

**Öffentliche Anhörung zu den Anträgen der Fraktionen FDP: Auswüchse des Versandhandels mit Arzneimitteln unterbinden (BT-Drs. 16/16/9752 und**

**DIE LINKE: Für eine qualitätsgesicherte und flächendeckende Arzneimittelversorgung – Versandhandel auf rezeptfreie Arzneimittel begrenzen (BT-Drs. 16716/9754)**

**am Mittwoch, dem 25. März 2009**

**Stellungnahme des Einzelsachverständigen Prof. Dr. Michael Uechtritz zu den Anträgen**

**Vorbemerkung:**

Im Folgenden wird zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragen Stellung genommen, die die Anträge der Fraktion der FDP und der Fraktion DIE LINKE aufwerfen. Da der Antrag der Fraktion DIE LINKE auf ein weitergehendes Ziel gerichtet ist – die Begrenzung des Versandhandels auf rezeptfreie Arzneimittel – wird zunächst auf die Frage eingegangen, inwieweit eine solche Einschränkung europarechtlichen und/oder verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

Im Anschluss hieran wird auf den Antrag der Fraktion der FDP eingegangen, der darauf abzielt, den Versand von Arzneimitteln auf den Versand unmittelbar an den Endverbraucher zu beschränken, also die Abgabe von Arzneimitteln über Abholstellen, wie es zurzeit teilweise von Drogeriemärkten angeboten wird, zu unterbinden.

**I. Wäre ein Verbot des Versandes rezeptpflichtiger Arzneimittel europarechtlich zulässig?**

In seinem Urteil vom 11. Dezember 2003

Rs. C-322/01

hat der EuGH entschieden, dass der Versandhandel mit *rezeptfreien* Arzneimitteln nicht generell verboten werden darf. Gleichzeitig hat der EuGH aber anerkannt, dass der Fernabsatz rezeptpflichtiger Medikamente aus Gründen des Gesundheitsschutzes beschränkt werden darf. Der EuGH hat auf die größeren Gefahren hingewiesen, die von diesen Arzneimitteln ausgehen können. Der EuGH stuft das Verbot des Ver-

sandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zwar als – grundsätzlich unzulässige – Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EG-Vertrag ein. Er geht in seinem Urteil vom 11. Dezember 2003 allerdings davon aus, dass Art. 30 EG-Vertrag grundsätzlich eine Rechtfertigung für eine derartige Beschränkung (aus Gründen des Gesundheitsschutzes) darstellen kann. In Bezug auf die seinerzeit geltende Rechtslage und den entsprechenden Einschätzungen des nationalen Gesetzgebers hatte der EuGH keine Bedenken gegen ein Verbot in Bezug auf verschreibungspflichtige Arzneimittel. Grundsätzlich gilt also: Der nationale Gesetzgeber ist in seiner Entscheidungsbefugnis frei. Zu beachten ist aber, dass der EuGH gerade in seiner jüngeren Rechtsprechung betont, bei der Rechtfertigung von Maßnahmen, die nach Art. 28 EG-Vertrag grundsätzlich verboten sind, komme es darauf an, ob der jeweilige nationale Gesetzgeber tatsächlich nachvollziehbare Argumente für die jeweilige Beschränkung vortragen könne.

Jüngst Urt. v. 10.03.2009 („Hartlauer“) – Rs. C-169/07

Insoweit könnte sich aktuell – nach dem die tatsächlichen Erfahrungen mit dem (regulierten) Versandhandel auch von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln keine nachteiligen Auswirkungen aufgezeigt haben – die Frage stellen, ob auf dieser Basis heute noch in substantiierte Weise Gründe für eine Gesundheitsgefährdung durch die Zulassung des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln angeführt werden können.

