

Zur Verfassungsmäßigkeit eines Verbots von Arzneimittel-Pick-up-Stellen

Rechtsanwältin Grit Hofmann, Chemnitz

Das Bundesverwaltungsgericht ordnete in seinem Urteil vom 13. März 2008 Arzneimittel-Pick-up-Stellen als zulässige Form des Arzneimittelversands ein. Es vertrat zugleich die Auffassung, dass die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen hatten, den Arzneimittelversand zuzulassen, keine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung rechtfertigten. Triftige Gründe des Gemeinwohls, die eine solche Einschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG grundgesetzlich verbürgten Berufsfreiheit begründen könnten, seien nicht ersichtlich. Der nachfolgende Aufsatz nimmt kritisch zu dem Urteil Stellung und plädiert in der aktuellen Reformdebatte für ein Verbot der Arzneimittel-Pick-up-Stellen und die Festlegung des Arzneimittelversands auf die klassische Form des Versands als Kompromiss zwischen dem kompletten Verbot des Versands verschreibungspflichtiger Arzneimittel und einer weiteren Liberalisierung des Arzneimittelversands.

1. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. März 2008

Mit seinem Urteil vom 13. März 2008¹ hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Versand von Arzneimitteln auch durch Übersendung an eine in einem Gewerbebetrieb eingerichtete Abholstation erfolgen kann, in der die Arzneimittelsendung dem „Kunden“ ausgehändigt wird. Erst wenn das in den Vertrieb eingeschaltete Unternehmen die Funktion des Transportmittlers überschreite und den Eindruck erwecke, die Arzneimittel würden von ihm selbst abgegeben, handele es sich nicht mehr um einen Arzneimittelversand durch eine Apotheke im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG.

Das Bundesverwaltungsgericht begründete seine Entscheidung mit der Erwägung, diese „weite Auslegung“ sei vom natürlichen Wortsinn des Versandhandels – wie etwa in der Brockhaus-Enzyklopädie definiert – umfasst. Auch sprächen Geschichte und Systematik des Gesetzes „nicht zwingend“ für eine engere Auslegung, wenngleich der Gesetzgeber von dem „klassischen“ Versandhandelsmodell mit individueller Zustellung ausgegangen sein dürfte. Gegen eine einengende Auslegung sprächen aber Sinn und Zweck des Gesetzes. Eines der wichtigsten mit der Freigabe des Versandhandels verfolgten Ziele sei die Erschließung von Einsparpotenzialen gewesen. Die Zustellung an eine individuelle Anschrift sei naturgemäß aufwendiger als die Bereitstellung zur Abholung an einer Abholstation. Auch erscheine die Lagerung der bestellten Arzneimittel bei einer Abholstation bis zur Abholung durch den Besteller gegenüber der Individualzustellung nicht als weniger sicher. Die Gefahr, dass die Ware verwechselt oder an Unbefugte ausgegeben wird, sei jeden-

falls nicht größer als beim Transport und der Auslieferung durch ein Postdienstleistungsunternehmen.

Die Ausgabe in einem Drogeriemarkt verwische auch nicht per se schon die Besonderheit der Ware Arzneimittel. Seien geeignete Vorkehrungen getroffen, um die Abholstation für Arzneimittel vom eigenen Warenangebot des Drogeriemarkts zu unterscheiden, bestehe nicht die Gefahr, dass der Patient den Beratungsbedarf unterschätze und zu einem unkritischen Arzneimittelkonsum veranlasst werde. Mit der Einführung des Versandhandels mit Arzneimitteln habe der Gesetzgeber bewusst die Inanspruchnahme der Beratung durch den Apotheker in die freie Entscheidung des Patienten gestellt. Auch bedeuteten Abholstationen nicht, dass jede beliebige Form der Beteiligung eines Drogeriemarktes am Arzneimittelvertrieb durch den Begriff des Versandhandels gedeckt wäre. Vielmehr hebe die Zulassung des Versandhandels mit Arzneimitteln die Apothekenpflichtigkeit dieser Produkte nicht auf. Die Erlaubnis zu einem solchen Handel sei nur zu erteilen, wenn der Versand aus einer öffentlichen Apotheke erfolge. Der Gesetzgeber verzichte damit lediglich auf die räumliche Bindung des Abgabevorgangs an die Apotheke. Er verzichte aber nicht darauf, dass die Abgabe institutionell durch die Apotheke und nur durch sie erfolge. Dem Apotheker sei anstelle der unmittelbaren Übergabe an den Patienten die Versendung gestattet. Hierzu dürfe er sich der Dienste von Logistikunternehmen bedienen. Gehe die Beteiligung Dritter am Vertrieb jedoch über eine solche Transportfunktion hinaus und gäben sie sich so, als würden sie selbst Arzneimittelhandel betreiben, so liege kein zulässiger Arzneimittelversand einer Apotheke, sondern ein nicht erlaubtes Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch einen Gewerbetreibenden vor.

