
GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

ZUR EUROPA- UND VERFASSUNGSRECHTLICHEN ZULÄSSIGKEIT EINES RX-VERSANDHANDELSVERBOTS

vorgelegt von Dr. Fiete Kalscheuer und Dr. Nicolas Harding

BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN

Kiel, den 25.02.2025

Inhaltsverzeichnis

I. Zur derzeitigen Sach- und Rechtslage	3
1. Versandhandel in Deutschland.....	3
2. EU-weiter Versandhandel nach Deutschland	3
3. Versandhandel in der EU überwiegend unzulässig	5
4. Neue Situation aufgrund des E-Rezepts und des CardLink-Verfahrens	5
II. Zur Entwicklung des Versandhandels mit Arzneimitteln in Deutschland	7
1. Versandhandel in Deutschland seit 2004 zulässig	7
2. BVerwG im Jahre 2008: Abholung von Arzneimitteln an „Pick-up-Stellen“ zulässig	8
3. Zu dem (jedenfalls) bis zum Jahre 2016 geltenden Rabatt- und Bonusverbot	8
4. Zur Entwicklung seit dem Jahre 2017.....	9
5. Niederländische Versandhändler halten sich nicht an Rabattverbote und stellen sich zunehmend breit auf	10
III. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	13
IV. Zur rechtlichen Zulässigkeit eines RX-Versandhandelsverbots	14
1. RX-Versandhandelsverbot hätte beibehalten werden können	14
2. Andere Situation aufgrund der zwischenzeitlichen Erlaubnis des RX-Versandhandels?	15
a) Zur notwendigen Einhaltung der Eignungs- Kohärenz- und Nachweisanforderungen.....	17
b) Zur Übertragbarkeit der Entscheidung des OLG München vom 07.03.2024. 18	
aa) Beweiserleichterungen nach deutschem Zivilprozessrecht sind zu beachten	18
bb) Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes.....	19
cc) Zur Bedeutung stationärer Apotheken und dem Apothekensterben.....	21
dd) Zur Verhältnismäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots	22
ee) Würdigung der Entscheidung des OLG München	23
c) Abschließende Bewertung	24

I. Zur derzeitigen Sach- und Rechtslage

1. Versandhandel in Deutschland

In Deutschland ist der Versand von rezeptfreien und -pflichtigen Arzneimitteln nur Vor-Ort-Apotheken erlaubt, die über eine zusätzliche Versandhandelserlaubnis ihrer Aufsichtsbehörde verfügen. Nach § 11a Abs. 1 Ziffer 2 des Gesetzes über das Apothekenwesen (ApoG) ist dafür ein besonderes Qualitätssicherheitssystem erforderlich.

2. EU-weiter Versandhandel nach Deutschland

Der EU-weite Versandhandel von rezeptfreien und -pflichtigen Arzneimitteln ist in Deutschland grundsätzlich zulässig. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für den EU-weiten Versandhandel sind maßgeblich in § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a des Arzneimittelgesetzes (AMG) festgeschrieben. Diese Norm macht den Versand von Arzneimitteln nach Deutschland davon abhängig, dass

„im Falle des Versandes an den Endverbraucher das Arzneimittel von einer Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union [...], welche für den Versandhandel nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekengesetz befugt ist, entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel versandt wird“.

Die Praxis des Versandhandels ist dabei dadurch geprägt, dass die entsprechende ausländische Apotheke nach ihrem nationalen Recht zum Versandhandel mit Arzneimitteln befugt ist und dieses nationale Recht dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel (vermeintlich) entspricht. Wann das ausländische Recht dem deutschen Recht „entspricht“, bemisst sich nach der Vergleichbarkeit der gesetzlich vorgesehenen Sicherheitsstandards. Diese müssen dabei nicht zwingend identisch sein. Entscheidend ist vielmehr, dass das ausländische Recht dem § 11a ApoG vergleichbare Sicherheitsstandards vorsieht,

Saalfrank, Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln aus EU-Mitgliedsstaaten nach Deutschland, A&R 2005, 11 (12).

Die „in regelmäßigen Abständen“ zu aktualisierende Übersicht im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 3 AMG stammt derzeit vom 05.07.2011. Die Länderliste gestaltet sich wie folgt:

Bekanntmachungen

Bundesministerium für Gesundheit

Bekanntmachung der Übersicht zum Versandhandel mit Arzneimitteln nach § 73 Absatz 1 Satz 3 des Arzneimittelgesetzes

Vom 5. Juli 2011

Nach § 73 Absatz 1 Satz 3 des Arzneimittelgesetzes (AMG) veröffentlicht das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) in regelmäßigen Abständen eine aktualisierte Übersicht über die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die anderen Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums, in denen für den Versandhandel und den elektronischen Handel mit Arzneimitteln dem deutschen Recht vergleichbare Sicherheitsstandards bestehen. Diese Standards regelt § 11a des Apothekengesetzes (ApoG). Darüber hinaus wird auf § 21 AMG und die Arzneimittelverschreibungsverordnung hingewiesen.

1. Für Arzneimittel, die zur Anwendung am oder im menschlichen Körper bestimmt sind, stellt das BMG fest, dass diese Vergleichbarkeit zur Zeit in folgenden Staaten besteht:
 - Island,
 - Niederlande, soweit Versandapotheken gleichzeitig eine Präsenzapotheke unterhalten,
 - Schweden, nur für den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln,
 - Tschechien, nur für den Versandhandel mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln,
 - Vereinigtes Königreich.
2. Für Arzneimittel, die zur Anwendung am oder im tierischen Körper bestimmt sind, stellt das BMG im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz fest, dass diese Vergleichbarkeit zur Zeit in folgenden Staaten besteht:
 - Tschechien, nur für den Versandhandel mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln,
 - Vereinigtes Königreich.

Apotheken aus anderen Staaten, in denen diese Vergleichbarkeit derzeit nicht besteht, können die Einhaltung vergleichbarer Sicherheitsstandards zusichern und eine Versandhandelserlaubnis für Arzneimittel nach § 11a ApoG beantragen.

Bonn, den 5. Juli 2011
113 - 41501 - 03

Bundesministerium für Gesundheit

Im Auftrag
Dr. E. Schmidt

Da sich auch die Niederlande auf der Länderliste befinden, gibt es – insbesondere der Grenzapotheken wegen – erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Länderliste. Die niederländischen Behörden überprüfen Grenzapotheken nicht oder jedenfalls nur sehr eingeschränkt, weil diese nur nach Deutschland liefern und die deutschen Behörden überprüfen diese mangels Zuständigkeit ebenfalls nicht.

