

Die Musterlösung wurde erstellt von Prof. Dr. Claus Dieter Classen*

Examensklausur Öffentliches Recht

Sachverhalt

In einer der Regierungsfractionen des Bundestages wird diskutiert, dort ein Gesetz zur Neuregelung des Handels mit Arzneimitteln einzubringen. Zielstellung ist es, den Versandhandel mit Arzneimitteln einzuschränken. Damit sollen einerseits Gefahren bekämpft werden, die aus dem Wegfall der Beratung beim herkömmlichen Verkauf von Arzneimitteln in Apotheken resultieren. Andererseits wird eine solche Maßnahme als Beitrag zur Sicherung der Existenz von wirtschaftlich leistungsfähigen Apotheken angesehen, die für die Versorgung der Bevölkerung zwingend notwendig seien.

Konkret soll das Gesetz insbesondere den Internethandel mit Arzneimitteln generell verbieten, und zwar unabhängig davon, ob es sich um verschreibungspflichtige oder nicht verschreibungspflichtige (aber apothekenpflichtige) Arzneimittel handelt. Eingeschlossen werden soll in dieses Verbot die entsprechende Werbung für den Internethandel mit Arzneimitteln, insbesondere auf Internetseiten. Die zuletzt genannte Maßnahme soll insbesondere dazu beitragen, dass das Verbot des Internethandels tatsächlich Wirksamkeit entfaltet. Es wird befürchtet, dass sich ausländische Apotheken anderenfalls nicht an das Verbot halten.

In der Diskussion in der Fraktion wird auf verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Probleme der geplanten Neuregelung hingewiesen. Daher soll ein Gutachten zur Vereinbarkeit des Entwurfes mit Grundgesetz und Unionsrecht erstellt werden. Dieses soll insbesondere auch die Frage erörtern, welche Folgeprobleme sich ergeben, wenn sich die Pläne (zumindest teilweise) in verfassungs-

rechtlicher Sicht als zulässig, in unionsrechtlicher Hinsicht jedoch als unzulässig erweisen.

Aufgabe: Erstellen Sie das erbetene Gutachten.

Lösungsskizze

Vorbemerkungen: Der Fall wurde im Jahr 2006 als Examensklausur in Mecklenburg-Vorpommern und später mehrfach als Aufgabe im Rahmen des Examensklausurenkurses an der Universität Greifswald gestellt.

Inhaltlich werden verfassungsrechtliche mit europarechtliche Fragen verknüpft, was sich wegen der Ähnlichkeit möglicher Fallgestaltungen im Bereich der europäischen Grundfreiheiten einerseits, der wirtschaftlichen Grundrechte andererseits regelmäßig anbietet. Der konkrete Fall knüpft an die Entscheidung des EuGH vom 11.12.2003 in der Rechtssache C-322/01 – *DocMorris* an.

I. Verfassungsrechtliche Probleme

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit ist zunächst formell die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu prüfen. Dabei könnte man an Art. 73 Nr. 5 GG denken. Die dort angesprochene „Freizügigkeit des Warenverkehrs und der Warenverkehr mit dem Ausland“ ist jedoch nur einschlägig bei Regelungen, die der Sicherung der Einheitlichkeit der Handelsbedingungen innerhalb Deutschlands dienen oder den Handel mit dem Ausland zum Gegenstand haben. Das beides ist vorliegend nicht der Fall; unterschiedliche Regelungen der Länder im Rahmen anderweitiger

* Der Autor lehrt Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald.

Länderkompetenzen – etwa auf Grundlage der bewusst als konkurrierende Befugnis formulierten Befugnis nach Art. 74 I Nr. 11, vor allem aber auch nach Art. 74 I Nr. 19 GG – fallen nicht hierunter. Deswegen kommt dieser Kompetenztitel nicht in Betracht kommt.

Weiterhin ist Art. 74 I Nr. 19 GG zu prüfen. Dort ist der Verkehr mit Arzneien, Heil- und Betäubungsmitteln geregelt. Dieser Titel ist für den Handel als solchen unmittelbar einschlägig. Eine sachgerechte Regelung des Handels mit Arzneimitteln ist jedoch ohne Regelung der entsprechenden Werbung nicht möglich; daher wird auch dieser Komplex von Art. 74 I Nr. 19 GG erfasst.