Insgesamt rechtfertigten daher die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, den Arzneimittelversand zuzulassen, keine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung. Dabei sei zu berücksichtigen, dass eine solche Einschränkung einen Eingriff in das grundgesetzlich verbürgte Recht der Berufsfreiheit darstellen würde (Art. 12 Abs. 1 GG), für die triftige Gründe des Gemeinwohls nicht ersichtlich seien.²

2. Stellungnahme zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Es ist zunächst zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung des Gesetzgebers für die institu-

1 3 C 27/07, BVerwGE 131, 1 = A&R 2008, 139

2 Im Ergebnis ähnlich Starck, Die notwendige gesetzliche Neujustierung des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Medikamenten, DÖV 2008, 389, 394.

tionelle Trennung der Apotheken und der sonstigen Gewerbebetriebe im Grundsatz respektiert und strikt zwischen der Abgabe von Arzneimitteln als rechtl. Gesamtakt und der Aushändigung von Arzneimitteln als nur faktischem Teilakt unterscheidet. Allerdings ist diese Trennung bei der vom Bundesverwaltungsgericht befürworteten „weiten Auslegung“ des Versandes nur noch theoretischer Natur. In der Praxis vermischt die Ausgabe verschreibungspflichtiger und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel in einem Drogeriemarkt oder in sonstigen Gewerberäumen entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in der Tat schon an und für sich die Besonderheit der Ware Arzneimittel und die vom Gesetzgeber aus gutem Grund gewollte institutionelle Trennung der Apotheken und anderer Gewerbebetriebe. Die gegenteilige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beruht auf einem unzutreffenden Ausgangspunkt und einem auf den Aspekt der Beratung im Einzelfall verengten Blickwinkel, der weitere, für die Funktionsfähigkeit des Systems der Arzneimittelversorgung auf der Makroebene wesentliche Faktoren zu Unrecht außer Betracht lässt.

a) Sinn und Zweck des erlaubnispflichtigen Arzneimittelversands

Den Ausgangspunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bildet eine unzutreffende Darstellung von Sinn und Zweck des Versands verschreibungspflichtiger und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel, für den gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG und § 11a ApoG auch Apotheken einer gesonderten Versanderlaubnis bedürfen und der insofern vom Gesetzgeber als Ausnahmetatbestand konzipiert ist.

Die Behauptung des Bundesverwaltungsgerichts, eines der wichtigsten mit der Freigabe des Versandhandels verfolgten Ziele sei die Erschließung von Einsparpotenzialen gewesen, trifft nicht zu. Die Gesetzesmaterialien, auf die sich das Bundesverwaltungsgericht bezieht, stützen diese Annahme nicht. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Gesetzesmaterialien mit der Zulassung des gesondert genehmigungsbedürftigen, geregelten und kontrollierten Versandes aus Apotheken im Interesse des gesundheitlichen Verbraucherschutzes als kleineres Übel dem noch risikoreicheren, unregulierten und unkontrollierten Versand über das Internet durch unautorisierte Stellen entgegenwirken. Nach der amtlichen Begründung wurde die Möglichkeit des Versands mit gesonderter behördlicher Genehmigung eingeführt, um einen nicht geregelten und überwachten, für den Verbraucher mit unkalkulierbaren Risiken verbundenen Versand über das Internet möglichst weitgehend einzudämmen, den Verbraucher durch einen geregelten, kontrollierten und überwachten Versandhandel aus Apotheken besser zu schützen und aus Gründen des Services immobilen Patienten, älteren Bürgern, Berufstätigen oder Kunden mit größeren Entfernungen zur nächsten Apotheke Wege zu ersparen. Darüber hinaus sollte gewährleistet werden, dass bei dem Transport keine Minderung der Qualität und Wirksamkeit des Arzneimittels entsteht und die Arzneimittel nicht in unbefugte Hände geraten.³

3 Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen

Dagegen diente die Zulassung des Versandes mit gesonderter Erlaubnis nicht der Erzielung von Einsparungen. Es war vielmehr ausdrücklicher und durch das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebotener Wille des Gesetzgebers, „faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken“ zu schaffen und „ungleichen Wettbewerb“ zu vermeiden.⁴ Daher findet die Preisbindung bei Arzneimitteln nach § 78 Abs. 2 AMG und der Arzneimittelpreisverordnung unabhängig davon Anwendung, ob die Arzneimittel in der Apotheke oder im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden. Die im Entwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG) vom 16. Juni 2003 noch vorgesehene Befreiung des Versandhandels von der Preisbindung ist in dem darauf folgenden Entwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 8. September 2003 und vom Gesetzgeber bewusst nicht in das letztendlich verabschiedete Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. November 2003 übernommen worden, durch das der genehmigungspflichtige Versand verschreibungs- und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel durch Apotheken eingeführt wurde.⁵