Siehe dazu Schweim, „Außer Kontrolle“, in der Deutschen Apothekerzeitung aus dem Jahre 2020, **Anlage 1**

Derzeit läuft dazu u.a. ein gerichtliches Klageverfahren vor dem VG Köln unter dem Aktenzeichen 7 K 6148/24.

Siehe dazu: <https://www.freieapothekerschaft.de/laenderliste-fa-erhebt-klage-beim-verwaltungsgericht-koeln/#more-16951>

3. Versandhandel in der EU überwiegend unzulässig

In 19 von 27 Staaten der EU ist der Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln generell verboten. Nur in Deutschland, Dänemark, Estland, Finnland, Malta, den Niederlanden und Schweden ist er erlaubt.

https://www.abda.de/fileadmin/user_upload/assets/ZDF/Zahlen-Daten-Fakten-24/ABDA_ZDF_2024_Broschuere.pdf, S. 196:

Versandhandelsverbot für
verschreibungspflichtige Arzneimittel

- Ja
- Nein
- Keine Angaben



4. Neue Situation aufgrund des E-Rezepts und des CardLink-Verfahrens

Das Apothekenwesen befindet sich aufgrund der Digitalisierung derzeit in einer disruptiven Phase. Die disruptive Phase folgt insbesondere aus der Einführung des E-Rezepts

und dem damit verbundenen CardLink-Verfahren, wofür die niederländischen Unternehmen DocMorris und Shop-Apotheke als erste eine Zulassung von der Zulassungsstelle Gematik erhalten haben,

Anlage 2 und 3.

Seit dem 01.01.2024 ist in Deutschland bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zulasten der gesetzlichen Krankenkassen die Nutzung des E-Rezepts obligatorisch, sodass Kunden/Versicherte entsprechende Verschreibungen direkt etwa bei niederländischen Versandhändlern einreichen können.

Von der Shop-Apotheke heißt es hierzu:

„Durch die Einführung unserer eHealth-CardLink-Lösung können Patientinnen und Patienten nun in vollem Umfang von den Vorteilen eines papierlosen und vollständig digitalisierten Rezeptweges profitieren“, so CEO Olaf Heinrich. „Dies ist der nächste entscheidende Schritt in der digitalen Transformation des Gesundheitswesens, der uns enorme Wachstumschancen für die Zukunft bietet“ (Hervorhebung vom Verfasser) – Anlage 4.

In einer Medienmitteilung heißt es dementsprechend bei DocMorris im Juli 2024:

„Verdreifachung der Rx-Neukundenzahl seit CardLink-Einführung

Verdoppelung und kontinuierliche Steigerung des eRx-Marktanteils seit Januar 2024

17 Prozent Umsatzwachstum rezeptpflichtiger Medikamente (Rx) gegenüber Vorquartal“,

Anlage 5.

Derzeit erlebt die Apothekenwirtschaft die schnellste Verschiebung von Marktanteilen in ihrer Geschichte. Die Shop Apotheke bewirbt die Einführung des CardLink-Verfahrens in ihren Werbespots mit Günther Jauch als

„Revolution“,

vgl. <https://youtu.be/T7fskDSdshE?feature=shared>

Der CEO von Doc Morris, Walter Hess, bezeichnet die gegenwärtige Situation in Interviews Mitte September 2024 als

„*Stunde Null*“ (Anlage 6).

Im Jahre 2024 sind die Umsätze im Hinblick auf rezeptpflichtige Medikamente bei der Shop-Apotheke massiv gestiegen,

Anlage 7.

Gleichzeitig beschleunigt sich – wie aktuelle Zahlen zeigen – das Apothekensterben in Deutschland zulasten der Vor-Ort-Versorgung der Bevölkerung.

Im ersten Halbjahr 2024 sank die Zahl der Apotheken in Deutschland um 283 Betriebe auf den neuen Tiefstwert von 17.288. Das entspricht einem Rückgang von rund 1,6 Prozent seit Jahresanfang. Inzwischen gibt es fast dreizehn Schließungen auf eine Neueröffnung,

vgl. **Anlage 8.**

Im Juli, August und September 2024 haben weitere 100 Apotheken geschlossen,

vgl. **Anlage 9.**

Ein Ende des Apothekensterbens ist nicht absehbar,

vgl. **Anlage 10.**

II. Zur Entwicklung des Versandhandels mit Arzneimitteln in Deutschland

1. Versandhandel in Deutschland seit 2004 zulässig

Im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber mithilfe des GKV-Modernisierungsgesetzes den Versandhandel von grundsätzlich allen rezeptfreien und -pflichtigen Arzneimitteln in Deutschland ab 2004 freigegeben. Am Ende desselben Jahres entschied der Gerichtshof der Europäischen Union, dass der Versandhandel im EU-Binnenmarkt mit rezeptfreien Arzneimitteln erlaubt sein muss,

Gerichtshof, Urteil vom 11.12.2003 – Rs. C-322/01, EuR 2004, 253 Rn. 112 ff.

Bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln könne dagegen jeder EU-Mitgliedsstaat selbst entscheiden, ob er den Versand zulasse oder nicht. Der Gerichtshof führt dazu wie folgt aus:

„Angesichts der Gefahren, die mit der Verwendung dieser Arzneimittel verbunden sein können, könnte das Erfordernis, die Echtheit der ärztlichen Verschreibungen wirksam und verantwortlich nachprüfen zu können und die Aushändigung des Arzneimittels an den Kunden selbst oder an eine von ihm mit dessen Abholung beauftragte Person zu gewährleisten, ein Verbot des Versandhandels rechtfertigen. Wie die irische Regierung dargelegt hat, könnte die Zulassung einer Ausgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel erst nach Erhalt der Verschreibung und ohne weitere Kontrolle das Risiko erhöhen, dass ärztliche Verschreibungen missbräuchlich oder fehlerhaft verwendet werden. Im Übrigen kann die tatsächlich gegebene Möglichkeit, dass ein Arzneimittel, das ein in einem Mitgliedstaat wohnender Käufer bei einer Apotheke in einem anderen Mitgliedstaat erwirbt, in einer anderen Sprache etikettiert ist als in der Sprache des Heimatstaats des Käufers, im Fall von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gravierendere Folgen haben.“

Urteil des Gerichtshofes vom 11.12.2003 – Rs. C-322/01, EuR 2004, 253 Rn. 119.

2. BVerwG im Jahre 2008: Abholung von Arzneimitteln an „Pick-up-Stellen“ zulässig

Im Jahre 2008 entschied das Bundesverwaltungsgericht, Versandapotheken müssten ihre Arzneimittel nicht an Kunden verschicken, sondern können diese auch abholen lassen („Pick-up-Stelle“). Die Lagerung der bestellten Arzneimittel etwa bei einer Drogeriemarktkette bis zur Abholung durch den Besteller erscheine gegenüber der Individualzustellung nicht als weniger sicher, so das BVerwG.