Da Art. 74 I Nr. 19 GG eine Spezialbestimmung zu Art. 74 I Nr. 11 GG darstellt, folgt hieraus, dass der zuletzt genannte Kompetenztitel vorliegend nicht einschlägig ist. Dementsprechend ist außerdem die Erforderlichkeitsklausel nach Art. 72 II GG nicht anwendbar.

Zum Gesetzgebungsverfahren reicht es, wenn kurz darauf hingewiesen wird, dass eine Fraktion unproblematisch einen Gesetzentwurf in den Bundestag einbringen kann (Art. 76 GG). Weitere formelle Fragen stellen sich in der derzeitigen Situation nicht.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Einschränkung des Internethandels könnte materiell gegen verschiedene Grundrechte verstoßen. Im Vordergrund steht die Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

a) Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

aa) Schutzbereich

Zum Schutzbereich der Berufsfreiheit sind im Grundsatz alle dauerhaften Tätigkeiten zu rechnen, die mit dem Ziel der Sicherung des Lebensunterhaltes ausgeübt werden. Auf die umstrittene Frage, ob dabei nur erlaubte oder zumindest nur solche Tätigkeiten, die nicht sittenwidrigen Charakter haben,¹ zu berücksichtigen sind, braucht vorliegend nicht eingegangen zu werden. Unproblematisch jedenfalls fällt der Handel mit Arzneimitteln unter die Berufsfreiheit.

bb) Eingriff

Unter einem Eingriff ist eine staatliche Maßnahme zu verstehen, die die Freiheit im Rahmen des Schutzbereiches beschränkt. Ein Verbot des Internethandels mit Arzneimitteln – einschließlich der entsprechenden Werbung – stellt einen solchen Eingriff dar.

Zum Teil wird explizit gefordert, dass der Eingriff einen berufsbezogenen Charakter haben muss.² Unabhängig davon, ob es sich hier wirklich um eine spezifisch für Art. 12 GG geltende Voraussetzung handelt oder nicht eher um eine Konkretisierung der allgemeinen Anforderung,

dass sich Eingriffe tatsächlich auf das durch das jeweilige Grundrecht geschützte Rechtsgut beziehen müssen, ist diese Voraussetzung hier ohne Probleme erfüllt.

cc) Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit müssen gerechtfertigt werden. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht vor langer Zeit die Drei-Stufen-Theorie³ entwickelt. Mittlerweile ist es jedoch zu Recht dazu übergegangen, diese Theorie als eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips anzusehen. Dementsprechend wird vor allem die formale Struktur der Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs an den allgemein für die Grundrechtsprüfung geltenden Standards ausgerichtet.⁴

Im Einzelnen muss das Gesetz zunächst formell verfassungsmäßig sein; dies wurde bereits geprüft. Materiell muss einerseits das Ziel bestimmten Standards genügen, andererseits der vorgesehene Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zum zu erreichenden Ziel stehen.

Hinsichtlich der Anforderungen an das Ziel, zu dessen Schutz der Eingriff erfolgt, ist danach zu unterscheiden, ob es um Maßnahmen geht, die die Berufswahl betreffen, oder ob es um die Berufsausübung geht. Bei der Berufsausübung reicht jedes legitime Ziel, bei der Berufswahl muss es sich um zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls handeln. Für die Unterscheidung, ob es um die Wahl oder die Ausübung geht, kommt es darauf an, wann von einem eigenständigen Beruf gesprochen werden kann, konkret also, ob der Internethandel mit Arzneimitteln (oder gar die entsprechende Werbung) einen eigenen Beruf begründet oder nicht. Für die Abgrenzung ist nach allgemeiner Auffassung auf die typische gesellschaftliche Auffassung abzustellen.⁵ Danach gibt es aber keinen eigenständigen Beruf des Internethändlers mit Arzneimitteln; vielmehr handelt es sich um eine Form des Apothekerberufes. Für den Bereich der Werbung gilt nichts anderes. Dementsprechend geht es vorliegend um die Berufsausübung, nicht um die Berufswahl. Die Ziele, die zur Rechtfertigung der Maßnahme herangezogen werden, haben unproblematisch legitimen Charakter.