Auf diesen Punkt muss aber nicht näher eingegangen werden: Wie im Folgenden darzulegen ist, bestehen in *verfassungsrechtlicher* Hinsicht im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG gravierende Bedenken gegen ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Bevor auf diese näher eingegangen wird, ist folgende Klarstellung angezeigt:

*Aus der Entscheidung des EuGH zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit eines Verbots des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln können keine Schlussfolgerungen für die Frage gezogen werden, ob der nationale Gesetzgeber bei einer derartigen Regelung verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegt. Die Entscheidung des EuGH bedeutet lediglich, dass es der EuGH grundsätzlich für möglich hält, ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch Erwägungen in Bezug auf den Gesundheitsschutz gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen zu können. Ob diese Erwägungen im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG und den Anforderungen des BVerfG an die Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen der Berufsfreiheit*

*tragfähig sind, bedarf einer eigenständigen Prüfung nach Maßgabe der im nationalen Recht geltenden (verfassungsrechtlichen) Anforderungen. Das Ergebnis dieser Prüfung ist nicht – auch nicht partiell – durch die Ausführungen des EuGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 determiniert.*

## **II. Wäre ein Verbot des Versandes rezeptpflichtiger Arzneimittel verfassungsrechtlich zulässig?**

1. Ein Verbot des Versandhandels stellt einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Berufsausübung dar. Ein solcher ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur dann zulässig, wenn er durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.

Zum Beispiel BVerfGE 61, 291, 312 und 68, 272, 282

Grundsätzlich ist die Volksgesundheit, die für die Einführung eines derartigen Verbots angeführt wird, ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, welches Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit rechtfertigen kann. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von Maßnahmen, die die Freiheit der Berufsausübung beschränken, folgt aber nicht schon daraus, dass diese auf ein legitimes Ziel ausgerichtet sind. Es bedarf weiter der Prüfung, ob die entsprechenden Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels tatsächlich *geeignet* und *erforderlich* sind (wobei unter „Erforderlichkeit“ zu verstehen ist, dass es kein „milderes Mittel“ geben darf).

Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 94, 372, 389 f. und BVerfGE 117, 163, 182

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, dann halten die entsprechenden Maßnahmen einer Überprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nicht Stand – auch wenn an der Legitimität des verfolgten Ziels kein Zweifel besteht. Vorliegend gilt: Gegen das angestrebte Ziel „Arzneimittelsicherheit“ bzw. „Gesundheitsschutz“ können Einwände - selbstverständlich – nicht erhoben werden. Das hierfür angedachte Mittel erweist sich aber weder als geeignet noch als erforderlich. Im Einzelnen:

2. Zunächst stellt sich die Frage, ob beim Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel spezifische *Transportrisiken* bestehen, die bei der Abgabe in Präsenzapotheken nicht existent sind und für sich genommen ein Versandverbot rechtfertigen könnten.

Diese Frage ist zu verneinen. Zum einen kann durch die Anforderungen des § 11 a ApoG bzw. § 17 Abs. 2 a ApoBetrO sichergestellt werden, dass eine ordnungsmäßige Verpackung zur Minimierung der Transportgefahren erfolgt. Zum anderen hat das BVerfG bereits in seinem Beschluss vom 11. Februar 2003

1 BvR 1972/00, 1 – BVerfGE 107, 186 ff.

die Existenz spezifischer Transportrisiken (in Bezug auf die besonders transportsensiblen Impfstoffe) verneint. Das BVerfG hat ausdrücklich hervorgehoben, es sei nicht ersichtlich, dass die Gefahren beim Transport von der Apotheke zum Endverbraucher höher seien, als die Gefahren bei einem Versand zwischen dem Großhändler und dem Apotheker.

Auch das BVerwG hat in seinem bekannten Urteil zu „Pick-up-Stellen“ vom 13. März 2008

3 C 27/07 – NVwZ 2008, 1238 ff.

betont, dass Belange des Verbraucherschutzes und der Arzneimittelsicherheit nicht gegen einen Versand von (rezeptpflichtigen) Arzneimitteln sprechen.

3. Als weiterer Gesichtspunkt zur Rechtfertigung eines Versandverbotes wird – auch in der Begründung des Antrags der Fraktion DIE LINKE – auf das persönliche Gespräch bzw. die individuelle Beratung durch den Apotheker verwiesen, als letztes Korrektiv um Neben- und Wechselwirkungen verschiedener Arzneimittel zu erkennen. Insoweit gilt: Selbstverständlich ist die persönliche Beratung in einer Präsenzapotheke grundsätzlich geeignet, den entsprechenden Gefahren zu begegnen – unter der Voraussetzung, dass zum einen das bestehende System (Abgabe nur durch Präsenzapotheken) diese Beratung sicherstellt und zum anderen in Bezug auf die Versandapotheken kein Surrogat zur Verfügung steht, welches in gleicher Weise geeignet ist, den entsprechenden Gefahren zu begegnen.