BVerwG, Urteil vom 13.03.2008 – BVerwG 3 C 27.07, Rn. 21.

3. Zu dem (jedenfalls) bis zum Jahre 2016 geltenden Rabatt- und Bonusverbot

Im Jahre 2012 stellte der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe in Deutschland fest, die deutsche Arzneimittelpreisverordnung gelte auch für ausländische Versender.

Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 22.08.2012 – GmS-ÖGB 1/10.

Im selben Jahr stellte der Bundestag in einer Arzneimittelrecht-Novelle klar, dass das deutsche Rabatt- und Bonusverbot auf rezeptpflichtige Arzneimittel auch für ausländische Versender gelte.

BT-Drucksache 17/9341 S, 67.

In der Entscheidung „Deutsche Parkinson Vereinigung e. V. / ZBUW“ entschied im Jahre 2016 sodann der Unionsgerichtshof, dass einheitliche Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel derzeit nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt werden können. Der Gerichtshof führt in der Entscheidung wie folgt aus:

„Ein nationales Gericht muss somit, wenn es eine nationale Regelung darauf prüft, ob sie zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist, mit Hilfe statistischer Daten, auf einzelne Punkte beschränkter Daten oder anderer Mittel objektiv prüfen, ob die von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger einschränken.“

Gerichtshof, Urteil vom 19.10.2016 – C-148/15 (Deutsche Parkinson Vereinigung/ZBUW), NVwZ 2016, 1793 (1795 f. Rn. 34 ff.).

4. Zur Entwicklung seit dem Jahre 2017

Im Jahre 2017 legte das Bundesgesundheitsministerium (BMG) einen Referentenentwurf für ein Gesetz zum Versandverbot für rezeptpflichtige Medikamente vor,

https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/V/Versandhandel-Verbot_RefE.pdf,

der jedoch in der 18. Legislaturperiode nicht mehr in den Bundestag eingebracht wurde. Im Jahre 2020 wurde das Vor-Ort-Apotheken-Stärkungsgesetz (VOASG) beschlossen, das die bundeseinheitliche Preisbindung für rezeptpflichtige Arzneimittel mithilfe des Sozialrechts (SGB V) für den Versandhandel mit gesetzlich krankenversicherten Patienten wiederherstellte.

https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/A/Apothekengesetz_Kabinett.pdf

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu wie folgt:

„Zur Umsetzung der Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 wird die Regelung des § 78 Absatz 1 Satz 4 des Arzneimittelgesetzes (AMG) aufgehoben, wonach die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) auch für Arzneimittel gilt, die im Wege des Versandhandels nach Deutschland verbracht werden. Um sicherzustellen, dass

die Arzneimittelversorgung von Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) im Wege der Sachleistung als ein grundlegendes und systemrelevantes Strukturprinzip des Systems der GKV auch zukünftig erhalten bleibt und notwendige Steuerungsinstrumente, die daran anknüpfen, weiterhin funktionieren, erfolgen Änderungen im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Es wird geregelt, dass die Rechtswirkung des Rahmenvertrages über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Absatz 2 SGB V für Apotheken, auch für Versandapotheken aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), Voraussetzung dafür ist, zu Lasten der GKV verordneter Arzneimittel an Versicherte in der GKV als Sachleistung nach § 2 Absatz 2 SGB V abgeben zu dürfen und unmittelbar mit den Krankenkassen abrechnen zu können. Apotheken, für die der Rahmenvertrag Rechtswirkungen entfaltet, werden verpflichtet, bei der Abgabe von verordneten Arzneimitteln an Versicherte in der GKV im Wege der Sachleistung den einheitlichen Apothekenabgabepreis einzuhalten und Versicherten in der GKV keine Zuwendungen zu gewähren“ (Hervorhebung vom Verfasser).

Im Jahre 2024 gelangte sodann das OLG München zu dem Schluss, der durch das VOASG aufgehobene § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG sei auch im Hinblick auf ausländische Versandhandelsapotheken – aufgrund einer neuen Tatsachengrundlage – mittlerweile rechtmäßig.

OLG München, Urteil vom 07.03.2024 – 6 U 1509/14, GRUR-RS 2024, 23242.

5. **Niederländische Versandhändler halten sich nicht an Rabattverbote und stellen sich zunehmend breit auf**

Die niederländischen Versandhändler Doc Morris und die Shop Apotheke halten sich derzeit nicht an die im Jahre 2020 geschaffene Regelung des § 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V sowie an darauf gestützte Entscheidungen deutscher Gerichte zur Unzulässigkeit von Rabatt-Gutscheinen,

vgl. **Anlage 11** und **Anlage 12**


Unter www.shop-apotheke.com wirbt nach wie vor etwa die Shop-Apotheke, die zur niederländischen Dachorganisation Redcare Pharmacy gehört, u.a. damit, dass Kunden bei der digitalen Einlösung eines E-Rezeptes in der „Shop Apotheke: E-Rezept App“ den Gutschein-Code *10Rezept* anwenden können und als Gegenleistung einen Gutschein im Wert von bis zu 10,00 € erhalten:



Endlich E-Rezept digital einlösen – mit
Krankenkassenkarte & *Shop Apotheke App*

- ✓ Medikamente direkt nach Hause liefern lassen
- ✓ Code *10Rezept* eingeben und bis zu 10 € sparen bei der ersten E-Rezept-Einlösung in unserer App²⁸
- ✓ Weitere Produkte versandkostenfrei⁸

[Weitere Informationen](#) ▾



Dieser Gutschein ist laut der Fußnote 28 mit verschiedenen Einschränkungen behaftet. Zur Verrechnung des Gutscheinwertes heißt es darin:

„Die Verrechnung des Gutscheinbetrags erfolgt sofort innerhalb der Bestellung, und zwar zuerst mit der gesetzlichen Zuzahlung, bei einem Restbetrag zunächst mit etwaiger Festbetragsdifferenz und danach mit dem Preis von mitbestellten nicht verschreibungspflichtigen Produkten (ausgenommen sind preisgebundene Bücher, Artikel von Drittanbietern [Marktplatz-Partnern], Babymilch sowie bei einer Now!-Lieferung). [...] Sitz der Apotheke: Shop-Apotheke B.V., Erik de Rodeweg 11/13, NL-5975 WD Sevenum.“

Indem die Shop-Apotheke den Gutschein vorrangig ausdrücklich mit der „gesetzlichen Zuzahlung“ verrechnet, gibt sie eindeutig zu verstehen, dass er auch (und sogar vorrangig) für den Erwerb von in Deutschland verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gültig ist, denn eine „Zuzahlung“ ist vom Endverbraucher/Patienten im deutschen GKV-System nur für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu leisten.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG) ist es grundsätzlich unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Eine Ausnahme dazu ist hier nicht gegeben.