Ferner muss das vorgesehene Mittel, das Verbot des Internethandels, zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein. Geeignet ist das Mittel, wenn das zu erreichende Ziel zumindest gefördert wird. Das ist hier unproblematisch. Erforderlich ist das Mittel, wenn kein gleich geeignetes, auch keine sonstigen Rechtsgüter stärker beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung steht. Ansatzpunkt für ein solches ist im vorliegenden Fall ebenfalls nicht erkennbar.

Schließlich muss die Maßnahme angemessen sein. Hier ist eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen den Grundrechten der Apotheker einerseits und den zu schützenden Rechtsgütern (Gesundheits- und Verbraucherschutz) andererseits. Dabei sind zum einen die Gewichte

¹ Dazu etwa Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 879; Jörn Ipsen, Staatsrecht II – Grundrechte, 13. Aufl. 2010, Rn. 635 ff.; Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 350 ff.

² Zum Beispiel BVerfGE 13, 181 (186); 97, 228 (254); näher etwa Ipsen, (Fn. 1), Rn. 658 ff.

³ BVerfGE 7, 377 (401 ff.).

⁴ Siehe etwa BVerfGE 77, 84 (107 ff.); 97, 228 (258 ff.).

⁵ Gerrit Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, III, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 53.

der Rechtsgüter und zum anderen das Ausmaß der Eingriffstiefe zu beachten. Hinsichtlich des gebotenen Patientenschutzes ist zu beachten, dass die Beratung des Patienten im Grundsatz auch im Rahmen des Versandhandels möglich ist. Fragen können telefonisch, schriftlich oder per E-Mail beantwortet werden. Allerdings dürfte die Hürde für die Inanspruchnahme einer solchen Beratung beim persönlichen Erwerb in der Apotheke geringer sein als bei dem Erwerb über den Versandhandel. Umgekehrt ist nicht zu bestreiten, dass das Verbot des Internethandels für den Apotheker einen recht intensiven Eingriff darstellt. Schließlich kann man aber auch darauf abstellen, dass bei verschreibungspflichtigen Medikamenten bereits eine Beratung durch den Arzt stattgefunden hat, nicht aber bei den sonstigen Medikamenten, weswegen der Internethandel nur bei nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten verboten werden darf.

Insoweit kommt es letztlich stärker auf die Qualität der Begründung als auf ein bestimmtes Ergebnis an. Der EuGH hält (im Zusammenhang mit grenzüberschreitendem Handel, der insoweit allerdings aber keine besonderen Probleme aufwirft) ein solches Verbot mit Blick auf verschreibungspflichtige Medikamente für zulässig, im Übrigen aber für unzulässig.

Das zweite Ziel, die Sicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Apotheken zur Sicherung der ortsnahen Versorgung auch zur Nachtzeit, kann zur Rechtfertigung des Verbots nur herangezogen werden, wenn dargelegt würde, dass die Apotheken gerade durch den Internethandel in eine solche Existenzgefahr gebracht werden. Hiervon kann man jedoch kaum ausgehen. Im Ergebnis spricht daher Einiges für die Lösung, dass das Verbot des Internethandels bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zulässig, im Übrigen aber unzulässig ist. Vertretbar ist aber auch die umgekehrte Lösung; ebenso kann für beide Arten der Internet-Verkauf zugelassen, aber auch verboten werden.

b) Eigentum (Art. 14 GG)

Weiterhin ist an Art. 14 GG zu denken, und zwar vor allem unter dem Stichwort des „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“. Hier müsste von einem Bearbeiter zunächst problematisiert werden, ob diese aus dem Zivilrecht übernommene Rechtsfigur im vorliegenden Zusammenhang überhaupt eigenständigen verfassungsrechtlichen Gehalt aufweist, und wenn ja, welchen.⁶ Grenzt man wie traditionell üblich die Schutzbereiche von Art. 12 und 14 GG danach ab, ob es um das noch zu verdienende Geld (Art. 12 GG) oder das bereits verdiente Geld (Art. 14 GG) geht,⁷ so wird ersichtlich, dass es hier vorrangig um das zu verdienende Geld geht. Ein Schutz aus Art. 14 GG kommt allenfalls für solche Apotheken in Betracht, die sich vorrangig dem Internethandel verschrieben haben und nunmehr ihre Existenz grundsätz-

lich in Frage gestellt sehen. Selbst wenn man Art. 14 GG demnach als einschlägig ansieht, dürften für die Rechtfertigung des im Verbot liegenden Eingriffs materiell keine anderen Maßstäbe gelten als die, die bereits mit Blick auf Art. 12 GG erörtert wurden.