Beide Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Unabhängig von der Frage, wie die tatsächliche Qualität der Beratung in den Präsenzapotheken ist (die Stiftung Warentest hat hier im Jahr 2008 erhebliche Defizite aufgezeigt), kommt diese in Bezug auf den Aspekt „Neben- und Wechselwirkungen“ ohnehin nur dann in Betracht, wenn derartige Risiken für den beratenden Präsenzapotheker überhaupt erkennbar sind. Bei einer stark frequentierten Apotheke und dem nicht gleichzeitigen Verkauf verschiede-

ner Arzneimittel wird der beratende Präsenzapotheker die Gefahren möglicher Nebenwirkungen überhaupt nicht erkennen können. Noch weniger ist dies der Fall, wenn der jeweilige Arzneimittelkonsument unterschiedliche Apotheken aufsucht.

Demgegenüber müssen Versandapotheken nach den gesetzlichen Vorgaben ein geeignetes System zur Beratung vorhalten. Die Versandapotheke wird typischerweise eher in der Lage sein als ein Präsenzapotheker auf das besondere Wechselwirkungen hinzuweisen. Dies schon deshalb, weil bei der Versandapotheke nach Feststellungen der Stiftung Warentest so genannte Patientenakten geführt werden, aus denen erkennbar ist, welche (anderen) Arzneimittel abgegeben worden sind. Zudem erhält jeder Kunde mit seiner Lieferung einen Patientenbrief, der auf Wechselwirkungen hinweist. Letztlich erscheint es auch plausibel, dass das besonders qualifizierte Beratungspersonal, welches die Versandapotheke vorhält (und nach den gesetzlichen Vorgaben vorhalten muss), in mindestens gleicher Weise geeignet ist, wie das pharmazeutische Personal in Präsenzapotheken, auf Neben- und Wechselwirkungen hinzuweisen. So hat etwa der BGH in seinem Urteil vom 20. Dezember 2007

I ZR 205/04

in Bezug auf die niederländische Versandapotheke „DocMorris“ festgehalten, dass dort zur Beantwortung von Fragen drei approbierte Apotheker, eine Ärztin und pharmazeutisch technische Assistenten zur Verfügung stehen.

In empirischer Hinsicht gilt es zu beachten, dass die bisherige Erfahrung mit dem Versandhandel keine Anhaltspunkte dafür geliefert hat, dass die Beratung durch die Versandapotheken gegenüber derjenigen durch Präsenzapotheken qualitativ schlechter ist und eine Zunahme von Gesundheitsgefährdungen bei den Patienten bewirkt hat. Diese Einschätzung wird durch einen Test der Stiftung Warentest aus dem Jahr 2007 untermauert.

Gewiss steht dem Gesetzgeber eine *Einschätzungsprärogative* zu. Gefahren für ein wichtiges Gemeinschaftsgut wie die Volksgesundheit kann der Gesetzgeber durch berufsbeschränkende Maßnahmen auch dann unterbinden, wenn derartige Gefahren nicht nachgewiesen, diese jedoch wahrscheinlich oder zumindest konkret möglich erscheinen. Diese – von der Rechtsprechung des BVerfG anerkannte – Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers muss aber vor dem Hintergrund gesehen werden, dass sich typischerweise die Frage stellt, ob der Gesetzgeber von einer vertretbaren

*Prognose* ausgegangen ist, also seine Erwartungen in die künftige Entwicklung also plausibel erscheinen. Anders stellt sich die Situation und auch die Rechtslage aber dann dar, wenn eine bestimmte Konstellation (die angebliche „Gefahrenlage“) bereits seit längerem existiert (hier der Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln) und wenn die empirische Analyse dieser Situation ergibt, dass die vermutete oder behauptete Gefahrenlage tatsächlich nicht existiert. In einer solchen Situation ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers eingeschränkt. Anders formuliert: Die verfassungsrechtliche Überprüfung im Hinblick auf „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ erfolgt nach einem strengen Maßstab.