Ein entsprechendes Geschäftsgebaren legt ebenso das niederländische Unternehmen DocMorris an den Tag. Unter www.docmorris.de wirbt DocMorris u.a. ebenfalls damit, dass Kunden bei der digitalen Einlösung eines E-Rezeptes in der „DocMorris App“ den Gutschein-Code *Rezept10* anwenden können und als Gegenleistung einen Gutschein im Wert von bis zu 10,00 € erhalten:

Jetzt das erste Mal ein E-Rezept mit unserer App einlösen und direkt sparen!

Direkt 10€ sparen mit: **Rezept10**

App herunterladen

DocMorris

Gesundheitskarte 123456

App Store Google Play

DocMorris, einfach verlässlich.

Jetzt E-Rezept in der DocMorris App einlösen

- Direkt bis zu 10€ sparen bei der ersten E-Rezept Einlösung in unserer App*
- Kostenlose Lieferung am nächsten Werktag**
- Weitere Artikel versandkostenfrei mitbestellen
- Kostenlose pharmazeutische Beratung & Wechselwirkungscheck

Jetzt E-Rezept einlösen

Direkt 10€ sparen beim 1. E-Rezept*

Rabattcode: **Rezept10**

DocMorris

Gesundheitskarte 123456

E-Rezept einlösen

Das deutsche Sicherheitsniveau ist hingegen u.a. dadurch gekennzeichnet, dass die Rechtsordnung durch Vorgaben für Preise und Werbung der Gefahr entgegenzuwirken versucht, Arzneimittel wie normale Konsumgüter zu vertreiben, bei denen sich durch „Sonderangebote“ und Werbeangaben die Nachfrage ankurbeln lässt.

Das Verhalten von Doc Morris und der Shop Apotheke veranschaulicht, dass bei den niederländischen Versandhändlern in keiner Weise ein vergleichbares deutsches Sicherheitsniveau herrscht. Es sind – anders als bei den inhabergeführten deutschen Apotheken – keine persönlichen Konsequenzen zu befürchten, wenn gegen geltendes Recht in Deutschland verstoßen wird.

Allein im Oktober 2024 soll die Shop Apotheke dabei 34 Millionen Euro in die Werbekampagne gesteckt haben,

Anlage 13.

Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Shop-Apotheke mittlerweile als breit aufgestelltes Versandunternehmen vorgeht. Erwerbbar sind bei der Shop-Apotheke u.a. Pferdesattel, Krimis und eine Reihe von Sexspielzeug,

Anlage 14.

Deutsche Apotheker unterliegen hingegen strengen Grenzen bei ihrem Verkaufssortiment. Der Apothekenleiter darf in einer Apotheke gemäß § 2 Abs. 4 ApBetrO neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten nur die in § 1a Abs. 10 ApBetrO abschließend genannten apothekenüblichen Waren anbieten, wenn der Umfang den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke und den Vorrang des Arzneimittelauftrags nicht beeinträchtigt. Auch diese Regelung soll den Sicherheitsstandard der deutschen Apotheken gewährleisten: Die Apotheker sollen sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren und dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung dienen.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Unstreitig ist, dass es grundsätzlich möglich gewesen wäre, das RX-Versandhandelsverbot beizubehalten. Bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln könne – so der Gerichtshof der Europäischen Union im Jahre 2003 – jeder EU-Mitgliedsstaat selbst entscheiden, ob er den Versand zulasse oder nicht.
- Anders als noch im Jahre 2003 geht es gegenwärtig nicht um eine Beibehaltung des Versandhandelsverbotes zur Vermeidung unbekannter negativer Liberalisierungsfolgen. Vielmehr soll ein über mehr als ein Jahrzehnt praktizierter Liberalisierungsstatus wieder rückgängig gemacht werden.
- Es spricht nach der Entscheidung des OLG München vom 07.03.2024 einiges dafür, dass sich ein RX-Versandhandelsverbot rechtfertigen lässt. Den EU-Mitgliedsstaaten kommt im Bereich des Gesundheitsschutzes ein Beurteilungsspielraum zu. Zur Rechtfertigung eines RX-Versandhandelsverbots genügt daher grundsätzlich eine auf Grund konkreter Tatsachen bestehende und objektiv belegte abstrakte Gefahr für die hinreichend sichere Arzneimittelversorgung in Deutschland. Im Weiteren muss das RX-Versandhandelsverbot insbesondere erforderlich sein, d.h. es darf keine mildere Maßnahme mit in etwa gleicher Wirksamkeit vorhanden sein.
- Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung eines RX-Versandhandelsverbots sind gegeben. Das Apothekenwesen befindet sich aufgrund der Digitalisierung derzeit in einer disruptiven Phase. Die starken Veränderungen auf dem Apothekenmarkt ergeben sich aus der Einführung des E-Rezepts und dem damit verbundenen CardLink-

Verfahren. Befeuert durch eine massive und zugleich rechtswidrige Werbekampagne von Doc Morris und der Shop-Apotheke erlebt die Apothekenwirtschaft dadurch die schnellste Verschiebung von Marktanteilen in ihrer Geschichte. Im Jahre 2024 sind die Umsätze im Hinblick auf rezeptpflichtige Medikamente etwa bei der Shop-Apotheke um 147 Prozent gestiegen.

- Seit dem 01.01.2024 ist in Deutschland bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zulasten der gesetzlichen Krankenkassen die Nutzung des E-Rezepts obligatorisch, sodass Kunden/Versicherte entsprechende Verschreibungen direkt bei niederländischen Versandhändlern einreichen können. Dies beseitigt das bis dahin bestehende Marktzugangshindernis, sodass EU-Versandhändler nunmehr in unmittelbarer Konkurrenz mit Präsenzapotheken direkt am Markt teilnehmen können. Die Preisbindung – an die sich die niederländischen Versandhändler derzeit ohnehin nicht halten – stellt zwar eine mildere Maßnahme dar, sie ist aber jedenfalls nicht so wirksam wie ein RX-Versandhandelsverbot. Die Erforderlichkeit des RX-Versandhandelsverbots ist damit zu bejahen.

