

## 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](http://www.digr.de)

Freie Universität Berlin  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin  
Telefon: (030) 838-53972,-53973  
Telefax: (030) 838-54444  
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de

Homepage: [www.helge-sodan.de](http://www.helge-sodan.de)

Berlin, am 23. März 2009

### Schriftliche Stellungnahme

zum Antrag der Abgeordneten Daniel Bahr (Münster), Martin Zeil, Heinz Lanfermann, Dr. Konrad Schily und anderen sowie der Fraktion der FDP

„Auswüchse des Versandhandels mit Arzneimitteln unterbinden“

[BT-Drucks. 16/9752]

Zu dem vorgenannten Antrag nehme ich aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht wie folgt Stellung:

#### I. Einleitung

Durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. November 2003 (BGBl. I, S. 2190) wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2004 der Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln ausdrücklich erlaubt und gesetzlich geregelt. Im Einzelnen wurden hierzu drei Vorschriften geändert bzw. neu geschaffen. Während nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG a. F. Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 AMG grundsätzlich „nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden“ durften, verbietet § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG n. F. nunmehr den Versand von Arzneien lediglich dann, wenn er „ohne behördliche Erlaubnis“ erfolgt. Ergänzend regelt die neu eingefügte Nr. 1a in § 73 Abs. 1 Satz 1 AMG, dass Arzneimittel aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union nur in den Geltungsbereich des Arzneimittelgesetzes via Versand eingeführt werden dürfen, wenn sie „entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel versandt“ werden. Ein neuer § 11a ApoG bestimmt die Zulassungsvoraussetzungen für den Versand von Arzneimitteln durch die Apotheken. Eine solche Erlaubnis kann demnach nur solchen Apothekern erteilt werden, die über eine Apothekenerlaubnis nach

§ 2 ApoG verfügen und die Erfüllung einzelner in § 11a Satz 1 ApoG genannter Kriterien der Qualitäts- und Zustellungssicherheit versichern.

In ihrem Gesetzentwurf zum GMG begründen die Fraktionen SPD, CDU/CDU und Bündnis 90/Die Grünen die Neuregelung wie folgt: „Die Ermöglichung des Versandhandels und des elektronischen Handels auch mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln trägt der geänderten Situation im Gesundheitswesen Rechnung. In zunehmenden Maße bestellen deutsche Bürgerinnen und Bürger über Internet sowohl verschreibungspflichtige als auch nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel aus dem Ausland (elektronischer Handel, e-Commerce). Dieser Arzneimittelhandel ist nicht geregelt und überwacht, weshalb der Verbraucher dabei ein unkalkulierbares Risiko eingeht. Diese Änderung des Arzneimittelgesetzes dient somit dem Verbraucherschutz, da der Verbraucher durch einen geregelten, kontrollierten und überwachten Versandhandel einschließlich des elektronischen Handels mit Arzneimitteln besser als bisher geschützt werden kann“ (BT-Drucks. 15/1525, S. 165).

Bei der Anwendung der neuen Regelungen trat die Frage auf, ob Versandhandel im Sinne der genannten Regelungen auch die Abgabe von Arzneimitteln im Wege des „Abholkonzepts“ erfasst. Hierbei können insbesondere Drogeriemärkte, aber auch etwa Tankstellen und Kioske als Abholstellen tätig werden. Dabei lassen sich nicht nur Arzneien abgeben, die zuvor beim jeweiligen Versand bestellt wurden. Vielmehr können Drogerie-, Tankstellen- und Kioskbetreiber auch die Rezepte entgegennehmen. In seinem Urteil vom 13. März 2008 (Az.: 3 C 27.07) vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, nach der derzeitigen Rechtslage sei ein weiter Begriff des Versandhandels anzuwenden. Versandhandel könne daher auch nach dem „Abholkonzept“ erfolgen. Diese weite Auslegung sei nicht nur vom „natürlichen Wortsinn des Versandhandels umfasst“. Auch der Sinn und Zweck des Gesetzes, nämlich die Erschließung von Einsparpotentialen spräche hierfür. Denn die individuelle Zustellung sei „naturgemäß aufwendiger als die Bereitstellung zur Abholung an einer Abholstation“. Weiterhin sollte ein „Service entsprechend den individuellen Bedürfnissen der Kunden“ ermöglicht werden. Weder Belange des Verbraucherschutzes und der Arzneimittelsicherheit noch die Gefahr eines unkritischen Arzneikonsums stünden der weiten Auslegung des Versandhandelsbegriffs entgegen. Schließlich erfordere „auch die Absicht des Gesetzgebers, faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit Präsenzapotheken zu schaffen“, keine einschränkende Auslegung (BVerwG a. a. O.).