4. In der Begründung des Antrags der Fraktion DIE LINKE wird weiter auf die alarmierend hohe Anzahl von medikamentenabhängigen Personen hingewiesen. Dies spreche gegen die Erleichterung des Zugangs zu Medikamenten durch den Versandhandel. Auch hier gilt: Selbstverständlich ist es ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen, die Zahl medikamentenabhängiger Personen zu reduzieren. Es ist aber in keiner Weise ersichtlich, wieso (gesetzlich geregelte und legale) Versandhandel den Zugang zu verschreibungspflichtigen Arzneimitteln tatsächlich erleichtert. Die Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels setzt die Ausstellung eines Rezepts durch den Arzt voraus. Die Möglichkeit eines Missbrauchs, dass eine Person gefälschte Rezepte verwendet, um an verschreibungspflichtige Arzneimittel zu kommen, ist bei Inanspruchnahme des Versandhandels nicht größer, als bei Inanspruchnahme einer Präsenzapotheke. Im Gegenteil: Während in einer Präsenzapotheke der Patient/Arzneimittelbezieher „anonym“ erscheint, erfolgt bei einer Versandapotheke die Bestellung schriftlich. Der Besteller muss sich identifizieren und eine Adresse zum Empfang angeben. Die „Hemmschwelle“, in einem solchen Fall mit gefälschten Rezepten zu operieren, kann daher als höher eingeschätzt werden, als bei der Inanspruchnahme einer Präsenzapotheke.

In Bezug auf die Prüfungsintensität der vorgelegten Rezepte und die Wahrscheinlichkeit, dass mögliche Fälschungen erkannt oder nicht erkannt werden, ist nicht ersichtlich, dass zwischen Versandapotheken und Präsenzapotheken ein Unterschied bestehen könnte.

5. Eng zusammen mit dem zuvor erörterten Argument der Bekämpfung des Arzneimittelmissbrauchs steht der Hinweis darauf, dass im Internet ein intensiver – illegaler – Handel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln stattfindet. Die Gefahr von Arzneimittelfälschungen sei durch diesen Handel gestiegen. Diese Feststellung ist zutref-

fend. Der illegale Handel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Internet (vor allem mit so genannten „Lifestyle-Medikamenten“) hat aber mit dem legalen Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel (nach Vorlage und Prüfung eines entsprechenden Rezepts bei der Versandapotheke) nichts zu tun. Es ist nicht einmal im Ansatz erkennbar, warum derjenige, der bisher – illegal – einen Internethandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (oder auch mit gefälschten Arzneimitteln) betreibt, diese Tätigkeit aufgeben sollte, wenn der Gesetzgeber den *legalen* Versandhandel mit Apotheken verbietet. Es ist auch nicht erkennbar, dass derartige illegale Aktivitäten durch ein Verbot des legalen Versandhandels nur in spürbarer Weise erschwert würden.

6. Weiter könnte erwogen werden, inwieweit die Untersagung des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln deshalb – mittelbar – der Volksgesundheit dient, weil sie die *flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln* (einschließlich des bereits behandelten Notfalldienstes) gewährleistet. Derartiges könnte aber nur dann angenommen werden, wenn dem Versandhandel eine solche Bedeutung zukäme, dass hierdurch die wirtschaftliche Existenzgrundlage von Präsenzapotheken gefährdet und damit mittelbar die flächendeckende Versorgung beeinträchtigt wird. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte. Der Marktanteil der Versandapotheken beträgt ca. 1 %. Die Zahl der Präsenzapotheken hat sich seit Einführung des Versandhandels nicht verringert sondern – geringfügig – erhöht. Gleiches gilt für den durchschnittlichen Apothekenumsatz.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die flächendeckende Versorgung durch Präsenzapotheken in einigen Gebieten (z.B. in Mecklenburg-Vorpommern, aber auch in Flächenstaaten des alten Bundesgebietes) bereits heute nicht mehr überall gewährleistet ist. In diesen Bereichen trägt die Zulassung des Versandhandels gerade zur Schließung entsprechender Lücken bei. Sie fördert also eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gerade dort, wo bereits aktuell die flächendeckende Versorgung nicht mehr existiert oder zumindest gefährdet ist.

