

Professor Dr. Alexander Brigola, Nürnberg/Würzburg*

„Arzneimittel aus dem Automaten – oder doch nur Schokolade?“

THEMATIK	Anfechtungsklage; Grundfreiheiten (Warenverkehr)
SCHWIERIGKEITSGRAD	Fortgeschrittene
BEARBEITUNGSZEIT	2 Stunden
HILFSMITTEL	VwGO; BWLVwVfG; BWAGVwGO; AMG; EUV/AEUV

■ SACHVERHALT

Die „Landapothek“ (L) ist eine niederländische Aktiengesellschaft mit Sitz in Alkmaar/Niederlande (NL). Von ihrer Apotheke aus liefert sie – auf Bestellung über das Internet – apothekenpflichtige Arzneimittel auch nach Deutschland. Seit 1.7.2020 betreibt sie zusätzlich in den Räumen einer ehemaligen Apotheke in Bauerndorf (B) / Baden-Württemberg (BW) einen sog. Arzneimittelautomaten.

Er funktioniert wie folgt: Im Hauptraum des Gebäudes wird der Kunde durch einen Welcome-Manager empfangen, der keine pharmazeutische Ausbildung besitzt. Er erläutert den technischen Prozess und legt eine Einverständniserklärung vor (bezüglich Einrichtung eines Kundenkontos und Erhebung personenbezogener Daten). Neben dem Hauptraum befindet sich das Beratungszimmer. In seiner Mitte steht ein Schreibtisch mit PC, Scanner und Webcam. Der Kunde muss über Internet mit einem Videoberater kommunizieren, der sich in den Niederlanden befindet, aber über eine deutsche Zulassung als Apotheker verfügt und die deutsche Sprache spricht. Des Weiteren sind im Hauptraum ein Bezahl- sowie ein Arzneimittelabgabeterminal zu finden. Im angrenzenden Lagerraum werden ca. 8.000 – häufig benötigte – Medikamente vorrätig gehalten. Sie werden von einem Großhändler aus München zunächst nach Alkmaar transportiert, stichprobenartigen Kontrollen unterzogen und im Anschluss nach B verbracht.

Der Kunde muss zunächst die Einverständniserklärung einscannen. Danach führt der Videoberater mit ihm ein Beratungsgespräch über seine Beschwerden. Der Kunde kann dann entweder ein einzulösendes Rezept einscannen oder mitteilen, welches rezeptfreie Medikament er benötigt. Gibt der Videoberater die Bestellung frei, wird das Medikament auf einem Förderband aus dem Lagerraum zum Abgabeterminal transportiert. Der Videoberater führt eine Sichtkontrolle per Video durch und leitet den Bezahlvorgang ein. Der Kunde kann dann am Bezahlterminal per EC-Karte oder in bar bezahlen. Daraufhin fällt das Medikament, das den Namen des Kunden sowie die Dosierung auf einem Label enthält, in einen Ausgabeschacht. Nicht vorrätige Arzneimittel kann der Kunde (nur) in die Räumlichkeiten in B liefern lassen.

Mit Bescheid vom 22.7.2020, der mit einfachem Brief übermittelt worden ist, untersagt das Regierungspräsidium (RP) Karlsruhe der L, Arzneimittel, die nicht für den Verkehr außerhalb von Apotheken freigegeben sind, mittels Automaten in den Räumlichkeiten ... in B in den Verkehr zu bringen (Nr. 1). Des Weiteren wird ein Zwangsgeld angedroht (Nr. 2) und eine Verwaltungsgebühr erhoben (Nr. 3). Die Untersagungsverfügung stützt sich auf § 69 I 1 AMG, wonach die zuständigen Behörden die zur Beseitigung festgestellter Verstöße notwendigen Anordnungen treffen. Zur Begründung führt das RP im Wesentlichen aus, L verstoße gegen § 43 I 1 AMG: In den Räumlichkeiten in B werde keine Apotheke betrieben; eine diesbezügliche Erlaubnis nach § 1 II ApoG sei nie beantragt worden. Die fragliche Form der Abgabe stelle aber auch keinen Versandhandel dar, da die Arzneimittel nicht aus einer Apotheke heraus versandt würden. Die Untersagung sei geboten und verhältnismäßig.

L beabsichtigt, gegen den Bescheid des RP Klage zum zuständigen VG Karlsruhe zu erheben. Zur Begründung stützt sich L auf die Garantie des freien Warenverkehrs nach EU-Recht und verlangt eine Handhabung des § 43 I 1 AMG, die mit Unionsrecht konform sei: Es liege eine grenzüberschreitende Tätigkeit vor, da die Arzneimittelfreigabe immer von den Niederlanden aus erteilt werde. Wegen der Eigenheiten des deutschen Marktes (Fremdbesitzverbot) sei der Zugang zum Arzneimittelmarkt in Deutschland einem Nadelöhr gleich. Wenn sich ein Firmensitz im Ausland befinde, sei man nicht nur auf den Versandhandel, sondern auch auf den Automatenverkauf angewiesen. Art. 36 AEUV sei nicht einschlägig, da konkrete Gesundheitsgefahren weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich seien. Wenn der Versand

* Der Autor ist Professor für Internationales Wirtschaftsrecht und Europarecht an der Technischen Hochschule Nürnberg Georg Simon Ohm sowie Of Counsel der Kanzlei Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbH in Würzburg. Die Klausur ist angelehnt an: VG Karlsruhe BeckRS 2019, 8161; OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 21485.

aus den Niederlanden akzeptiert werde, müsse erst recht der Automatenverkauf gestattet sein.

Das RP tritt der Argumentation der L im Rahmen außergerichtlicher Verhandlungen wie folgt entgegen: Der Verweis auf den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit sei von vorneherein gekünstelt, da alle Arzneimittel vom Großhändler aus München bezogen würden. Des Weiteren könne man sich nicht auf Art. 34 AEUV berufen: Zum einen seien alle Apotheken vom praktizierten Verständnis des § 43 I 1 AMG gleichermaßen betroffen. Zum anderen könne man nicht einmal von einem Zugangshindernis sprechen, da L den Versandhandel von den Niederlanden aus auch weiterhin betreiben dürfe. Sähe man dies anders, würde sich Art. 36 AEUV eine Schranke entnehmen lassen: Alle apothekenpflichtigen Arzneimittel müssten immer durch die Hände eines Apothekers gehen, „nicht aber eines Automaten“; nur ein Apotheker könne garantieren, dass solch sensible Waren bei Abgabe die erforderliche Qualität hätten und der Kunde die benötigten Informationen erhalte.

Hätte eine Klage der L zum zuständigen VG Karlsruhe Aussicht auf Erfolg?

1. Prüfen Sie die Zulässigkeit der Klage!
2. Zur Begründetheit: Prüfen Sie – dem Vortrag der L folgend – ausschließlich, ob der Bescheid des RP vom 22.7.2020 mit der Warenverkehrsfreiheit kompatibel ist! Erläutern Sie einleitend, auf welcher Rechtsgrundlage er basiert!

Von der formellen Rechtmäßigkeit des Bescheides sowie seiner Vereinbarkeit mit nationalem Bundes- und Verfassungsrecht darf ausgegangen werden. Nr. 3 des Bescheides (Festsetzung der Verwaltungsgebühr) ist nicht zu prüfen.