Mit dem Ziel der Gewährleistung der Arzneimittelsicherheit und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Bestell- sowie Abholstellen einerseits und niedergelassenen Apotheken andererseits brachte die FDP-Bundestagsfraktion im Juni 2008 folgenden Antrag in den Bundestag ein (BT-Drucks. 16/9752, S. 1):

„Der Bundestag wolle beschließen:

Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, umgehend einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Abgabe von Arzneimitteln über Abholstellen, wie es zurzeit z. B. von Drogeriemärkten angeboten wird, unterbindet.“

Im Folgenden sollen verfassungs- und europarechtliche Fragen eines Verbots des Versandhandels nach dem „Abholkonzept“ geklärt werden.

## **II. Verfassungsrechtliche Fragen**

Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellt sich insbesondere die Frage, ob ein Verbot des Versandes von Arzneimitteln nach dem „Abholkonzept“ mit der in Art. 12 Abs. 1 GG verankerten Berufsfreiheit der Versandapotheker bzw. der Betreiber der Abholstellen vereinbar wäre.

### **1. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit**

Versandapotheker bzw. die Betreiber der Abholstellen üben einen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG aus, nämlich eine „auf Erwerb gerichtete Tätigkeit [...], die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“ (BVerfGE 102, 197 [212]; 110, 304 [321]; 111, 10 [28]; 115, 276 [300]; fast wortgleich BVerfGE 97, 228 [252 f.]; 110, 141 [156]). Zu den von Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Einzelfreiheiten zählt unter anderem die beruflich genutzte Vertragsfreiheit; dazu gehören die Preis-, Vertriebs- und Absatzfreiheit (*Helge Södan* in ders., Grundgesetz, 2009, Art. 12 Rn. 14). Ein Verbot des Versandes von Arzneimitteln nach dem „Abholkonzept“ bildet ein spezielles Vertriebsverbot. Dieses Verbot wirkt auch unmittelbar und wäre vom Gesetzgeber im Falle der Verabschiedung gerade beabsichtigt. Es greift also im klassischen Sinne in die Berufsfreiheit der Apotheker sowie der Betreiber der Abholstellen ein.

### **2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. In materieller Hinsicht hat der Gesetzgeber insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten, welches die Verfolgung eines legitimen Zwecks sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der fraglichen staatlichen Maßnahme verlangt.

#### **a) Verfolgung eines legitimen Regelungszwecks**

Dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, der ausdrücklich nur einen Regelungsvorbehalt für die *Berufsausübung* vorsieht, entnimmt das Bundesverfassungsgericht

den Willen des Verfassungsgebers, „daß die Berufswahl ‚frei‘ sein soll, die Berufsausübung geregelt werden darf“ (BVerfGE 7, 377 [402]). Dieser Befund wirkt sich auf die Grenzen der Einschränkbarkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit aus. Diesem Willen entspricht nach dem sogenannten Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1958, dass der Gesetzgeber „um so stärker beschränkt ist, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift“ (BVerfGE 7, 377 [402]). Die auf Basis dieser Erwägungen vom Bundesverfassungsgericht entwickelte sogenannte Drei-Stufen-Theorie nimmt eine Unterscheidung zwischen Berufsausübungsregelungen (1. Stufe) sowie subjektiven (2. Stufe) und objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen (3. Stufe) vor (BVerfGE 7, 377 [405 ff.]).

„Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er eine *reine* Ausübungsregelung trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben“ (BVerfGE 7, 377 [405 f.]). Im Gegensatz zu Berufszulassungsregelungen, die das „Ob“ der Berufsausübung bestimmen, regeln Berufsausübungsregelungen das „Wie“ der Berufsausübung. Da es sich um die mildeste Stufe der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit handelt, sind an ihre Rechtfertigung auch die niedrigsten Anforderungen zu stellen. Regelungen der Berufsausübung können bereits „durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls“ (BVerfGE 61, 291 [312]; 68, 272 [282]; 106, 181 [192]) legitimiert werden.

Ein Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ betrifft lediglich die Art und Weise der Berufsausübung. Dies gilt sowohl für die Versandapotheker, die dann auf die unmittelbare Zustellung an den Endverbraucher verwiesen wären, aber immer noch ihre Apotheke betreiben könnten, als auch für die Betreiber der Abholstellen, für die die abzuholenden Arzneimittel nur einen Teil ihres Warensortiments ausmachen. Die Beschränkung des Arzneiversandes auf die unmittelbare Zusendung des Arzneimittels an den Endverbraucher bzw. eine von ihm individuell zu bestimmende Person soll der Arzneimittelsicherheit dienen, die unzweifelhaft als hinreichender Gemeinwohlbelang einzuordnen ist (vgl. BVerfGE 104, 357 [365]; BVerfG [Kammerbeschl.], Pharma Recht 2001, S. 123 [124 f.]). Arzneimittelsicherheit meint in diesem Zusammenhang zum einen die Verhinderung eines Heilmittelmissbrauchs und zum anderen die Beachtung besonderer Lager- und Handhabungsanforderungen zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Wirksamkeit der Medikamente (vgl. dazu schon BVerfGE 9, 73 [79 f.]).

## **b) Geeignetheit**

Die Verfolgung eines hinreichenden Gemeinwohlbelangs macht die Notwendigkeit der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der gesetzgeberischen Maßnahme nicht obsolet. Ein Mittel ist im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geeignet, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“

(BVerfGE 30, 292 [316]; 33, 171 [187]; 115, 276 [308]). Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber insoweit einen gewissen Prognosespielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes ein (vgl. BVerfGE 25, 1 [12 ff.]; 30, 250 [263]; 37, 1 [20]; 40, 196 [223]; 50, 290 [333 f.]; 77, 84 [106]).