7. In der Diskussion um eine Beschränkung des Versandhandels auf rezeptfreie Arzneimittel wird bisweilen auch geltend gemacht, EU-ausländische Versandapotheken seien nicht an die deutsche Arzneimittelpreisverordnung gebunden. Infolgedessen liefen gewisse Steuerungselemente in der gesetzlichen Krankenversicherung „ins Leere“. Hierdurch könnten „Mehrausgaben für die gesetzliche Krankenversicherung“ provoziert werden.

Eine derartige Erwägung findet sich z.B. im Gesetzesantrag der Freistaaten Sachsen und Bayern, BR-Drs. 538/08

Hierzu gilt:

- a. Die Frage, ob eine EU-ausländische Versandapotheke an die deutsche Arzneimittelpreisverordnung gebunden ist, wird im juristischen Schrifttum und der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt.

Bejahend z.B. OLG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2007 – 6 U 26/07 –;  
verneinend u.a. OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2004 – 4 U 74/04.

Nachdem sich jüngst das BSG der restriktiven Auffassung angeschlossen und mit ausführlicher Begründung dargelegt hat, warum deutsches Preisrecht nicht anwendbar ist,

Urt. v. 28.07.2008 – B 1 KR 4/08 R –

dürfte von einer weitgehenden Klärung in der Rechtsprechung (und damit für die Rechtspraxis) auszugehen sein – und zwar i.S.d. Nichtanwendbarkeit der Arzneimittelpreisverordnung auf den Versand von Arzneimitteln durch Versandapotheken mit Sitz im Ausland.

- b. Die Frage, ob der Gesetzgeber befugt wäre, ausdrücklich eine Erstreckung der Arzneimittelpreisverordnung für Importe aus dem EU-Ausland anzuordnen, ist bisher – soweit ersichtlich – kaum erörtert worden. Von denjenigen, die – abweichend von der herrschenden Meinung – von der Anwendbarkeit der Arzneimittelpreisverordnung ausgehen, wird diese Frage jedenfalls implizit bejaht. Das BSG hat aber in der bereits zitierten Entscheidung darauf hingewiesen, die Nichtanwendbarkeit der Arzneimittel-Preisvorschriften auf Fertigarzneimittel, die nach Deutschland importiert werden, sei Ausdruck des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips. Daran wird deutlich, dass erhebliche Bedenken gegen eine Anwendung der deutschen Arzneimittelpreisverordnung auf Arzneimittelimporte bestehen.
- c. Geht man von der Nichtanwendbarkeit der Arzneimittelpreisverordnung für den Import von Fertigarzneimitteln aus (und damit der Nicht-Geltung der Arzneimittelpreisverordnung für eine EU-ausländische Versandapotheke), dann stellt sich in Bezug auf den Antrag der Fraktion DIE LINKE die Frage, ob hier-



in ein – vom Gesundheitsschutz unabhängiger – Rechtfertigungsgrund liegen kann, den Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln insgesamt zu unterbinden, wegen der Gefahr des „Leerlaufens“ von Steuerungselementen in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Diese Befürchtungen sind nicht begründet:

Zum einen ist auf den geringen Marktanteil der Versandapotheken in Bezug auf die Arzneimittelabgabe an GKV-Versicherte hinzuweisen. Dieser liegt bei ca. 1 %. Selbst eine – unterstellte – Wirkungslosigkeit von Steuerungsinstrumenten des Arzneimittelpreisrechts in diesem Segment hätte also kaum ins Gewicht fallende Auswirkungen.