IV. Zur rechtlichen Zulässigkeit eines RX-Versandhandelsverbots

1. RX-Versandhandelsverbot hätte beibehalten werden können

Unstreitig ist, dass es grundsätzlich möglich gewesen wäre, das RX-Versandhandelsverbot beizubehalten. Bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln könne – so der Unionsgerichtshof im Jahre 2003 – jeder EU-Mitgliedsstaat selbst entscheiden, ob er den Versand zulasse oder nicht. Der Gerichtshof führt in der bereits oben zitierten Entscheidung aus dem Jahre 2003 dazu wie folgt aus:

„Angesichts der Gefahren, die mit der Verwendung dieser Arzneimittel verbunden sein können, könnte das Erfordernis, die Echtheit der ärztlichen Verschreibungen wirksam und verantwortlich nachprüfen zu können und die Aushändigung des Arzneimittels an den Kunden selbst oder an eine von ihm mit dessen Abholung beauftragte Person zu gewährleisten, ein Verbot des Versandhandels rechtfertigen. Wie die irische Regierung dargelegt hat, könnte die Zulassung einer Ausgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel erst nach Erhalt der Verschreibung und ohne weitere Kontrolle das Risiko erhöhen, dass ärztliche Verschreibungen missbräuchlich oder fehlerhaft verwendet werden. Im Übrigen kann die tatsächlich gegebene Möglichkeit, dass ein Arzneimittel, das ein in einem Mitgliedstaat wohnender Käufer bei einer Apotheke in einem anderen Mitgliedstaat erwirbt, in einer anderen Sprache etikettiert ist als in der Sprache des Heimatstaats des Käufers, im Fall von

verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gravierendere Folgen haben“ (Hervorhebung vom Verfasser).

Gerichtshof, Urteil vom 11.12.2003 – Rs. C-322/01, EuR 2004, 253 Rn. 119.

Der Gerichtshof schließt in der Entscheidung auch nicht aus,

„dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann“,

der eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann.

Gerichtshof, ebenda, Rn. 122.

Mangels eines entsprechenden, substantiierten Vortrags konnte der Gerichtshof im Jahre 2003 jedoch nicht abschließend feststellen, dass das Versandhandelsverbot durch Gründe des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit oder der Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens tatsächlich gerechtfertigt werden kann.

Gerichtshof, ebenda, Rn. 123.

Letztlich kam es hierauf in der Entscheidung des Gerichtshofs nicht an. Festzuhalten bleibt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Beibehaltung eines RX-Versandhandelsverbots europarechtlich zulässig gewesen wäre.

Es ist auch nicht zu erkennen, dass es im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG unüberwindbare verfassungsrechtliche Hürden gegeben hätte. Mit den Erwägungen des Gerichtshofs ließe sich vielmehr auch der Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen. Starck war noch im Jahre 2008 sogar der Auffassung, dass es eine aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG resultierende Schutzpflicht des Gesetzgebers gebe, den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu verbieten.

Starck, DÖV 2008, 389 (395).

2. Andere Situation aufgrund der zwischenzeitlichen Erlaubnis des RX-Versandhandels?

Die rechtliche Situation ist nach der grundsätzlichen Zulassung des RX-Versandhandels im Jahre 2004 eine andere ist als zuvor. Unklar ist lediglich, was hieraus konkret folgt.

Anlässlich des erwogenen Versandhandelsverbots im Jahre 2017 meint Koenig, es dürften die vom Gerichtshof aufgestellten EU-rechtlichen Eignungs-, Kohärenz- und Nachweis-anforderungen an die Einführung eines kategorischen Versandhandelsverbotes für verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht unterschätzt werden.

Koenig, PharmR 2017, 85 (87).

Anders als noch im Jahre 2003 gehe es im Jahre 2017 nicht mehr um eine Beibehaltung des Versandhandelsverbotes zur Vermeidung unbekannter negativer Liberalisierungsfolgen. Vielmehr beabsichtige das Bundesgesundheitsministerium mit seinem Referentenentwurf umgekehrt, einen über mehr als ein Jahrzehnt praktizierten Liberalisierungsstatus rückgängig zu machen.

Koenig, ebenda, 85 (87).

Koenig meint weiter:

„Der RX-Versandhandel funktioniert seit fast 13 Jahren. Zudem ist die Digitalisierung des Gesundheitsmarktes, zu dessen essentiellem Bestandteil auch der Arzneimittelversandhandel gehört, das erklärte Ziel der Bundesregierung. Gerade der RX-Versandhandel hat sich zu einem Vollsortimenter-Angebot entwickelt, das die flächendeckende Versorgung ergänzt. Ganz überwiegend wird über elektronische Kommunikationsplattformen eine spezialisierte pharmazeutische Fachberatung in diskreter Form angeboten. Dies alles hat in den fast 13 Erfahrungsjahren mit dem RX-Versandhandel gerade zu einer hohen Akzeptanz bei der besonders relevanten Patienten- und Bevölkerungsgruppe der über 65-Jährigen geführt, von denen mittlerweile 62 % Medikamente online beziehen, während nur 33 % der bis 29-Jährigen online Medikamente kaufen. In der Gruppe der 30- bis 49-Jährigen bestellen 62 % und von den 50-bis 64-Jährigen bestellen 61 % bei Versand-Apotheken. 25 % der verschreibungspflichtigen Rezepturen (in Apotheken für bestimmte Patienten aus den benötigten Ausgangsstoffen auf ärztliche Verordnung eigens hergestellte Arzneimittel) werden heute im Versand bezogen.“

Koenig, ebenda, 85 (87).

Zum Argument, dass ein RX-Versandhandelsverbot wegen der ansonsten bestehenden Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit in der GKV-Versorgung erforderlich sei, heißt es bei Koenig, schon der Gerichtshof habe in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003

„keineswegs pauschal das vollständige Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aus Gründen des Gesundheitsschutzes zugebilligt. Vielmehr verlangte der Gerichtshof bereits in der damaligen Vorlagekonstellation, in der es – anders als heute – um eine Beibehaltung des Versandhandelsverbotes zur Vermeidung noch unbekannter negativer Liberalisierungsfolgen ging, die strikte

Einhaltung der Eignungs- und Nachweisanforderungen an die mitgliedstaatliche Rechtfertigung von Beschränkungen der Binnenmarktfreiheiten.“

Koenig, ebenda, 85 (87 f.).

In einer gutachterlichen Stellungnahme aus dem Jahre 2020 teilt der Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages die maßgeblich von Koenig vertretene skeptische Auffassung in Bezug auf die Rechtmäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots. Die Preisbindung sei ein milderer, aber in etwa gleich wirksames Mittel:

„Da auch auf diesem Wege der Preisdruck für die Vor-Ort-Apotheken reduziert werden könnte und die Festpreisregelung zudem ein milderer Mittel als ein umfassendes Verbot darstellt, bestehen insoweit begründete Zweifel an der Erforderlichkeit eines Versandhandelsverbotes für verschreibungspflichtige Arzneimittel.“

PE 6 – 3000 – 068/20, S. 8.