Grundgedanke der von der FDP-Bundestagsfraktion vorgeschlagenen Beschränkung des Arzneimittelversandes ist die Gewährleistung der Arzneimittelsicherheit durch die Bestimmung von Vertriebswegen zum Endverbraucher unter Einschaltung möglichst weniger Zwischenstationen. Dementsprechend sahen AMG und ApoG vor dem Inkrafttreten des GMG den Verkauf von apothekenpflichtigen Mitteln an den Endverbraucher lediglich unmittelbar in Apotheken vor. Das sogenannte „Apothekenmonopol“ hat das Bundesverfassungsgericht schon in einer sehr frühen Entscheidung aus dem Jahre 1959 zum Verbot des Verkaufs apothekenpflichtiger Medikamente in Drogerien zutreffend aus Gründen der Arzneimittelsicherheit für gerechtfertigt gehalten. Das Gericht erkannte dieselben Gefahren einer Lockerung der Abgabevorschriften für Arzneien wie die FDP-Bundestagsfraktion in ihrem Antrag vom 25. Juni 2008: „Der Zweck der ‚Monopolisierung‘ des Verkaufs von Arzneifertigwaren bei den Apotheken ist es in erster Linie, einem drohenden Heilmittelmißbrauch vorzubeugen. [...] Würde die Apothekenpflicht für leichter wirkende Arzneimittel aufgehoben, so würde die Gefahr der Tablettensucht auch für die Bundesrepublik heraufbeschworen. Die Zahl der Verkaufsstellen würde sich dadurch erheblich vermehren. Dabei ließe sich nicht verhindern [...], daß neben den Drogerien auch andere Geschäfte wie Reformhäuser, Kaufhäuser, Konsumgenossenschaften, Lebensmittelgeschäfte usw. diese Mittel führten. [...] Es kommt hinzu, daß die Abgabe eines Heilmittels bei industriell hergestellten Arzneifertigwaren oft mehr als die übliche Fachkunde des Drogisten erfordert. [...] Bei ärztlich verordneten – auch nicht rezeptpflichtigen – Arzneifertigwaren besteht nach wie vor die Kontrollpflicht des Apothekers hinsichtlich der ärztlichen Rezepte. Auch bei nicht rezeptpflichtigen Arzneifertigwaren kann auf die sachverständige Beratung durch den Apotheker hinsichtlich der Auswahl des Heilmittels und seiner Anwendung kaum verzichtet werden, zumal der Laie die Wirkung eines Heilmittels nicht selbst beurteilen kann. Diese Funktionen des Apothekers setzen umfassende Kenntnisse voraus, die nur durch Studium und besondere praktische Ausbildung erworben werden können“ (BVerfGE 9, 73 [79 f.]). Diese Rechtsprechung läßt etwa das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem der eingangs genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vorausgegangenem Urteil außer Acht (OVG NW, NWVBl. 2007, S. 144 [147]).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass bereits die Erlaubnis des unmittelbaren Versandes von Arzneien durch Apotheken an den Endverbraucher ein Zugeständnis an die Apotheker bedeutet, zu welchem der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gezwungen ist. Die Unterscheidung zwischen Transportunternehmen, über die

der Versand weiterhin erlaubt bleiben soll, und Abholstellen ohne spezifische Ausrichtung auf die Abgabe von Medikamenten, deren Ausschluss vom Arzneiversand klargestellt werden soll, erscheint sachgerecht. Kerngeschäft der Logistikunternehmen ist der sichere, schnelle und zuverlässige Transport von Gütern. Für die Abholstellen bildet die Arzneimittelabgabe lediglich ein Nebengeschäft. Beim Transport durch Logistikunternehmen sind Pakete mit Arzneimitteln nicht ohne weiteres von sonstigen Warensendungen zu unterscheiden. Daher sind die versandten Medikamente nur unter erheblichem Aufwand dem Zugriff unbefugter Personen ausgesetzt, während die Arzneimittelsendungen als solche in den in Frage kommenden Abholstellen ausnahmslos von vornherein erkennbar sein dürften.

### **c) Erforderlichkeit**

Das gewählte Mittel ist erforderlich, wenn sich der Zweck der staatlichen Maßnahme nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt, welches das betroffene Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkt (vgl. etwa BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 78, 38 [50]; 90, 145 [172]). Es kommt also darauf an, ob ein „milderes Mittel“ ersichtlich ist (so ausdrücklich BVerfGE 91, 207 [222]), welches jedoch die gleiche Effektivität aufweisen muss. Gemessen an den oben genannten Gefahren, die vom Versand nach dem „Abholkonzept“ für die Arzneimittelsicherheit ausgehen, ist gegenüber dem Verbot dieser Versandart ein milderes, aber gleich geeignetes Mittel nicht erkennbar. Auf anderem Wege können diese Gefahren nicht abgewehrt werden.