Im Übrigen ist die Zustellung an eine individuelle Anschrift nur für den Versender, nicht aber für den Patienten als Abholer weniger aufwendig als die Abholung an einer Abholstation. Es ist aber nicht Sinn und Zweck des Arzneimittelgesetzes, Arzneimittelversendern Kosten zu ersparen und dafür den Patienten um so höhere Aufwendungen für die Abholung bei Abholstationen aufzubürden. Es war insbesondere auch nicht Sinn und Zweck der Einführung des Versandhandels, die Abholung von Arzneimitteln in Apotheken durch die Abholung von Arzneimitteln in anderen Gewerbebetrieben zu ersetzen.

Nicht weiterführend ist auch das Argument des Bundesverwaltungsgerichts, viele „Kunden“ (Patienten) seien aus beruflichen oder privaten Gründen während der normalen Zustellzeiten zu einer Entgegennahme der bestellten Ware nicht in der Lage, weshalb das Risiko erfolgloser Zustellversuche sehr groß sei. Hier übersieht das Bundesverwal-

Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG), BT-Drs. 15/1525 vom 8. September 2003, S. 160 zu Artikel 20 (Änderung des Gesetzes über das Apothekenwesen), zu Nummer 10 (§§ 11a und 11b), S. 161, zu Art. 20 Zu Nummer 11 (§ 14 Abs. 4 Satz 3) sowie S. 165, zu Artikel 23 (Änderung des Arzneimittelgesetzes), zu Nummer 1 (§ 43).

4 Vgl. BT-Drs. 15/1525 vom 08. September 2003, S. 75 unter 5. Wörtlich heißt es hier in den Gesetzesmaterialien: „Unter Wahrung eines Höchstmaßes an Verbraucherschutz und Arzneimittelsicherheit wird der Versandhandel mit Arzneimitteln zugelassen. Es werden faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken geschaffen. Versandapotheken können wie öffentliche Apotheken in die integrierte Versorgung einbezogen werden.“

5 Art. 16 Nr. 4 des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG), BT-Drs. 15/1170 vom 16. Juni 2003, sah die Einfügung eines § 3a Abs. 2 in die Arzneimittelpreisverordnung vor, nach dem u. a. für den Versand von Arzneimitteln durch Vereinbarung zwischen Krankenkassen oder ihren Verbänden und einzelnen Apotheken von den §§ 2 und 3 AMPreisV sollte abgewichen werden können. Vgl. dazu *Detting/Lenz*, Der Arzneimittelvertrieb in der Gesundheitsreform 2003 – Eine apotheken- und verfassungsrechtliche Analyse des GMG-Entwurfs, 2003, S. 62.

tungsgericht, dass gerade dazu die in § 11a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b) Untersatz 1 ApoG vorgesehene Möglichkeit dient, die Arzneimittel an die vom Auftraggeber bestimmte Person ausliefern zu lassen. Individualzustellung bedeutet nicht nur die Zustellung an die eigene Adresse. Vielmehr können die Patienten Arzneimittel etwa an Nachbarn oder an den eigenen Arbeitsplatz zugestellt erhalten, um die Empfangssicherheit zu erhöhen und zusätzliche Wege zu ersparen.

Mit dieser Flexibilisierung wollte der Gesetzgeber aber, wie das Bundesverwaltungsgericht letztendlich selbst einräumt, nur den klassischen Versand ermöglichen, nicht aber die institutionelle Trennung der Apotheken und anderen Gewerbebetriebe aufheben. Er wollte insbesondere nicht die Möglichkeit für weitere gewerbliche Abholstellen neben den Apotheken schaffen. Für weitere gewerbliche Abholstellen neben den Apotheken und neben der Möglichkeit der Zustellung an von den Patienten individuell bestimmten Empfangsadressen besteht auch kein gesundheitspolitisches Bedürfnis. Das Bundesverwaltungsgericht weist selbst auf die „deutlichen Nachteile“ des Vertriebs über Abholstellen hin. Während die Präsenzapotheke die gängigen Arzneimittel zur sofortigen Mitnahme bereithalte, müsse der Patient die Abholstelle mindestens zweimal – zum Bestellen und zum Abholen – betreten. Außerdem dauere die Beschaffung länger als selbst bei einem in der Präsenzapotheke nicht vorrätigen Arzneimittel.⁶