<https://www.bundestag.de/re-source/blob/798852/7da6e2a9c8e06cf41c8216b09e353a69/PE-6-068-20-pdf.pdf>

a) Zur notwendigen Einhaltung der Eignungs- Kohärenz- und Nachweisanforderungen

Im Ausgangspunkt zutreffend weisen Koenig und der Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages dabei darauf hin, dass der Gerichtshof in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2016 die von den Mitgliedsstaaten einzuhaltenden Eignungs- und Nachweisanforderungen näher bestimmt. Wie bereits zitiert, heißt es in der Entscheidung aus dem Jahre 2016, es müsse mit Hilfe statistischer Daten, auf einzelne Punkte beschränkter Daten oder anderer Mittel geprüft werden,

„ob die von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger einschränken.“

Gerichtshof, Urteil vom 19.10.2016 – C-148/15 (Deutsche Parkinson Vereinigung/ZBUW), NVwZ 2016, 1793 (1795 f. Rn. 34).

Zumindest im Jahre 2017 kam Koenig in seinem Aufsatz folgerichtig zu dem Ergebnis, dass der statistisch-empirische Befund nicht ausreiche, um den EU-rechtlichen Eignungs-, Kohärenz- und Nachweisanforderungen an die mitgliedstaatliche Beschränkungsrechtfertigung gerecht zu werden.

Koenig, PharmR 2017, 85 (90).

Entsprechendes gilt für den Fachbereich Europa des Deutschen Bundestages im Jahre 2020.

PE 6 – 3000 – 068/20, S. 9.

b) Zur Übertragbarkeit der Entscheidung des OLG München vom 07.03.2024

Das OLG München dürfte in seiner Entscheidung vom 07.03.2024 – aufgrund einer neuen Datenlage – indes Maßstäbe für die gegenteilige Auffassung gesetzt haben.

OLG München, Urteil vom 07.03.2024 – 6 U 1509/14, GRUR–RS 2024, 23242.

Das OLG München setzt sich in seiner Entscheidung vom 07.03.2024 ausführlich mit den einzuhaltenden Eignungs-, Kohärenz und Nachweisanforderungen auseinander und gelangt dem Ergebnis, sogar die alte Preisbindungsregelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG a.F. sei mit dem Europarecht vereinbar.

Es spricht nach der Entscheidung des OLG München einiges dafür, dass sich mittlerweile auch ein RX-Versandhandelsverbot rechtfertigen lässt. In einer Praxisanmerkung heißt es daher warnend:

„Apothekenversandhändler sind gehalten, die weitere Entwicklung genauestens im Auge zu behalten und ihre Marketingstrategien anzupassen, um (Haftungs-)Risiken, ggf. auch über den konkreten Sachverhalt hinaus, zu minimieren.“

Anm. Reiling, Jakobs, GRUR–Prax 2025, 123.

Dem ist in der Sache nichts hinzuzufügen. Im Folgenden soll daher die Argumentation des OLG München Schritt für Schritt nachverfolgt werden.

aa) Beweiserleichterungen nach deutschem Zivilprozessrecht sind zu beachten

Ausgehend von der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19.10.2016 führt das OLG zunächst aus, dass im Rahmen seiner richterlichen Überzeugungsbildung die nach deutschem Zivilprozessrecht bestehenden Beweiserleichterungen zu beachten sind. Daran ändere auch der

europarechtliche Bezug nichts. Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises gelte dabei etwa eine bestimmte Ursache oder ein bestimmter Ablauf nach der allgemeinen Lebenserfahrung als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges, wenn das Gericht das Vorliegen eines entsprechenden typischen Geschehensablaufs feststellen könne. Gleichfalls seien Erfahrungssätze und daraus zu folgernde tatsächliche Vermutungen zu berücksichtigen. Soweit der Gerichtshof weiter eine Prüfung möglicher, die Warenverkehrsfreiheit weniger einschneidender Maßnahmen anmahnt, sei dies als Hinweis auf das Erfordernis einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verstehen. Der vom Unionsgerichtshof selbst referenzierten Rechtsprechung zufolge dürfe die den Streitparteien auferlegte Beweislast nicht so weit gehen, dass positiv belegt werden müsste, dass ein Mitgliedstaat das von ihm angestrebte Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen könne.

OLG München, Urteil vom 07.03.2024 – 6 U 1509/14, GRUR-RS 2024, 23242 Rn. 67.

Vielmehr habe das zuständige nationale Gericht im Rahmen seiner Prüfung dem Unionsgerichtshof zufolge die Stichhaltigkeit der ihm vorliegenden Beweise nur daraufhin zu prüfen, ob diese bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die vom Gesetzgeber gewählten Mittel zur Verwirklichung der jeweils verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger einschränken. Dabei dürfe das Gericht auch mögliche wissenschaftliche Unsicherheiten hinsichtlich der konkreten und tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme für die Erreichung des verfolgten Ziels berücksichtigen.

OLG München, ebenda, Rn. 67 m.w.N.

bb) Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes

Das OLG München betont im Weiteren den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes. Es führt dazu wie folgt aus:

Im Rahmen der nach dem Unionsgerichtshof folglich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zudem zu berücksichtigen, dass für die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts die Verantwortung für die

Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gemäß Art. 168 Abs. 7 AEUV bei den Mitgliedstaaten selbst liegt, wobei die Verantwortung der Mitgliedstaaten sowohl die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung als auch die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel umfasst. Unter den nach den Vorgaben des AEUV geschützten Gütern und Interessen nimmt die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang ein.

Im Rahmen des den Mitgliedstaaten zustehenden Beurteilungsermessens liegt es zudem in deren Verantwortung, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Auch insoweit ist, da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, den Mitgliedstaaten ein weiter Wertungsspielraum zuzuerkennen (...). Auf den, den Mitgliedstaaten zustehenden Wertungsspielraum und damit auch auf die Art und Weise der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wirkt es sich aber aus, wenn bei der gebotenen Bewertung der maßgeblichen tatsächlichen Umstände erhebliche wissenschaftliche und praktische Unsicherheiten bestehen. Unter solchen Umständen ist einem Mitgliedstaat zuzugestehen, dass er dem Vorsorgeprinzip entsprechend Schutzmaßnahmen trifft, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind. Nur auf rein hypothetische Erwägungen darf die Risikobewertung indes nicht gestützt werden“ (Hervorhebungen vom Verfasser).

OLG München, ebenda, Rn. 69.