c) Meinungsfreiheit (Art. 5 GG)

Für das Werbeverbot ist neben Art. 12 GG auch Art. 5 I 1 GG zu prüfen. Insoweit ist zunächst zu prüfen, ob auch die Werbung in den Schutzbereich der Norm fällt. Dies ist umstritten. Dafür spricht, dass auch rein formal betrachtet Werbung eine Meinungsäußerung darstellt. Dagegen spricht, dass Werbung vorrangig funktional im Zusammenhang mit beruflicher Tätigkeit steht und nicht im eigentlichen Sinne einen Beitrag zur Meinungsbildung als solcher leisten will.

Geht man davon aus, dass Art. 5 GG vorliegend anwendbar ist, liegt problemlos ein Eingriff vor. Für die Frage der Rechtfertigung ist Art. 5 II GG heranzuziehen. Danach muss das Gesetz insbesondere allgemeinen Charakter haben. Dies haben solche Gesetze, die einerseits kein spezifisches Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit darstellen und andererseits im Rahmen der Verhältnismäßigkeit dem Schutz legitimer Allgemeininteressen dienen.⁸ Nun werden vorliegend im Grundsatz nicht bestimmte Meinungen verboten. Vielmehr handelt es sich hier um eine, wie schon erwähnt, Folgeregelung aus dem Verbot des Internethandels mit Arzneimitteln. Dementsprechend liegt vorliegend kein Sondergesetz vor. In der Sache dient das Gesetz der Sicherstellung des zuvor genannten Verbotes. Soweit dieses als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden angesehen wird, verfolgt auch das Werbeverbot ein legitimes Ziel. Das Mittel ist insoweit auch geeignet. Mildere Alternativmaßnahmen sind nicht erkennbar. Für die Güterabwägung ist darauf hinzuweisen, dass der Eingriff als solcher einen marginalen Charakter hat. Zumindest hier kann der schon angesprochene Gesichtspunkt berücksichtigt werden, dass Werbung funktional im Zusammenhang mit beruflicher Tätigkeit steht. Nach dieser Lösung wäre von einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auszugehen.

Insgesamt kommt es vor allem darauf an, dass die Bearbeiter konsequent argumentieren. Dabei kann man sich durchaus vorstellen, dass auch dann, wenn das Verbot des Internethandels als solches als (teilweise) unzulässig angesehen wird, das Werbeverbot zulässig ist. Dies gilt insbesondere für Bearbeiter mit differenzierenden Lösungen, da diese bei der Regelung über Werbung nicht ohne Weiteres in Betracht kommen.

d) Weitere Grundrechte

Die Anwendbarkeit weiterer Freiheitsrechte ist nicht ersichtlich. Hinsichtlich von Art. 3 I GG ist – wenn überhaupt – allenfalls kurz darauf hinzuweisen, dass die in

6 Dazu etwa *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 983; *Michael/Morlok* (Fn. 1), Rn. 383.

7 Dazu etwa *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 900; *Michael/Morlok* (Fn. 1), Rn. 383.

8 Dazu etwa *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 632 ff.; *Ipsen* (Fn. 1), Rn. 469 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 1), Rn. 652 ff.

den Versandhandel mit Arzneimittel getroffene Sonderregelung durch dessen Besonderheiten zu rechtfertigen ist.

Im Ergebnis ist das genannte Verbot in Abhängigkeit von der Argumentation zu Art. 12 GG unter Umständen nur teilweise verfassungsmäßig, nämlich, soweit es sich auf das Verbot mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bezieht.

II. Unionsrechtliche Probleme

1. Freier Warenverkehr (Art. 34 AEUV)

Im Zusammenhang mit dem Unionsrecht ist vor allem zu fragen, ob das in Blick genommene Verbot gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV) verstößt.

a) Anwendbarkeit der Norm

Die Anwendbarkeit der Norm setzt zunächst voraus, dass es vorliegend um grenzüberschreitenden Warenverkehr geht. Dies ist problemlos zu bejahen. Ferner müsste es sich vorliegend um eine mengenmäßige Beschränkung der Einfuhr der Waren oder eine Maßnahme mit gleicher Wirkung handeln. Ersteres ist sicherlich nicht der Fall. Für Letzteres geht der EuGH traditionell von einem weiten Begriff aus und subsumiert unter Art. 34 AEUV alle staatlichen Maßnahmen, die direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell die Einfuhr von Waren behindern.⁹ Dies ist vorliegend ebenfalls unproblematisch.