Daran zeigt sich, dass gewerbliche Abholstellen außerhalb von Apotheken nicht geeignet sind, einen Beitrag zur Verbesserung der Arzneimittelversorgung zu leisten. Sie sind im Gegenteil für die Patienten die schlechteste aller Alternativen. Es kann aber dem Gesetzgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden, er habe mit der Einführung des genehmigungspflichtigen Versandhandels mit verschreibungs- und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln die Nachteile des klassischen Versandes mit den Nachteilen der Abholung bei festen Abholstellen kombinieren und so zusätzlich die schlechtest mögliche Variante der Arzneimittelversorgung eröffnen wollen.

b) Institutionelle Trennung der Apotheken und anderen Gewerbebetriebe

Vor allem aber verkennt das Bundesverwaltungsgericht die zusätzlichen Folgeprobleme, die sich auf der Makroebene ergäben, wenn die Abholung verschreibungs- und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel auch bei anderen Abholstellen als Apotheken zulässig wäre. Es verkennt insbesondere, dass unter diesen Umständen eine effiziente und praktisch wirksame behördliche Überwachung des Verkehrs mit verschreibungs- und apothekenpflichtigen Arzneimitteln ausgeschlossen ist und das vom Gesetzgeber etablierte System zur Sicherstellung einer flächendeckenden und zeitnahen Versorgung der Bevölkerung mit verschreibungs- und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln durch Apotheken vor Ort deutlich geschwächt würde.

Auf einer Verknennung der makrosystemischen Dimension der institutionellen Trennung der Apotheken und sonsti-

gen Gewerbebetriebe beruht auch die vom Bundesverwaltungsgericht nicht durchdachte und ohne nähere Prüfung und Begründung aufgestellte Behauptung, für eine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung als Eingriff in das grundgesetzlich verbürgte Recht der Berufsfreiheit seien triftige Gründe des Gemeinwohls nicht ersichtlich. Diese Auffassung kann sich weder auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) noch auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stützen. Sie steht dazu vielmehr in Widerspruch.

aa) Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Apothekenmonopol und Versandverbot

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Apothekenmonopol mit dem Grundrecht auf Berufsfreiheit insbesondere auch von Drogisten vereinbar. Durch das Apothekenmonopol wird die ordnungsgemäße Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln sichergestellt und dem Arzneimittelmissbrauch vorgebeugt. Die Abgabe eines Arzneimittels erfordert mehr als die übliche Fachkunde eines Drogisten. Arzneimittel bedürfen einer sachgerechten Lagerung. Gelagerte Arzneimittel sind auf Qualitätsveränderungen hin zu prüfen. Um die Richtigkeit der Anwendung von Arzneimitteln in jedem Einzelfall zu gewährleisten, müssen Apotheken Arzneimittelverordnungen von Ärzten kontrollieren und Ärzte sowie Patienten bei der Auswahl und Anwendung von Arzneimitteln beraten. Die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben wird behördlich überwacht und gegebenenfalls zwangsweise durchgesetzt. Es ist deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sachgerecht, wenn der Gesetzgeber die Abgabe von Arzneimitteln zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung Apotheken vorbehält. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind im Hinblick auf die Notwendigkeit von Apotheken auch diejenigen Maßnahmen, die erforderlich sind, um ihre wirtschaftliche Existenzfähigkeit zu sichern.⁷

Ebenso ist das Apothekenmonopol nach der Rechtsprechung des EuGH mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Bei Arzneimitteln ist nach der Rechtsprechung des EuGH der ganz besondere Charakter solcher Erzeugnisse und des fraglichen Marktes zu berücksichtigen, der es erklärt, dass alle Mitgliedstaaten, wenn auch nach unterschiedlichen Modalitäten, restriktive Vorschriften für ihre Vermarktung und insbesondere ein mehr oder weniger ausgedehntes Monopol für den Handel mit ihnen zugunsten der Apotheker anwenden, und zwar wegen der Garantien, die sie bieten müssen, und wegen der Informationen, die sie den Verbrauchern zu erteilen in der Lage sein müssen.⁸

Entsprechend ist nach Auffassung des EuGH auch das Verbot des Versands von Arzneimitteln mit der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit vereinbar, soweit es in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel oder in Deutschland zugelassene, aber verschreibungspflichtige Arzneimittel betrifft. Nur bei apothekenpflichtigen, aber

⁷ Vgl. BVerfGE 9, 73, 79 ff.

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache 369/88, Delattre, Slg. 1991, I-1487, Rn. 56 sowie 60; Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache 60/89, Monteil und Samanni, Slg. 1991, I-1547, Rn. 43.