### **d) Zumutbarkeit**

Schließlich ist im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips entscheidend, ob „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt“ ist (BVerfGE 68, 272 [282]; vgl. etwa auch BVerfGE 61, 291 [312]; 102, 197 [220]). „Eine sowohl den Freiheitsanspruch des Berufstätigen wie die Schutzbedürftigkeit der Gemeinschaft berücksichtigende Lösung kann nur in Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander widerstrebenden Interessen gefunden werden“ (BVerfGE 104, 357 [364 f.]; vgl. ferner BVerfGE 54, 301 [313]; 101, 331 [347]).

Hier steht der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Versandapotheker und Abholstellenbetreiber das gesetzgeberische Ziel der Arzneimittelsicherheit gegenüber. Mit der Gewährleistung der Arzneimittelsicherheit verfolgt der Gesetzgeber nicht nur ein legitimes politisches Ziel, sondern erfüllt insbesondere seine objektive Schutzpflicht gegenüber den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (vgl. dazu BVerfGE 39, 1 [41]; 46, 160 [164]; 49, 89 [142]; 53, 30 [57]; 56, 54 [73]; 77, 170 [214 f.]; 79, 174 [201 f.]; 88, 203 [251]; 115, 25 [44 f.];

115, 118 [152]). Damit stehen sich im Rahmen einer rein abstrakten Abwägung von Eingriffszweck und beeinträchtigtem Gut zwei Verfassungsgüter gegenüber, von denen bereits auf dieser Ebene der Schutzpflicht des Staates in Bezug auf die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein größeres Gewicht beizumessen ist. Auch unter Berücksichtigung der konkreten Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Versandapotheker bzw. Abholstellenbetreiber erweist sich das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ als angemessen: Den Versandapothekern bleibt unbenommen, Medikamente mittels Kurier dem Endverbraucher zuzusenden und so ihrer Berufstätigkeit nachzugehen; die Betreiber der Abholstellen müssen lediglich auf ein Nebengeschäft verzichten und sich künftig den üblichen Geschäften etwa eines Drogisten, Videotheken- oder Tankstelleninhabers widmen. Andererseits werden nicht zu unterschätzende Gefahren für Leib und Leben von Menschen abgewehrt.

### **3. Fazit**

Das Verbot des Versandes von Arzneimitteln nach dem „Abholkonzept“ greift zwar im Sinne einer Berufsausübungsregelung in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit sowohl der Versandapotheker als auch der Betreiber der Abholstellen ein. Gleichwohl ist diese Beeinträchtigung zur Gewährleistung der Arzneimittelsicherheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Art. 12 Abs. 1 GG wird nicht verletzt.

## **III. Europarechtliche Fragen**

Der Arzneimittelversand an deutsche Endverbraucher ist nicht nur Apotheken mit Sitz in Deutschland gestattet, sondern auch solchen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union. § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG lässt diesen Arzneimittelversand unter Beachtung der deutschen Vorschriften zum Versandhandel zu. Fraglich ist, ob das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ mit der in Art. 28 EG verankerten Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist.

### **1. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit**

Gemäß Art. 28 EG sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Die Norm zielt auf den innereuropäischen Austausch von Waren ab. Waren in diesem Sinne sind sämtliche Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können (EuGH, Rs. 7/68, Slg. 1968, S. 633 [642] – Kunstschatze). Arzneimittel fallen zweifellos unter diesen Warenbegriff. Eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung konstituiert das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ nicht. Jedoch stellt es eine Maßnahme gleicher Wirkung dar. Hierunter versteht man nach der sogenannten Dassonville-Formel jede „Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die

geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ (EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837 [Rn. 5] – Dasonville). Diese Formel ist sehr weit zu verstehen. Ausreichend ist jede Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten durch die fragliche Regelung. Die Dasonville-Formel erfasst sowohl diskriminierende als auch nicht diskriminierende Maßnahmen (siehe dazu *Werner Schroeder*, in: Rudolf Streinz [Hrsg.], EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 28 Rn. 35 ff. m. w. N.). Um einer Ausuferung des Anwendungsbereichs des Art. 28 EG entgegenzuwirken, präziserte der Europäische Gerichtshof später die Dasonville-Formel in seinem sogenannten Keck-Urteil aus Jahre 1993: Danach sind Verkaufsmodalitäten für bestimmte Waren – im Gegensatz zu Regelungen, denen die Waren selbst entsprechen müssen – nicht geeignet, den innereuropäischen Warenverkehr im Sinne der Dasonville-Formel zu behindern, es sei denn sie berühren den Absatz inländischer wie ausländischer Waren in gleicher Weise (EuGH, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 [Rn. 16] – Keck). Damit bleibt es dann bei der Anwendbarkeit des Art. 28 EG, wenn die fragliche Verkaufsregelung zu einer offenen oder verdeckten Schlechterstellung eingeführter Waren führt (*Schroeder a. a. O.* Rn. 47 m. w. N.). Das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ ist als Beschränkung der Vertriebsarten zwar in der Tat als Verkaufsmodalität einzustufen. Denn die Regelung stellt keine besonderen Anforderungen an die Beschaffenheit der Arzneiprodukte selbst. Sie betrifft jedoch Apotheken im EU-Ausland naturgemäß ungleich stärker als Apotheken mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland, da Erstere nur auf den Apothekenversand verwiesen sind, soweit sie Arzneimittel in Deutschland verkaufen (vgl. EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 [Rn. 74] – Doc Morris).

## **2. Rechtfertigung nach Art. 30 EG**

Art. 30 Satz 1 EG erlaubt Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EG unter anderem, soweit sie zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt sind. Gemäß Art. 30 Satz 2 EG darf eine solche Beschränkung weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Aus dieser Vorschrift zieht der Europäische Gerichtshof zutreffend den Schluss, dass Maßnahmen nur unter den Rechtfertigungstatbestand des Art. 30 EG fallen, wenn sie verhältnismäßig sind (siehe etwa EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, S. 1227 [Rn. 44 ff.] – Kommission/Deutschland).

Das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ soll dem Schutz des Lebens sowie der Gesundheit von Menschen dienen und verfolgt somit ein ausdrücklich in Art. 30 Satz 1 EG genanntes legitimes Regelungsziel, zu dessen Erreichung es auch geeignet ist.



„Eine nationale Regelung oder Praxis fällt [...] nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Artikels 30 EG, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken“ (EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 [Rn. 104] – Doc Morris; vgl. ferner EuGH, Rs. 25/88, Slg. 1989, S. 1105 [Rn. 13 ff.] – Wurmser; Rs. C-67/97, Slg. 1998, I-8033 [Rn. 35] – Bluhme). Wie bereits im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Verbots des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ geklärt wurde, steht auch kein weniger beschränkendes Mittel zur Vermeidung der Gefahren des Arzneimittelmisbrauchs und der unsachgemäßen Behandlung der Medikamente als das Verbot dieser Versandart zur Verfügung.

In seinem sogenannten Doc-Morris-Urteil vom 11. Dezember 2003, in dem der Europäische Gerichtshof das nach alter Rechtslage bestehende Komplettverbot des Versandhandels mit Arzneimitteln zu beurteilen hatte, konzentrierte das Gericht entsprechend seiner üblichen Praxis seine Verhältnismäßigkeitsprüfung auf das Kriterium der Erforderlichkeit. Das Gericht hielt ein Totalverbot des Arzneimittelversandes nur im Hinblick auf verschreibungspflichtige Medikamente durch Gründe des Gesundheitsschutzes für gerechtfertigt und erklärte das Totalverbot des Versandes von nicht verschreibungspflichtigen Arzneien für unvereinbar mit Art. 28 EG (EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 [Rn. 104 ff.] – Doc Morris).