Hinzu kommt, dass aus wirtschaftlichen Gründen ein Anreiz, für eine EU-ausländische Versandapotheke verschreibungspflichtige Arzneimittel zu einem Preis abzugeben, der unter demjenigen liegt, der sich in Anwendung der Arzneimittelpreisverordnung ergibt, nicht existiert. Dies wird insbesondere aus dem bereits zitierten Urteil des BSG vom 28. Juli 2008 deutlich: Eine EU-Auslandsapotheke hat einerseits die Möglichkeit, den „Vorteil“ der Freistellung von der Arzneimittelpreisverordnung zu „konservieren“, muss dann aber auf die Einräumung des Herstellerrabatts verzichten. Alternativ kann eine EU-Auslandsapotheke dem Arzneimittellieferungsvertrag nach § 129 SGB V beitreten. Dieser Rahmenvertrag sichert indes gerade die Einbeziehung der Apotheken in die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots der GKV und sanktioniert eventuelle Verstöße der Apotheken hiergegen. Zu betonen ist, dass der Rahmenvertrag insbesondere Sanktionen bei Verstößen der Apotheken gegen die Zuzahlungsregelungen für gesetzlich Krankenversicherte vorsieht (§§ 61, 62 SGB V) – ein wesentliches Steuerungsinstrument zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch Ausbildung und Stärkung eines Kostenbewusstseins der Versicherten.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Befürchtung, Steuerungselemente der gesetzlichen Krankenversicherung liefen ins Leere (mit der Folge von Mehrausgaben für die gesetzlichen Krankenkassen), auch durch § 130 a Abs. 8 SGB V i.V.m. § 31 Abs. 3 SGB V an Bedeutung verloren hat. Soweit die Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmen Rabattverträge i.S.d. § 130 a Abs. 8 SGB V geschlossen haben, können sie gemäß

§ 31 Abs. 3 Satz 5 SGB V vorsehen, dass die Zuzahlung (ihrer Versicherten) für die rabattierten Arzneimittel um die Hälfte ermäßigt wird oder entfällt, wenn hieraus Einsparungen zu erwarten sind. Tatsächlich wird sowohl vom Instrument der Rabattverträge als auch von der Möglichkeit der Zuzahlungsbefreiung in der Praxis in großem Umfang und mit zunehmender Tendenz Gebrauch gemacht.

Insgesamt gilt daher: Es besteht keine ernstliche Befürchtung, dass durch den Versandhandel von EU-Auslandsapotheken Mehrausgaben für die gesetzlichen Krankenversicherungen provoziert werden und dass auf diese Weise das wichtige Gemeinschaftsgut Leistungsfähigkeit der GKV bzw. Beitragssatzstabilität in der GKV gefährdet werden könnte.

### **III. Wäre es verfassungsrechtlich zulässig, den Versand von Arzneimitteln auf den Versand unmittelbar an den Endverbraucher zu beschränken?**

Diese Frage läuft im Kern darauf hinaus, ob der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert ist, den Versandhandel entgegen der „weiten“ Definition, die das BVerwG im Urteil vom 13. März 2008

3 C 27/07 – NJW 2008, 1238 ff.

vorgenommen hat, gesetzgeberisch einschränken und zwar in dem Sinne, dass festgeschrieben wird, dass die bestellten Medikamente dem Endverbraucher an seine Adresse zugestellt werden müssen und eine Übersendung an eine so genannten (gewerbliche) „Abholstation“ unzulässig ist.

Ein entsprechendes Verbot würde den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG in zweifacher Weise berühren: Zum einen tangiert es die Berufsausübungsfreiheit der Versandapotheke, die sich für ihre Tätigkeit (auch) einer solchen „Pick-up-Station“ bedient. Zum anderen beschränkt es auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit desjenigen, der die entsprechende „Pick-up-Station“ für die Versandapotheke betreibt.

Es bestehen Zweifel, ob hinreichende Gründe des Gemeinwohls i.S.d. Drei-Stufen-Theorie des BVerfG diese Einschränkung der Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermögen. Für die Zulässigkeit einer derartigen Einschränkung spricht zunächst, dass der hierdurch bewirkte Grundrechtseingriff sowohl im Hinblick auf die betroffene Versandapotheke als auch im Hinblick auf den jeweiligen „Pick-up-Station“-Betreiber deutlich geringeres Gewicht hat,

als ein Totalverbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Ungeachtet dessen sind auch Grundrechtseingriffe von geringerem Gewicht rechtfertigungsbedürftig. Es fragt sich, welche Gründe insoweit in Betracht kommen könnten. Die Argumente, die in der öffentlichen Diskussion gegen den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen generell vorgetragen werden und zu denen bereits Stellung genommen wurde, scheiden jedenfalls aus, da diese Argumente im Kern darauf abzielen, die Abgabe der Arzneimittel in der Präsenzapotheke sicherzustellen. Derartiges wird durch ein Verbot des Einsammelns von Rezepten in „Pick-up-Stationen“ und des Verbots einer Ausgabe an derartige Abholstellen nicht erreicht.