⁶ Vgl. BVerfGE 131, 1, 6 Rn 23.

nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ist das Versandverbot nicht mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar.⁹ Soweit schließlich das Bundesverfassungsgericht das frühere grundsätzliche Verbot des Versandes apothekenpflichtiger Arzneimittel insoweit für mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit unvereinbar erklärte, als es auch das Verbot des Versandes von Impfstoffen an Ärzte umfasste, beruhte dies auf den Besonderheiten, die hinsichtlich der betreffenden Arzneimittel und Empfänger bestehen.¹⁰ Im Übrigen betraf auch diese Entscheidung nicht die Modalitäten des Versands, sondern die Zulässigkeit des Versands an sich.

bb) Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Trennung von Apotheken- und sonstigen Gewerberäumen

Die Abholstellen-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch mit dessen eigener Entscheidung zur Vereinbarkeit der Trennung von Apotheken- und sonstigen Gewerberäumen (§ 4 Abs. 5 ApBetrO) mit dem Grundrecht der Apotheker auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht in Einklang zu bringen. Hier erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass die Bestimmung des § 4 Abs. 5 ApBetrO aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist. Die ständige räumliche Trennung der Offizin von angrenzenden Verkehrsflächen und Ladenstraßen mache u. a. deutlich, dass sich die Apotheke von Geschäften des Einzelhandels, denen diese Trennung nicht vorgeschrieben ist, unterscheidet. Dem Passanten werde auf optische Weise die Besonderheit der Ware „Arzneimittel“ im Vergleich zu anderen Waren zum Bewusstsein gebracht, indem eine räumlich und optisch wahrnehmbare Barriere aufgerichtet wird, die er zu durchschreiten hat, wenn er apothekenpflichtige Arzneimittel erwerben will. Es sei auch kein milderes Mittel ersichtlich. Die Sinnfälligkeit baulicher Gestaltung lasse sich durch sonstige Aufklärung der Bevölkerung nicht ersetzen. Die damit für Apothekeninhaber verbundene Beeinträchtigung sei als gering zu veranschlagen. Solange die Apotheken das Verkaufsmonopol an apothekenpflichtigen Arzneimitteln haben, sei den Apothekern um der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung willen der Verzicht auf bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten des Erscheinungsbildes ihrer Apotheke und damit „mittelbar auf bestimmte Absatzstrategien zuzumuten“.¹¹

c) Verfassungsmäßigkeit einer Beschränkung auf den klassischen Versand

Gemessen an diesen Maßstäben ist nicht nachzuvollziehen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht meint, im Hinblick auf die Zulassung des Arzneimittelversands durch den Gesetzgeber seien keine triftigen Gründe ersichtlich, die eine Einschränkung auf die Versandform der Individualzustellung und den damit verbundenen Eingriff in das grundgesetzlich verbürgte Recht der Berufsfreiheit rechtfertigen könnten. Das Bundesverwaltungsgericht übersieht, dass es sich bei dem Verbot der Auslieferung über Abholstellen

sowohl für den Betreiber der Versandapotheke als auch für den Betreiber der Abholstelle um eine schlichte Berufsausübungsregelung handelt, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig ist, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.¹²

Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls können sich aber nicht nur aus Gesichtspunkten ergeben, die mit der Beratung der Patienten im Einzelfall zusammenhängen, sondern auch aus Aspekten, die die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln generell und insbesondere die Funktionsfähigkeit des hierfür geschaffenen Versorgungssystems betreffen. Diese Aspekte sind von der Einführung des erlaubten Versandhandels unabhängig und bleiben von ihr unberührt.

aa) Bewusstsein der Bevölkerung für die Besonderheiten von Arzneimitteln

So übersieht das Bundesverwaltungsgericht – anders als noch in seiner Entscheidung zu § 4 Abs. 5 ApBetrO –, dass die klare Trennung der Apotheken von sonstigen Gewerberäumen in nicht zu unterschätzender Weise dazu beiträgt, in der Bevölkerung das Bewusstsein für die Besonderheiten von Arzneimitteln zu erhalten. Das Bewusstsein für die Besonderheiten von Arzneimitteln in der Bevölkerung ist ein wesentlicher Beitrag zur Vermeidung einer gesundheitsschädlichen Förderung des Fehl- und Mehrgebrauchs von Arzneimitteln.

