Versandhandel verbundenen Gefahren wäre nämlich gerade der nun mögliche Preiswettbewerb mit Apotheken aus dem EU-Ausland und eine mögliche Zunahme des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln.

Das Verbot des RX-Versandhandels müsste zur Erreichung der o.g. Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen sein. Für die Annahme der **Eignung** einer gesetzlichen Regelung reicht es bereits aus, dass sie die Zweckerreichung fördert.<sup>28</sup> Von einer Eignung in diesem Sinn kann man hier ausgehen: Das Verbot des RX-Versandhandels würde die allgemein mit dem Versandhandel verbundenen Gesundheitsgefahren reduzieren und den Preiswettbewerb mit Apotheken aus dem EU-Ausland zu Lasten einer flächendeckenden Versorgung mit Präsenzapotheken verhindern. Im Übrigen kommt dem Gesetzgeber bei der Einschätzung der Eignung ein weiterer Spielraum zu.

Die **Erforderlichkeit** eines RX-Versandhandelsverbots ist nur dann gegeben, wenn keine **milderen Mittel** zur Verfügung stehen, die die Zweckerreichung in gleicher Weise fördern.<sup>29</sup> Als mildere Mittel kommen vorliegend zahlreiche Maßnahmen in Betracht. In Bezug auf die allgemein mit dem Versand verbundenen Gesundheitsverfahren kann insoweit auf die geltenden Vorschriften des Apothekengesetzes verwiesen werden, die der sicheren Arzneimittelversorgung beim Versand von Arzneimitteln dienen (vgl. § 11a ApoG). Da die geregelten Sicherungsmaßnahmen Restrisiken aber wohl nicht ausschließen, dürfte ihnen die im Verhältnis zu einem Versandhandelsverbot gleiche Eignung zum Schutz der Gesundheit fehlen. Zudem wäre dem Gesetzgeber bei der Einschätzung der gleichen Eignung wiederum ein Spielraum zuzubilligen.

Fraglich ist aber, ob mildere und gleich geeignete Mittel in Bezug auf eine flächendeckende Versorgung mit Präsenzapotheken zur Verfügung stehen. Der Europäische Gerichtshof verweist in der o.g. Entscheidung auf eine mögliche Aufhebung der Preisbindung. Es würden Hinweise dafür vorliegen, dass „**mehr Preiswettbewerb** unter den Apotheken die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln dadurch fördern würde, dass Anreize zur Niederlassung in Gegenden gesetzt

---

26 Siehe dazu Koenig (Fn. 10), 264; Starck, Die notwendige gesetzliche Neujustierung des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Medikamenten, DÖV 2008, 389 ff. Gegen die Annahme einer erhöhten Gefahr durch den Arzneimittelversandhandel Wodarz, Wiedereinführung des RX-Versandhandelsverbotes – verfassungsrechtlich zulässig?, in: PharmR 2017, 131, 135, die darauf hinweist, dass der Gesetzgeber den Versandhandel nur unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen erlaubt.

27 Vgl. dazu Ziff. 3.2.

28 BVerfGE 30, 292, 316.

29 BVerfGE 30, 292, 316.

würden, in denen wegen der geringeren Zahl an Apotheken höhere Preise verlangt werden könnten“.<sup>30</sup> Die Aufhebung der Preisbindung auch für die inländischen Apotheken würde ein milderes Mittel darstellen als ein Verbot des RX-Versandhandels. Durch eine höhere Vergütung der Apothekenleistungen, die nur durch Präsenzapotheken erbracht werden können, wäre eine gewisse Kompensation der wirtschaftlichen Nachteile durch den Preiswettbewerb mit den Versandapotheken denkbar. Eine gleiche Eignung dürfte aber auch diesem milderen Mittel nicht zukommen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass höhere Preise für besondere Apothekenleistungen geeignet wären, die wirtschaftliche Existenz der Präsenzapotheken zu sichern, wäre zu berücksichtigen, dass die Aufhebung der Preisbindung auch für inländische Apotheken zu besonderen Belastungen bestimmter Endverbraucher, z.B. auf dem Land, führen kann. Besondere Belastungen für die Endverbraucher können sich aber negativ auf ihre Arzneimittelversorgung auswirken oder die Krankenversicherungssysteme belasten, wenn die Krankenversicherungen die Zusatzkosten übernehmen. Darüber hinaus könnte sich ein allgemeiner Preiswettbewerb nachteilig auf die Wahrnehmung der nicht-wirtschaftlichen Gemeinwohlverpflichtungen der Apotheker, wie die Herstellung von Rezeptur Arzneimitteln auswirken. Dass der Europäische Gerichtshof diesen Argumenten zur fehlenden gleichen Eignung nicht gefolgt ist, liegt an dem zugrunde gelegten strengen Prüfungsmaßstab („hinreichende Nachweise“, „genaue Angaben“, „Beweise“).<sup>31</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der gleichen Eignung jedoch ein Einschätzungsspielraum zu.