Allerdings hat der EuGH in seiner weiteren Rechtsprechung zunächst darauf hingewiesen, dass – anders als produktbezogene Maßnahmen – sogenannte „vertriebsbezogene“ Maßnahmen nicht durchweg unter Art. 34 AEUV fallen, sondern nur dann, wenn sie die Wareneinfuhr aus dem Ausland rechtlich oder tatsächlich stärker belasten als den innerstaatlichen Handel.¹⁰ Hinsichtlich der Frage, ob die vorliegende Maßnahme produktbezogenen oder vertriebsbezogenen Charakter hat, gab es in der Literatur eine intensive Diskussion.¹¹ Bessere Bearbeiter werden wissen, dass der EuGH im Jahre 2009 seine Rechtsprechung präzisiert hat und Maßnahmen unter drei alternativen Voraussetzungen unter Art. 34 subsumiert: sie weist produktbezogenen Charakter auf, sie bezweckt oder bewirkt, dass ausländische Waren weniger günstig behandelt werden als inländische Waren, oder es wird anderweitig der Marktzutritt für ausländische Waren behindert.¹²

Dabei lässt sich zunächst festhalten, dass die Maßnahme keinen produktbezogenen¹³ Charakter aufweist. Naheliegender ist hingegen die Frage, ob der grenzüberschreitende Handel stärker beeinträchtigt wird als der innerstaatliche Handel. Diese Frage ist, wie erwähnt, auch dann zu stellen, wenn nur im Sinne der Keck-Rechtsprechung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen¹⁴ Maßnahmen differenziert wird.

Konkret weist der Versandhandel, vor allem per Internet, die Eigenheit auf, einen relativ problemlosen Bezug von Arzneimitteln gerade auch aus dem Ausland zu ermöglichen. Dagegen beschränkt eine Verpflichtung zum Kauf von Arzneimitteln nur unmittelbar in Apotheken den grenzüberschreitenden Verkauf von Arzneimitteln an den Endverbraucher auf grenznahe Gebiete. Es spricht daher sehr viel dafür, vorliegend eine unterschiedliche Behandlung von Import und innerstaatlichem Handel anzunehmen, so dass das Verbot unter Art. 34 AEUV fällt.

b) Rechtfertigung

Für die Frage der Rechtfertigung ist als erstes Art. 36 AEUV heranzuziehen. Dort wird der Gesundheitsschutz genannt. Diesem Ziel sieht sich die Maßnahme verpflichtet. Ferner muss die Maßnahme verhältnismäßig sein. Insoweit kann in Grenzen auf die Ausführung zu Art. 12 GG verwiesen werden. Allerdings ist zu beachten, dass der EuGH regelmäßig nur Eignung und Erforderlichkeit einer Maßnahme prüft, aber keine Güterabwägung durchführt.¹⁵ In der Sache kann man hier zusätzlich problematisieren, dass im Zusammenhang mit dem Internethandel mit dem Ausland unter Umständen vermehrt Sprachprobleme auftreten können. Dies rechtfertigt jedoch mit Sicherheit kein generelles Verbot, da zumindest größere Apotheken problemlos eine Beratung auch in der Sprache des Importstaates gewährleisten können, das Verbot insoweit also unverhältnismäßig ist. Im Übrigen spricht Einiges für die Annahme, dass parallel zu den Überlegungen zu Art. 12 GG auch hier das Verbot des Internethandels von verschreibungspflichtigen Medikamenten zulässig, das Verbot im Übrigen aber unzulässig ist, doch sind auch hier alle anderen Varianten bei entsprechender Begründung vertretbar. Wichtig ist zudem, dass konsistent argumentiert wird – die Argumentationen zu Art. 12 GG und Art. 34 AEUV müssen aufeinander abgestimmt sein.