Für eine solche Einschränkung könnte zunächst sprechen, dass die vom BVerwG vorgenommene „weite“ Definition des Versandhandels, also die Annahme, auch die Übersendung an eine Abholstation unterfalle noch dem Begriff des „Versandhandels“, nicht zwingend erscheint. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung selbst eingeräumt, dass der Gesetzgeber bei Einführung des Versandhandels mit Arzneimitteln vom „klassischen“ Versandhandelsmodell mit *individueller Zustellung* ausgegangen sein dürfte. Weiter meinte das Gericht, Geschichte und Systematik des Gesetzes sprächen „nicht zwingend für eine engere Auslegung“.

Vor diesem Hintergrund würde also eine Rückführung des Versandhandels auf das „klassische“ Modell zunächst nur dazu führen, dass der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers Geltung verschafft würde.

Zu beachten ist aber die Aussage des BVerwG, die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen hätten, den Arzneimittelversand zuzulassen, rechtfertigten im Hinblick auf das grundrechtlich verbürgte Recht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht, eine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung vorzunehmen. Für eine solche Beschränkung seien – so das BVerwG – triftige Gründe des Gemeinwohls nicht ersichtlich. Die gleiche Auffassung hatte – mit detaillierter Begründung – bereits in der Vorinstanz das OVG Münster vertreten.

Urt. v. 07.11.2006 – 13 A 1314/06

Vor dem Hintergrund dieser – aktuellen – Bewertung des BVerwG bestehen zumindest Zweifel, ob eine entsprechende gesetzgeberische Beschränkung des Versandes unmittelbar an den Endverbraucher verfassungsrechtlich haltbar wäre.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das BVerwG bei seiner Entscheidung vom 13. März 2008 keine Veranlassung hatte, die Frage vertieft zu prüfen, ob tatsächlich keine Gründe des Gemeinwohls existieren, die eine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung rechtfertigen. Hierfür bestand für das BVerwG schon deshalb kein Anlass, weil es in Auslegung der tatsächlich vom Gesetzgeber getroffenen Regelung, also bei Anwendung des einfachen Rechts schon zu der Annahme gelangte, die aktuell geltenden gesetzlichen Vorschriften des ANG und des § 11 a ApoG enthielten kein derartiges Verbot. Vor diesem Hintergrund bestand für das BVerwG kein Anlass zu vertieften verfassungsrechtlichen Erwägungen.

Möglicherweise könnte für eine Beschränkung des Versandhandels unmittelbar an den Endverbraucher auf eine Erwägung zurückgegriffen werden, die das BVerwG in seinem Urteil vom 13. März 2008 selbst angestellt hat: Das BVerwG hat in seiner Entscheidung konstatiert, die geltende Rechtslage verbiete ein „Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch einen Gewerbetreibenden“. Ersichtlich – und zurecht – hat das BVerwG gegen ein derartiges Verbot auch keine Bedenken. Das BVerwG betont, das in den Vertrieb eingeschaltete Unternehmen (also auch die Abholstelle) dürfe durch seine Werbung nicht den Eindruck erwecken, bei ihm könne man Arzneimittel kaufen. Ein derartiges Verhalten hebe „zumindest nach außen die alleinige Verantwortung der Apotheke für die Arzneimittellieferung auf, die das Gesetz verlangt“. Die Einschätzung erscheint vertretbar, dass auch unabhängig von der Werbung des in den Vertrieb eingeschalteten Unternehmens (also der jeweiligen Abholstelle) beim Abholer der Eindruck erweckt wird, Arzneimittel seien nicht nur in Apotheken (oder durch den Versand per Zustellung an die eigene Adresse) erhältlich, sondern auch bei einer gewerblichen „Abholstelle“. Ob allerdings allein das Risiko, dass ein entsprechender „Eindruck“ in der Öffentlichkeit entsteht, ausreicht, um eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen, ist zweifelhaft.

- Prof. Dr. Michael Uechtritz -