Dieses Bewusstsein droht verloren zu gehen, wenn verschreibungs- und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel in jedem beliebigen Gewerbebetrieb erhältlich sind. Auch insoweit gilt daher, dass durch die Trennung der Apotheke von anderen Gewerbebetrieben schon optisch die Besonderheit der Ware Arzneimittel im Vergleich zu anderen Waren zum Bewusstsein gebracht wird.¹³ Auch hier gilt ferner, dass die mit dem Verbot der Auslieferung von verschreibungs- und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln über institutionalisierte gewerbliche Abholstellen verbundene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Apotheker als gering zu veranschlagen und den Apothekern um der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung willen der Verzicht auf bestimmte Absatzstrategien zuzumuten ist, solange die Apotheken das Verkaufsmonopol an apothekenpflichtigen Arzneimitteln haben.

Dies hat das Bundesverwaltungsgericht vom Ansatz her auch in seiner Abholstellen-Entscheidung bekräftigt. Es hat auch dort betont, dass eine Abgrenzung der Apotheken von anderen Gewerbebetrieben erforderlich ist. Seine Entscheidung lässt insoweit aber die notwendige Konsequenz vermissen. Das Bundesverwaltungsgericht verkennt, dass schon durch die Möglichkeit der Ausgabe

9 Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-14887, Rn. 53, 124, 143 f., 147 f.
10 Vgl. BVerfGE 107, 186, 197 ff.

11 Vgl. BVerfGE 96, 372 ff. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 1996, Az.: 1 BvR 374/95.

12 Vgl. BVerfGE 7, 377, 405 ff.; 11, 30, 42, 44 f.; 12, 144, 147.

13 Vgl. zu den Besonderheiten von Arzneimitteln im Vergleich zu anderen Produkten etwa EuGH, Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache 369/88, Delattre, Slg. 1991, I-1487, Rn. 56 sowie 60; Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-14887, Rn. 107, 117, 119; Urteil vom 12. Juli 2005 in den verbundenen Rechtssachen C-154/04 und C-155/04, Alliance for Natural Health, Rn. 63, 85 f., 91; BVerfGE 17, 232, 239.

von verschreibungspflichtigen und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln in Gewerbebetrieben, die nicht Apotheken sind, der auch aus seiner Sicht unzulässige Eindruck erweckt wird, man könne die Arzneimittel – wenn auch im Wege der Bestellung – auch in sonstigen Gewerbebetrieben kaufen.

Es ist schon juristisch nicht banal, die tatsächliche Aushändigung von der rechtlichen Abgabe zu unterscheiden.¹⁴ Erst recht vermag der durchschnittlich informierte Verbraucher als juristischer Laie nicht zwischen einer nur tatsächlichen Aushändigung und einer rechtlichen Abgabe zu unterscheiden. Die Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts, man könne diesem Eindruck durch geeignete Vorkehrungen entgegen wirken, sind lebensfremd. Auch wenn nicht ausdrücklich dafür geworben wird, so geht es den betreffenden Gewerbebetrieben selbstredend darum, verkaufpsychologisch den Eindruck zu erwecken, man könne auch bei ihnen verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel erwerben. Damit wird aber gerade die vom Gesetzgeber und vom Bundesverwaltungsgericht gewollte Schärfung des Bewusstseins für die Besonderheiten von Arzneimitteln unterlaufen.

bb) Strukturelle Unverträglichkeiten

Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts besteht auch ein erheblicher Unterschied zwischen der Lagerung bestellter Arzneimittel bei einer Abholstation bis zur Abholung durch den Besteller und der Individualzustellung. Auch hier verkennt das Bundesverwaltungsgericht, dass es nicht nur um die Gefahr geht, dass die Ware verwechselt wird. Selbst insoweit erscheint aber die Annahme einer gleichen Risikolage durch das Bundesverwaltungsgericht zumindest fragwürdig. Denn während die zuverlässige Zustellung an den richtigen Empfänger das Kerngeschäft von Versanddienstleistungsunternehmen darstellt und die Gefahr von Verwechslungen hier geringer erscheint, gehört es nicht zu den Kernaufgaben und Kernkompetenzen von Tankwarten, Kioskbetreibern, Supermarktverkäuferinnen oder Restaurantbedienungen, das richtige Paket an den richtigen Empfänger auszugeben.

Ferner sind zahlreiche Unverträglichkeiten zwischen dem Hauptgeschäft der sonstigen Gewerbebetriebe und der Lagerung und Aushändigung verschreibungspflichtiger und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel denkbar. Weder sind die Räumlichkeiten notwendigerweise hinreichend vor dem Zugriff Unbefugter geschützt noch ist die Zuverlässigkeit und Sachkunde des Personals im Umgang mit verschreibungspflichtigen und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln gesichert. Die vom Gesetzgeber gefürchtete Gefahr, dass die Arzneimittel in unbefugte Hände geraten, und die Gefahr des unsachgemäßen Umgangs mit Arzneimitteln, kurz: die Gefahr struktureller Unverträglichkeiten ist bei der Zulassung der Lagerung und Aushändigung verschreibungspflichtiger und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel in jeglicher Art von Gewerbebetrieben wesentlich größer als im Falle der Indi-

vidualzustellung durch auf die möglichst rasche und möglichst direkte Beförderung zum Empfänger spezialisierte Unternehmen.