9 EuGH, 11.07.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*, Rn. 5.

10 EuGH, 14.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 – *Keck und Mithouard*, Rn. 16.

11 Zu einigen Nachweisen aus der deutschen Literatur siehe z. B. *Rudolf Streinz*, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln. Eine „Verkaufsmodalität“ im Sinne der Keck-Rechtsprechung?, *EuZW* 2003, 37 (41).

12 EuGH, 10.02.2009, Rs. C-110/05 – *Kommission/Italien*, Rn. 35-37; dazu *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, *Europarecht*. 5. Aufl. 2011, § 22 Rn. 32 ff.

13 Diese beziehen sich auf Merkmale der Ware, z.B. Aufmachung, Zusammensetzung, vgl. zu weiteren Beispielen *Stefan Leible/Thomas Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union* (Kommentar), Bd. I, 47. EL 2012, Stand Sept. 2012, Art. 34 Rn. 78, 91.

14 Damit sind Regelungen der „räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen“ gemeint, unter denen der Vertrieb stattfindet, *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 13), Art. 34 Rn. 77.

15 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht* (Fn. 12), Rn. 22/11 f.

2. Werbeverbot

Hinsichtlich der Werbung kann man sich fragen, welche Grundfreiheit einschlägig ist. Insoweit ist zu differenzieren. Soweit sie durch den Händler selber veranlasst wird, ist ihr Verbot gleichfalls unter Art. 34 AEUV zu subsumieren, da sie insoweit ein Annex zum eigentlichen Handeln darstellt. Daneben kann man sich fragen, ob auch der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) beeinträchtigt wird, und zwar insoweit, wie die Tätigkeit von Werbeagenturen und Internetdienstleistern beeinträchtigt wird. Unproblematisch handelt es sich um Dienstleistungen im Sinne von Art. 57 AEUV, die auch durch Angehörige von Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, erbracht werden, grenzüberschreitenden Charakter haben und keinen hoheitlichen Charakter aufweisen (Art. 62 i. V. m. 51 AEUV), sodass die Voraussetzungen von Art. 56 AEUV gegeben sind.

Bei der Frage, ob eine Beschränkung vorliegt, ist ebenfalls zu prüfen, ob hier tatsächlich spezifisch der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr beeinträchtigt wird. Dafür wird in der Literatur ganz überwiegend darauf abgestellt, ob der Marktzugang beeinträchtigt wird. Dieses ist jedoch für die angesprochenen Dienstleister nicht ohne Weiteres erkennbar. Geht man vom Gegenteil aus, ist zu prüfen, ob vorliegend eine entsprechende Rechtfertigung in Betracht kommt. Dies ist möglich, wenn legitime Allgemeininteressen vorliegen und die Maßnahme verhältnismäßig ist. Im Lichte der Ausführung zu Art. 5 GG einerseits, Art. 34 AEUV andererseits, kann dies im Ergebnis nicht bestritten werden. Im Ergebnis dürfte das Werbeverbot unionsrechtlich nicht zu beanstanden sein.

III. Zusatzproblem: Inländerdiskriminierung

Schließlich wird in der Aufgabenstellung ausdrücklich nach der rechtlichen Bewertung der Situation gefragt, die sich ergibt, wenn das Verfassungsrecht in stärkerem Ausmaß eine Einschränkung erlaubt als Europarecht. Für diesen Fall ergibt sich die Konsequenz, dass ausländischen Internetapotheken der Versandhandel nach Deutschland erlaubt (und gegebenenfalls entsprechende Werbung zulässig) ist, während dies inländischen Apotheken untersagt ist. Hieraus resultiert eine unterschiedliche Behandlung von inländischen und ausländischen Apotheken, deren rechtliche Zulässigkeit umstritten ist. Das maßgebliche Stichwort insoweit lautet „Inländerdiskriminierung“.

Hinsichtlich der rechtlichen Maßstäbe, die dabei zu beachten sind, ergibt sich aus dem Unionsrecht kein Problem. Es handelt sich insoweit um eine Konsequenz der Tatsache, dass die Grundfreiheiten auf die Gewährleistung des zwischenstaatlichen Handels beschränkt sind, während die Regelung des innerstaatlichen Handels in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Dies führt dazu, dass unionsrechtlich kein Problem vorliegt.