An anderer Stelle heißt es in dem Urteil des OLG München entsprechend:

„Auch unionsrechtlich genügt (...) eine auf Grund konkreter Tatsachen bestehende und objektiv belegte abstrakte Gefahr für die hinreichend sichere Arzneimittelversorgung. Von einer entsprechenden abstrakten Gefahr für den Bestand der Arzneimittelversorgung, die – wie ausgeführt auch der parlamentarischen Debatte zugrunde lag – durfte der Gesetzgeber indes ausgehen.

OLG München, ebenda, Rn. 95.

Es müssen nach dem OLG München dabei keine empirischen Daten vorgelegt werden, die den Kausalzusammenhang zwischen der Maßnahme und der beabsichtigten Wirkung eindeutig belegen. Zu prüfen sei lediglich, ob die dem nationalen Gericht zur Rechtfertigung der fraglichen mitgliedstaatlichen Maßnahme vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass diese Regelung zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist, und ob es möglich ist, dieses Ziel durch weniger einschränkende Maßnahmen zu erreichen. Dies ergebe sich zudem aus dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes:

„Steht dem demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgeber – was im Bereich der Gesundheitspolitik wie ausgeführt im Rahmen des Art. 36 AEUV der Fall ist – ein Gestaltungsspielraum zu, ist bei der zivilgerichtlichen Kontrolle auch aus dem Grund eine nur eingeschränkte richterliche Überprüfung geboten, weil der parlamentarische Entscheidungsprozess im Rahmen eines wie in der Bundesrepublik Deutschland nach gegenwärtigem Stand fraglos verwirklichten demokratischen Staatssystems als solcher bereits eine grundlegende Gewähr dafür bietet, dass die unterschiedlichen Interessen zur Sprache kommen und dem repräsentativ-demokratischen Willensbildungsprozess entsprechende legislative Entscheidungen unter Berücksichtigung dieser Interessen und alternativen Regulierungsszenarien getroffen werden.“

OLG München, ebenda, Rn. 76.

cc) Zur Bedeutung stationärer Apotheken und dem Apothekensterben

Das OLG München betont im Weiteren die grundlegende und zentrale Bedeutung stationärer Apotheken für die Arzneimittelversorgung:

„Die besondere Bedeutung von Präsenzapotheken ergibt sich (...) aus den über die bloße Bereitstellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel hinaus angebotenen Beratungsleistungen. (...) Nationale Präsenzapotheken obliegen (...) umfassenden Beratungspflichten. Insbesondere müssen bei der Information und Beratung über Arzneimittel gemäß § 20 Abs. 2 Ap-BetrO Aspekte der Arzneimittelsicherheit berücksichtigt werden. Die Beratung muss zudem die notwendigen Informationen über die sachgerechte Anwendung des Arzneimittels umfassen, soweit erforderlich auch über eventuelle Nebenwirkungen oder Wechselwirkungen, die sich aus den Angaben auf der Verschreibung sowie den Angaben des Patienten oder Kunden ergeben, und über die sachgerechte Aufbewahrung oder Entsorgung des Arzneimittels. Ferner sind die Präsenzapotheken gehalten, bei der Abgabe von Arzneimitteln an einen Patienten oder andere Kunden durch Nachfrage auch festzustellen, inwieweit diese gegebenenfalls weiteren Informations- und Beratungsbedarf haben, und eine entsprechende Beratung anzubieten. Im Falle der Selbstmedikation ist ferner auch festzustellen, ob das gewünschte Arzneimittel zur Anwendung bei der vorgesehenen Person geeignet erscheint oder in welchen Fällen anzuraten ist, gegebenenfalls einen Arzt aufzusuchen. Darüber hinaus richten sich auch die Anforderungen an die Beschaffenheit der Betriebsräume nach den entsprechenden, umfassenden Beratungspflichten. Gemäß § 4 Abs. 2a Ap-BetrO müssen die Betriebsräume einer Präsenzapotheke hinreichend zugänglich und barrierefrei gestaltet sein und auch vertrauliche Beratungsmöglichkeiten ermöglichen. Unabhängig davon ist eine Präsenzapotheke umfassenden weiteren regulatorischen Pflichten ausgesetzt. Hinzu kommen insbesondere Nacht- und Notdienste sowie der regelmäßige persönliche Kontakt mit den verschreibenden Ärzten und die Versorgung von Heimen“.

OLG München, ebenda, Rn. 78.

An anderer Stelle im Urteil führt das OLG München weiter aus, eine IFH-Studie aus dem Jahr 2017 ergebe, dass Ärzte nur selten Kontakt zu ausländischen Versandapotheken hätten, während sie zu stationären Apotheken regelmäßigen Kontakt pflegten:

„So antworteten 38,7 Prozent der insgesamt 300 befragten Ärzte, mehrmals täglich mit Apotheken vor Ort Kontakt zu haben. In Bezug auf ausländische Versandapotheken wurde die entsprechende Frage hingegen von keinem Arzt bejaht.“

OLG München, ebena, Rn. 113.

Überdies sei hinreichend belegt – so das OLG –, dass es derzeit zu rückläufigen Betriebsergebnissen der Apotheken komme und immer mehr Apotheken schließen würden. Weitere Ertragsrückgänge drohten den Präsenzapotheken insbesondere im Bereich chronisch erkrankter Patienten, da es insbesondere insoweit zu weitreichenden Umsatzverlagerungen von stationären Apotheken zu europäischen Versandhandelsapotheken kommen könne. Von einer abstrakten Gefahr für den Bestand der Arzneimittelversorgung dürfe der Gesetzgeber daher derzeit ausgehen, so dass OLG München.

OLG München, ebenda, Rn. 91.

dd) Zur Verhältnismäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots

Das OLG München führt mit weiterer Begründung zutreffend aus, es sei nachvollziehbar, dass das Geschäft mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine für die Rentabilität des Betriebs einer Apotheke grundlegende Bedeutung habe.

Die Entscheidung des OLG München kann aber im Hinblick auf die sonstige Verhältnismäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots nur begrenzt weiterhelfen, da es in der Entscheidung um die Rechtmäßigkeit der Preisbindung ging, nicht aber die Rechtmäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots in Rede stand. Am Rande äußert sich das OLG München indes dazu wie folgt:

„Würde sich in Folge einer erheblichen Marktanteilsverschiebung zu den europäischen Versandhandelsapotheken eine konkrete Beeinträchtigung der flächendeckenden Arzneimittelversorgung durch Präsenzapotheken

einstellen, könnte der Gesetzgeber zur Wiederherstellung der flächendeckenden Versorgung gegebenenfalls ein generelles Versandhandelsverbot verabschieden. Eine dahingehendes per se Verbot erachtet der Unionsgerichtshof dem Grunde nach für zulässig (...). Insofern erweist sich aber eine wie mit der Preisbindungsregelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG a.F. erfolgte frühzeitige Maßnahme zur Eindämmung einer konkret möglichen Gefahr für den Fortbestand einer hinreichenden Anzahl an Vor-Ort-Apotheken letztlich als weniger einschneidender und damit gerade verhältnismäßiger Eingriff in die unionsrechtlich gewährleistete Warenverkehrsfreiheit.“

OLG München, ebenda, Rn. 117.