Das Doc-Morris-Urteil kann jedoch für die hier interessierende Fragestellung allenfalls beschränkt herangezogen werden. Insbesondere verbietet sich im Hinblick auf den Versand sowohl verschreibungspflichtiger Mittel als auch nicht verschreibungspflichtiger Medikamente jeweils ein Erst-Recht-Schluss: Nur weil der Europäische Gerichtshof sogar das Totalverbot des Versandes verschreibungspflichtiger Substanzen für gerechtfertigt hielt, heißt dies nicht, dass das Gericht zu demselben Ergebnis käme, solange es nur um das Verbot bestimmter Versandarten ginge. Gleichzeitig lässt die Unvereinbarkeit des Totalverbots des Versandes nicht verschreibungspflichtiger Arzneien mit Art. 28 EG nicht auf die Unzulässigkeit des Versandes solcher Mittel nach dem „Abholkonzept“ schließen. Denn diese Entscheidung beschäftigt sich nicht mit einer Regelung der Art und Weise des Versandes von Arzneimitteln, sondern mit dem generellen Verbot des Versandes. Hier sind andere Aspekte der Arzneimittelsicherheit betroffen als beim totalen Versandverbot. Der Europäische Gerichtshof setzte sich in der Erforderlichkeitsprüfung letztlich einzig und allein mit den Argumenten auseinander, „die die Erfordernisse der individuellen Beratung des Kunden und seines Schutzes bei der Abgabe von Arzneimitteln sowie der Kontrolle der Echtheit von ärztlichen Verschreibungen“ (EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 [Rn. 106] – Doc Morris) betreffen. Mit der Notwendigkeit der individuellen Beratung durch den Apotheker lässt sich das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ freilich nicht begründen, wenn gleichzeitig der unmittelbare Versand an den Endverbraucher nach Online-Bestellung erlaubt bleibt. Denn bei der

Online-Bestellung mangelt es generell an einer unmittelbaren Beratung und Rezeptannahme durch einen Apotheker. Der Europäische Gerichtshof prüfte das Totalverbot gerade nicht unter dem Aspekt der Arzneimittelsicherheit im Sinne einer Verhinderung des Arzneimittelmisbrauchs bzw. eines sachgerechten Umgangs mit den Arzneien.

Schließlich sind Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG nach Art. 30 EG „nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen“ (EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 [Rn. 19] – Familiapress). Dabei ist die Angemessenheit vor dem Hintergrund des Art. 30 EG im Ergebnis nicht anders zu beurteilen als im Rahmen der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs „nehmen unter den in Artikel 30 EG geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den ersten Rang ein und ist es Sache der Mitgliedstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, auf welchem Niveau sie deren Schutz gewährleisten wollen und insbesondere wie streng die durchzuführenden Kontrollen sein sollen“ (EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 [Rn. 103] – Doc Morris m. w. N.). Die Warenverkehrsfreiheit ist demgegenüber nur in geringem Maße beeinträchtigt: Den Versandapotheken im EU-Ausland bleibt weiterhin der deutsche Absatzmarkt über den unmittelbaren Versand an den Endverbraucher per Logistikunternehmen zugänglich.

### **3. Fazit**

Damit beeinträchtigt das Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ die Warenverkehrsfreiheit im Sinne des Art. 28 EG. Diese Beeinträchtigung erfolgt jedoch in einer durch Art. 30 EG gerechtfertigten Weise. Das Verbot verstößt daher nicht gegen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften.

## **IV. Gesamtergebnis**

Einem Verbot des Arzneimittelversandes nach dem „Abholkonzept“ stehen weder das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland noch europäisches Gemeinschaftsrecht entgegen. Der Beschlussantrag der FDP-Bundestagsfraktion ist auch unter sozialpolitischen Gesichtspunkten zu begrüßen. Für eine Beschränkung des Versandhandels auf nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel – wie von Fraktion DIE LINKE. im Deutschen Bundestag beantragt (BT-Drucks. 16/9754) – sehe ich keinen Handlungsbedarf.