Daneben ist zu fragen, ob verfassungsrechtliche Maßstäbe bereitstehen. Als nächstliegend wird insoweit vor allem Art. 3 I GG diskutiert.¹⁶ Vertretbar ist es aber auch, entsprechend der allgemein üblichen Prüfungsreihenfolge zunächst die Freiheitsrechte heranzuziehen. Prüft man zunächst ein Freiheitsrecht, kommt vorliegend wie oben Art. 12 GG in Betracht.¹⁷ Dabei ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen, dass vorliegend ein Eingriff gegeben ist. Bei der Frage der Rechtfertigung ergibt sich die Sondersituation daraus, dass im vorliegenden Fall der Internethandel nur für ausländische, nicht aber für inländische Apotheken eröffnet ist. Hieraus kann man zunächst die Frage ableiten, ob das rein auf das Inland beschränkte Verbot tatsächlich geeignet ist, das Ziel zu erreichen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass es bei der Geeignetheit nur darauf ankommt, dass die Maßnahme das Ziel befördert, nicht aber, dass es uneingeschränkt erreicht wird. Der Umstand, dass die Maßnahme nur im Inland wirkt, muss daher nicht automatisch die Geeignetheit beeinträchtigen; hier sind beide Antworten vertretbar. Ähnliches gilt für die Frage der Erforderlichkeit: Sieht man die Maßnahme als geeignet an, kann man wohl ihre Erforderlichkeit nicht abstreiten.

Bei der Güterabwägung ist im vorliegenden Fall allerdings zu beachten, dass das vorgegebene Ziel wegen der Eröffnung des Internethandels mit dem Ausland nur begrenzt erreicht werden kann, umgekehrt die Beeinträchtigung voll im Inland wirksam wird. In einer solchen Situation spricht nun viel dafür, die Maßnahme für diesen Fall als durchweg unverhältnismäßig anzusehen, also auch für den Handel mit verschreibungspflichtigen Medikamenten. Entsprechendes gilt für die Werbung.

Mit Blick auf Art. 3 I GG ist zunächst zu fragen, ob diese Norm überhaupt anwendbar ist. Dagegen spricht, dass die Verantwortung für die Ungleichbehandlung nicht allein beim deutschen Gesetzgeber liegt. Sie ist vielmehr die Konsequenz daraus, dass auf grenzüberschreitenden und innerstaatlichen Handel unterschiedliche Regelwerke anwendbar sind, die auch von unterschiedlichen Normsetzern stammen. Überwiegend wird jedoch zu Recht davon ausgegangen, dass ein Gleichheitsverstoß nur dann vorliegt, wenn eine Ungleichbehandlung einem Normsetzer zuzurechnen ist. Danach wäre Art. 3 I GG vorliegend nicht anwendbar. Allerdings kann man auch vertreten, dass die Verantwortung für die rein tatsächlich durchaus bestehende Ungleichbehandlung zwischen inländischen und ausländischen Apotheken beim nationalen Gesetzgeber liegt. Daraus kann man dann entweder ableiten, dass dieser zumindest dann verpflichtet ist, mit seiner Regelung dem europarechtlichen Standard nachzufolgen, wenn die Benachteiligung des inländi-

16 So etwa *Theodor Schilling*, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8 ff.; a. A. *Marion Albers*, „Inländerdiskriminierung am Beispiel des Handwerksrechts“, JZ 2008, 708 ff.

17 Zu dessen Bedeutung im Zusammenhang mit der Inländerdiskriminierung siehe BVerfG, JZ 2007, 354; dazu *Jörg Gundel*, Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht: Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung, DVBl. 2007, 269 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 12), § 22 Rn. 13 f.

schen Handels auch tatsächlich in der Praxis zum Tragen kommt, also keinen rein theoretischen Charakter aufweist. Dies lässt sich allerdings derzeit kaum hinreichend sicher beurteilen. Andere gehen davon aus, dass die Anwendbarkeit von Art. 3 I GG nicht zur Unzulässigkeit

führt, weil die unterschiedliche Verantwortlichkeit von nationalem und europäischem bzw. ausländischem Gesetzgeber auch im Ergebnis den Unterschied rechtfertigt. Hier kommt es daher ebenfalls mehr auf die Qualität der Argumentation als auf ein bestimmtes Ergebnis an.

Gutachten