Während Arzneimittelpakete in der Vielzahl von Paketen bei Transportunternehmen unauffällig sind, können ferner die für jedermann als solche erkennbaren Ansammlungen großer Mengen von Arzneimitteln in öffentlich zugänglichen Abgabestellen auf Unbefugte und beliebiges Personal erhebliche Anreize ausüben, sich Zutritt zu den Arzneimitteln zu verschaffen. Es leuchtet auch unmittelbar ein, dass das Risiko unerwünschter, nicht ordnungsgemäßer Ereignisse steigt, wenn Aushilfspersonal von Tankstellen parallel zum Ölwechsel und Abarbeiten von Warteschlangen vor der Kasse noch mit der Lagerung und Aushändigung großer Mengen verschreibungspflichtiger Arzneimittel beschäftigt ist.

Die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts, die Lagerung der bestellten Arzneimittel bei einer Abholstation bis zur Abholung durch den Besteller erscheine gegenüber der Individualzustellung nicht als weniger sicher und die Gefahr, dass die Ware verwechselt oder an Unbefugte ausgegeben wird, sei jedenfalls nicht größer als beim Transport und der Auslieferung durch ein Postdienstleistungsunternehmen, erscheint daher unzutreffend und nicht überzeugend.

cc) Effektive behördliche Überwachung des Arzneimittelverkehrs

Vor allem aber verkennt das Bundesverwaltungsgericht die strukturellen Folgen einer Zulässigkeit beliebiger gewerblicher Abholstellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel für die Kontrolle und Überwachung des Arzneimittelverkehrs.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Arzneimittelsicherheit nicht nur durch die in § 1 AMG ausdrücklich genannten, produktbezogenen Kriterien „Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der Arzneimittel“, sondern auch durch die im Siebten Abschnitt des Arzneimittelgesetzes enthaltenen Regelungen gewährleistet, die insbesondere die grundsätzliche Apothekenpflicht und den Vertriebsweg für Arzneimittel festlegen. Es hat ferner entschieden, dass die zahlreichen Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit, die sich auf die Abgabe von Arzneimitteln beziehen, im weitesten Sinne der Gesundheit der Bevölkerung und damit einem Gemeinschaftsgut von hohem Rang dienen, das selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann. Mit vielen Vorschriften begegne der Gesetzgeber dabei nicht unmittelbar bestimmten Gesundheitsgefahren. Er suche vielmehr über die *Gestaltung von Rahmenbedingungen* die Arzneimittelsicherheit zu verbessern. Das könne nicht nur durch Beratungs- und Informationspflichten, sondern auch durch Vorgaben im Umgang mit Arzneimitteln geschehen.¹⁵

Entsprechend hat der Gesetzgeber im Siebten Abschnitt des Arzneimittelgesetzes die Vertriebswege für Arzneimittel gesondert geregelt, um die Ordnungsmäßigkeit des

¹⁴ Vgl. dazu BGH, LRE 1, 82 f.; BGH, Urteil vom 3. Juli 2003, Az. 1 StR 435/02, ApoR 2004, 125, 131; OLG Düsseldorf, DAZ 1982, 706 f.; RGSt 62, 369, 389; Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, Kommentar, Stand: 1. Juni 2008, § 4 Anm. 57; Dettling, in: Cyran/Rotta, Apothekenbetriebsordnung, Kommentar, Stand: Juni 2007, § 17 ApBetrO Rn. 38 ff. und 41 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 107, 186, 196 f.

Arzneimittelverkehrs und die Möglichkeit seiner effektiven behördlichen Überwachung sicherzustellen. Er hat dabei, wie § 1 Abs. 1 ApoG noch einmal betont, die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln der öffentlich-rechtlichen Verantwortung der Apotheken als besonderer Art von Unternehmen zugewiesen, weil aus seiner Sicht die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nur dann gewährleistet ist, wenn sie in den Händen besonders qualifizierter Eigentümer und Angestellter liegt. Aber selbst Apotheker bedürfen für den Betrieb einer Apotheke gemäß § 1 Abs. 2 und 3 ApoG einer vorherigen behördlichen Erlaubnis.