Voraussetzung für ein RX-Versandhandelsverbot ist nach dem OLG München somit zweierlei:

- Eine erhebliche Marktanteilsverschiebung zu den europäischen Versandhandelsapotheken und
- eine konkrete Beeinträchtigung der flächendeckenden Arzneimittelversorgung durch Präsenzapotheken.

ee) Würdigung der Entscheidung des OLG München

Die Entscheidung des OLG München ist richtungsweisend für die Frage der derzeitigen Rechtmäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots. Erstmals legt ein Gericht dar, dass die vom Gerichtshof der Europäischen Union benannten Eignungs- Kohärenz- und Nachweisanforderungen eingehalten werden können. Auf Grundlage der eigenen Ausführungen überzeugt indes nicht, dass das OLG München annimmt, die Rechtmäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots erfordere eine konkrete Beeinträchtigung der flächendeckenden Arzneimittelversorgung durch Präsenzapotheken. Das OLG München stellt zuvor selbst fest, dass aufgrund des Beurteilungsspielraums der Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes nicht der (unmittelbar bevorstehende) Eintritt der Gefahr abgewartet werden müsse. Auch zur Rechtfertigung eines RX-Versandhandelsverbots muss daher grundsätzlich eine auf Grund konkreter Tatsachen bestehende und objektiv belegte abstrakte Gefahr für die hinreichend sichere Arzneimittelversorgung genügen. Im Weiteren muss das RX-Versandhandelsverbot insbesondere erforderlich sein, d.h. es darf keine mildere Maßnahme mit in etwa gleicher Wirksamkeit geben.

Eine auf Grund konkreter Tatsachen bestehende und objektiv belegte abstrakte Gefahr liegt aber vor. Dies hat das OLG München ausführlich dargelegt. Da sich das OLG München nicht entscheidungserheblich mit der Rechtmäßigkeit eines RX-Versandhandelsverbots auseinandersetzen musste, finden sich indes keine weiteren Ausführungen zur Erforderlichkeit eines RX-Versandhandelsverbots in der Entscheidung.

c) Abschließende Bewertung

Die Entscheidung des OLG München vom 07.03.2024 steht nicht zwingend in Widerspruch zu dem Aufsatz von Koenig aus dem Jahre 2017 und der gutachterlichen Stellungnahme des Fachbereichs Europa des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2020. Seit dem Jahre 2017 bzw. 2020 hat sich die Situation der Vor-Ort-Apotheken massiv verändert.

Koenig konnte in seinem Aufsatz aus dem Jahre 2017 noch auf Statistiken zur Anzahl der Präsenzapotheken in Deutschland hinweisen, die in keiner Weise dramatisch erscheinen.

2000	2005	2010	2015
21.592	21.476	21.441	20.249

Koenig, PharmR 2017, 85 (89).

Der seit dem Jahre 2004 zugelassene Versandhandel mit rezeptpflichtigen Medikamenten wirkte sich danach nicht spürbar auf die Apothekenzahlen aus. Erst seit einigen Jahren nimmt das Apothekensterben in Deutschland hingegen dramatische Züge an. Wie oben dargestellt, sank im ersten Halbjahr 2024 die Zahl der Apotheken in Deutschland um 283 Betriebe auf den neuen Tiefstwert von 17.288. Im Juli, August und September 2024 haben weitere 100 Apotheken geschlossen und ein Ende des Apothekensterbens ist nicht absehbar.

Das Apothekenwesen befindet sich dabei aufgrund der Digitalisierung derzeit in einer disruptiven Phase. Davon konnte im Jahre 2017 und auch im Jahre 2020 noch keine Rede sein. Die disruptive Situation folgt insbesondere aus der Einführung des

E-Rezepts und dem damit verbundenen CardLink-Verfahren, wofür die niederländischen Unternehmen DocMorris und Shop-Apotheke als erste eine Zulassung von der Zulassungsstelle Gematik erhalten haben.

Befeuert durch eine massive und zugleich rechtswidrige Werbekampagne von Doc Morris und der Shop-Apotheke erlebt die Apothekenwirtschaft dadurch die schnellste Verschiebung von Marktanteilen in ihrer Geschichte. Im Jahre 2024 sind die Umsätze im Hinblick auf rezeptpflichtige Medikamente bei der Shop-Apotheke um 147 Prozent gestiegen.

Konstatieren lässt sich daher, dass sich die Marktbedingungen seit der Entscheidung „Deutsche Parkinson Vereinigung e. V. / ZBUW“ des Gerichtshofs der Europäischen Union aus dem Jahre 2016 grundlegend geändert haben: Seit dem 01.01.2024 ist in Deutschland bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zulasten der gesetzlichen Krankenkassen die Nutzung des E-Rezepts obligatorisch, sodass Kunden/Versicherte entsprechende Verschreibungen direkt bei niederländischen Versandhändlern einreichen können. Dies beseitigt das bis dahin bestehende Markt-zugangshindernis, sodass EU-Versandhändler nunmehr in unmittelbarer Konkurrenz mit Präsenzapotheken direkt am Markt teilnehmen können.

Daher kann die Möglichkeit einer Werbung mit Preisnachlässen nicht mehr als das „einzige Mittel“ bezeichnet werden, das EU-Versandhändlern zur Verfügung steht, um im Bereich des Vertriebs verschreibungspflichtiger Arzneimittel gegenüber nationalen Präsenzapotheken konkurrenzfähig zu sein,

so aber noch der Gerichtshof, Urteil vom 19.10.2016 – C-148/15, NJW 2016, 3771 (3772 (Rn. 25)).

Die Preisbindung – an die sich die niederländischen Versandhändler derzeit ohnehin nicht halten – mag daher zwar ein mildereres Mittel sein, sie ist aber jedenfalls nicht so wirksam wie ein RX-Versandhandelsverbot. Die Erforderlichkeit (und damit die Verhältnismäßigkeit) eines RX-Versandhandelsverbots lässt sich vor diesem Hintergrund bejahen. Dies gilt sowohl aus Sicht des Europarechts als auch erst recht aus Sicht des Verfassungsrechts.