Schließlich müsste sich das Verbot des RX-Versandhandels als **angemessen** erweisen. Insofern ist eine **Gesamtabwägung** zwischen der **Schwere des Eingriffs** in die Berufsausübung einerseits und dem **Gewicht und der Dringlichkeit** der zu schützenden Gemeinwohlbelange andererseits vorzunehmen.<sup>32</sup> Dabei kommt es auf die **konkrete Betroffenheit** der Rechts- bzw. Gemeinschaftsgüter an. Das Verbot des RX-Versandhandels würde die Versandapotheken in ihrer Berufsausübung nicht unerheblich beeinträchtigen. Auch wenn mit einer Existenzbedrohung angesichts des notwendigen Betriebs einer Präsenzapothek nicht zu rechnen ist, würde der mit dem Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel verbundene wirtschaftliche Gewinn wegfallen. Wie hoch die wirtschaftlichen Einbußen konkret wären, lässt sich von hier aus allerdings nicht weiter einschätzen. Auch könnten die Endverbraucher von den günstigeren Angeboten der Apotheken aus dem EU-Ausland und von den Vorteilen des Versandhandels nicht mehr profitieren. Auf der anderen Seite kommt dem **Schutz der Gesundheit** ein **besonderes Gewicht** zu. Es erscheint plausibel, dass sich die Apothekenstruktur durch den nun möglichen Preiswettbewerb mit Apotheken aus dem EU-Ausland zu Lasten einer flächendeckenden Versorgung mit Präsenzapotheken verändert. Eine erhebliche Zunahme des Versandhandels mit RX-Arzneimitteln könnte zudem die mit dem Versandhandel von Arzneimitteln allgemein verbundenen Gesundheitsgefahren verschärfen. Ein besonderer Nachweis höchstwahrscheinlicher schwerer Gesundheitsgefahren ist jedoch nicht erforderlich, da das Verbot des RX-Versandhandels „lediglich“ die Ebene der Berufsausübung betrifft.

---

30 EuGH (Fn. 1), Rn. 38, Hervorhebung nicht im Original.

31 EuGH (Fn. 1), Rn. 35 f., 40.

32 Siehe dazu BVerfGE 90, 145, 173.

Auch kann sich der Gesetzgeber für seine **Neubewertung der Gefahrenlage** plausibel auf die veränderten Umstände in Bezug auf den Preiswettbewerb mit Apotheken aus dem EU-Ausland berufen.

Unter Beachtung dieses **Einschätzungsspielraums** dürfte es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein, wenn der Gesetzgeber dem Schutz der Gesundheit mit einem Verbot des Rx-Versandhandels den Vorrang vor der freien Berufsausübung einräumt.<sup>33</sup>

#### 4.2. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich auch nicht aus den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Die mit einem Verbot nur des RX-Versandhandels verbundene Ungleichbehandlung zwischen dem RX- und dem OTC-Versandhandel bedarf nach dem hier anzulegenden Willkürmaßstab eines **sachlichen Grundes**. Dieser liegt in Bezug auf die allgemein mit dem Versand verbundenen Gesundheitsgefahren darin, dass **verschreibungspflichtigen Arzneimitteln** im Gegensatz zu nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ein **besonderes Gefahrenpotential** innewohnt. Auch hinsichtlich der flächendeckenden Versorgung mit Präsenzapotheken könnte man anführen, dass gerade der nun mögliche Preiswettbewerb mit den **umsatzrelevanteren RX-Arzneimitteln**<sup>34</sup> die Wirtschaftlichkeit der Präsenzapotheken gefährdet, während der schon jetzt zugelassene Preiswettbewerb bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln keine entsprechenden existenzbedrohenden Wirkungen auslöst.

### 5. Verbot des Versandhandels mit OTC-Arzneimitteln

Ein Verbot des OTC-Arzneimittelversandes zum Zweck des Gesundheitsschutzes kommt unionsrechtlich nach der sog. **Doc-Morris-Entscheidung** des Europäischen Gerichtshofs nicht in Betracht.<sup>35</sup> Wegen des **Vorrangs des Unionsrechts** vor dem nationalen Recht ist die **Frage** nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines solchen absoluten, den Versandhandel mit OTC-Arzneimitteln umfassenden Verbots **praktisch nicht relevant**. Unabhängig davon wären die oben dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 12 Abs. 1 GG bei der Regelung eines absoluten Verbots des Arzneimittelversands anzuwenden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung käme es darauf an, dass ein umfassendes Verbot des Arzneimittelversands die freie Berufsausübung stärker beschränken würde als ein bloßes Rx-Versandhandelsverbot. Gleichzeitig erschei-

---

33 Starck (Fn. 14), 391 ff. geht nicht nur von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, sondern auch von einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Regelung eines RX-Versandhandelsverbotes aus. Dagegen ist Wodarz (Fn. 25) 134 f. der Auffassung, dass der Zusammenhang zwischen dem Versandhandelsverbot und dem Schutzgut der Gesundheit nicht hinreichend spezifisch sei, da sich etwaige Gesundheitsgefahren nicht direkt aus dem Versandhandel ergäben, sondern nur aus dem Preiswettbewerb der Apotheken resultieren könnten. Da es sich dabei nur um einen indirekten Zusammenhang handle, sei ein RX-Versandhandelsverbot verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigen.

34 Vgl. dazu die Studie der IfH Institut für Handelsforschung GmbH, Versandhandel mit Arzneimitteln in Deutschland (2012), 51, wonach verschreibungspflichtige Arzneimittel im Jahr 2010 79,2 Prozent der Apothekenumsätze ausmachten.

35 Vgl. Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa (Fn. 2), 11 f.

nen jedoch die mit dem Verbot verfolgten Zwecke des Gesundheitsschutzes bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln weniger dringlich, so dass für die Rechtfertigung eines absoluten Verbotes des Arzneimittelversandes ein höherer Begründungsaufwand notwendig wäre.

\* \* \*