Wären außer Apotheken sonstige gewerbliche Abholstellen zulässig, wie das Bundesverwaltungsgericht meint, fehlte es aber zumindest an dem präventiven Erfordernis einer gesonderten behördlichen Erlaubnis. Arzneimittel-abholstellen könnten wie Pilze aus dem Boden schießen. Die Zahl der Stellen, an denen verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel gelagert und ausgehändigt werden, wäre beliebig vermehrbar. Es ist aber offenkundig, dass die in ihren Kapazitäten ohnehin begrenzten Behörden nicht mehr in der Lage wären, eine praktisch unbegrenzte und sich täglich verändernde Zahl von Arzneimittellager- und -aushändigungsstellen effizient zu überwachen. Der überwachungs- und kontrollbedürftige Verkehr mit verschreibungspflichtigen und sonstigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln wäre daher nicht mehr behördlich kontrollier- und beherrschbar.

dd) Struktur- und Funktionsbedingungen des Systems der Arzneimittelversorgung

Daran wird auch deutlich, dass die Zulassung sonstiger gewerblicher Arzneimittelabholstellen außerhalb von Apotheken letztendlich die Funktionsfähigkeit und Kontrollierbarkeit des vom Gesetzgeber geschaffenen Systems zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung in Frage stellte.

Dabei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Gefahreinschätzungen nicht schlüssig und daher verfassungsrechtlich kritisch zu beurteilen sind, wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.¹⁶ Ließe der Gesetzgeber sonstige gewerbliche Abholstellen für apothekenpflichtige Arzneimittel zu, wäre für die Kerntätigkeiten von Apotheken – die Lagerung und Aushändigung von Arzneimitteln für den Endverbrauch – der Grundsatz der Gewerbefreiheit eingeführt. Damit würde nach den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäben in hohem Maße fraglich, ob das bislang sowohl verfassungsrechtlich als auch gemeinschaftsrechtlich bestätigte, dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor den Gefahren eines Arzneimittelfehl- und -mehrgebrauchs dienende Apothekenmonopol und damit die Apotheke als eigenständige, heilberufliche Institution des Arzneimittelversorgungssystems selbst verfassungsrechtlich überhaupt noch haltbar wären.

Daran wird deutlich, dass sich nicht schon mit der Zulassung des erlaubnispflichtigen Versands im klassischen

Sinne, wohl aber mit der Zulassung sonstiger gewerblicher Abholstellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel die *Systemfrage* stellt und die auch vom Bundesverwaltungsgericht selbst noch befürwortete, institutionelle Bindung der Abgabe an die Apotheke entfällt. Es besteht das Risiko, dass die Zulassung sonstiger gewerblicher Abholstellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel den Ausgangspunkt für eine dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zuwiderlaufende Deregulierungsspirale nach unten bildet, die das gesamte System Arzneimittelversorgung durch Apotheken sowohl rechtlich als auch faktisch aushöhlt.

Jedes System benötigt stabile Strukturen und feste Grenzen, um zu funktionieren. Werden Strukturen immer stärker aufgeweicht und Grenzen immer stärker durchbrochen, zerfällt das System. Die Zulassung gewerblicher Abholstellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel bewirkt eine solche funktionszerstörende Aufweichung und Erosion des Systems zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Diese Zerfallswirkung gewerblicher Abholstellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel außerhalb von Apotheken hat das Bundesverwaltungsgericht verkannt.

3. Fazit

Die rechtlichen und praktischen Erfahrungen machen verbesserte Regelungen für den Internet- und Versandhandel mit Arzneimitteln erforderlich. In Anbetracht des dadurch entstandenen Handlungsbedarfs einerseits und der derzeitigen politischen Verhältnisse andererseits erscheint es richtig, im Sinne eines Kompromisses den Versand verschreibungspflichtiger und sonstiger apothekenpflichtiger Arzneimittel durch Apotheken als solchen unberührt lassen, aber die Auswüchse übertriebener Liberalisierungstendenzen einzudämmen und die Modalitäten des Versands klarer zu definieren.¹⁷ Entgegen einem obiter dictum in der Arzneimittel-Pick-up-Stellen-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bestehen gegen ein Verbot anderer Ausgabestellen für verschreibungspflichtige und sonstige apothekenpflichtige Arzneimittel als Apotheken und die damit verbundene Beschränkung des Arzneimittelversands auf den Versand im klassischen Sinne keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Anschrift der Verfasserin:
Rechtsanwältin Grit Hofmann
Ulmenstraße 14
09112 Chemnitz
E-Mail: hofmann@tiefenbacher.de

¹⁷ Vgl. zu entsprechenden Vorschlägen im Einzelnen Hofmann, Verbot der Arzneimittel-Pick-up-Stellen und Reform des Arzneimittelversands rechts als Kompromiss, DAZ 2009, 2152 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 107, 186, 197.