Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 2. Juni 2016 [1]

Rechtssache C-148/15

Deutsche Parkinson Vereinigung e. V.
gegen
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

(Vorabentscheidungsersuchen des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Deutschland)

„Freier Warenverkehr — Art. 34 und 36 AEUV — Nationale Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel — Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung — Verkaufsmodalität — Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes“

I – Einleitung

1. Fragen zu Art. 36 AEUV [2] haben den Gerichtshof früher beschäftigt als solche zur unmittelbaren Wirkung oder zum Vorrang des Unionsrechts [3]. Zwischen dem Interesse der Union an den Verkehrsfreiheiten und den Interessen der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung nicht wirtschaftlicher öffentlicher Ziele zu entscheiden, ist eine schwierige Aufgabe, die im Lauf der Zeit nicht einfacher geworden ist. Im Gegenteil, es ergeben sich immer wieder dieselben Rechtsfragen im Rahmen unterschiedlicher Sachverhalte. Wie der vorliegende Fall deutlich zeigt, bilden die Vertragsbestimmungen über den Binnenmarkt und insbesondere diejenigen über den freien Warenverkehr noch immer den Kern des Rechtssystems der Union und ihrer Wirtschaftsverfassung.

2. Der Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf, mit dem es wissen möchte, ob eine Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit den Art. 34 und 36 AEUV vereinbar ist, ist ein gutes Beispiel für die Relevanz der Rechtsvorschriften über den freien Warenverkehr.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Früher Art. 30 EG (Amsterdam) und Art. 36 EWG (Rom).

3 — Das erste Urteil zu Art. 36 AEUV (damals EWG-Vertrag), Kommission/Italien (7/61, EU:C:1961:31), erging am 19. Dezember 1961, während das Urteil Van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1) vom 5. Februar 1963 und das Urteil Costa (6/64, EU:C:1964:66) vom 15. Juli 1964 datiert.

3. Unabhängig davon und weniger offensichtlich ist dieser Fall ein neuerliches Beispiel für den Wert des Vorabentscheidungsverfahrens. Nach der nicht einheitlichen Rechtsprechung von zwei deutschen obersten Gerichten, des Bundessozialgerichts und des Bundesgerichtshofs, zur Frage der Rechtmäßigkeit der in Rede stehenden Bestimmungen nach den Art. 34 und 36 AEUV hatte der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes [4] diese Bestimmungen für mit dem Unionsrecht im Einklang stehend erklärt [5]. Ohne das Oberlandesgericht Düsseldorf, das dies meiner Ansicht nach zu Recht bezweifelt, wäre der Fall niemals vor den Gerichtshof gelangt.

4. Schließlich sei mit aller Deutlichkeit gesagt: Es ist dies das dritte Mal, dass sich der Gerichtshof mit der Vereinbarkeit einer deutschen Maßnahme mit den vertraglichen Grundfreiheiten im Rahmen der Bemühungen der niederländischen Apotheke DocMorris um Zugang zum deutschen Markt auseinandersetzten muss. In der ersten Rechtssache, Deutscher Apothekerverband e. V. gegen 0800 DocMorris NV und Jacques Waterval [6], hatte der Gerichtshof darüber zu entscheiden, ob ein deutsches Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, deren Verkauf den Apotheken in diesem Mitgliedstaat vorbehalten war, mit den Art. 34 und 36 AEUV vereinbar war. Der Gerichtshof hat entschieden, dass, obwohl die betreffende Maßnahme eine Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV darstellt, hinsichtlich der in Deutschland verschreibungspflichtigen Arzneimittel, anders als hinsichtlich der nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel, Art. 36 AEUV geltend gemacht werden kann. Der zweite Fall, die verbundenen Rechtssachen Apothekerkammer des Saarlandes u. a. gegen Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-171/07) und Helga Neumann-Seiwert gegen Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-172/07) [7], betraf die Frage, ob die Niederlassungsbestimmungen [8] deutschen Rechtsvorschriften entgegenstehen, wonach Personen, die keine Apotheker sind, der Besitz und der Betrieb von Apotheken verwehrt ist (sogenanntes „Fremdbesitzverbot“). Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit dem „Fremdbesitzverbot“ nicht entgegensteht.

5. Nach der ersten Rechtssache DocMorris änderte Deutschland seine Rechtsvorschriften und erlaubte den Versandhandel nicht nur für nicht verschreibungspflichtige, sondern auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Nach den dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen gab es zumindest eine Zeitlang keine Bestimmungen über einheitliche Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel, die aus Mitgliedstaaten eingeführt wurden. Später wurden derartige Bestimmungen auch für diese Erzeugnisse eingeführt. Dies führt uns zum rechtlichen Rahmen.

II – Rechtlicher Rahmen

A – *Deutsches Arzneimittelrecht*

6. § 78 Abs. 1 Satz 1 des Arzneimittelgesetzes (im Folgenden: AMG) bestimmt:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wird ermächtigt, …

1. Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel, in Apotheken oder von Tierärzten im Wiederverkauf abgegeben werden,

4 — Der Gemeinsame Senat, der in Art. 95 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vorgesehen ist und der nach dieser Bestimmung „zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung“ der deutschen obersten Gerichtshöfe dient, ist ein Ad-hoc-Gremium, das in dem außergewöhnlichen Fall zusammentritt, dass die obersten Gerichtshöfe in ihrer Rechtsprechung voneinander abweichen. Seine Entscheidung ist verbindlich. Seine genauen Aufgaben und seine Zusammensetzung sind in einem eigenen Gesetz festgelegt, dem „Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes“ vom 19. Juni 1968, BGBl. I S. 661.

5 — Vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012, verfügbar unter: https://openjur.de/u/617231.html. Diese Entscheidung, die zeitlich letzte dieses Gremiums, ist erst die 14. seit Schaffung des Gemeinsamen Senats im Jahre 1968, vgl. https://openjur.de/gericht_e-235-0-ed-desc.html.

6 — Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664).

7 — Urteil vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316).

8 — Art. 49 und 54 AEUV.

…

festzusetzen.“

7. § 78 Abs. 2 AMG lautet:

„Die Preise und Preisspannen müssen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Tierärzte, der Apotheken und des Großhandels Rechnung tragen. Ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, ist zu gewährleisten. …“

8. Da die Rechtsprechung der deutschen obersten Gerichte in der Frage, ob diese Bestimmung auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel gilt, die im Wege des Versandhandels von Apotheken in einem anderen Mitgliedstaat bezogen werden, nicht einheitlich war, fügte der deutsche Gesetzgeber mit Gesetz vom 19. Oktober 2012[9] den folgenden Satz in § 78 Abs. 1 AMG ein: „Die Arzneimittelpreisverordnung, die auf Grund von Satz 1 erlassen worden ist, gilt auch für Arzneimittel, die gemäß § 73 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht werden.“ Der in Bezug genommene § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a betrifft Arzneimittel, die im Wege des Versandhandels von einer Apotheke mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat an Endverbraucher in Deutschland abgegeben werden.

9. Außerdem entschied der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes angesichts der nicht einheitlichen Rechtsprechung der deutschen obersten Gerichtshöfe mit Beschluss vom 22. August 2012, dass auch die frühere Fassung des AMG in diesem Sinne auszulegen sei.

B – *Die deutsche Arzneimittelpreisverordnung*

10. Die Arzneimittelpreisverordnung bestimmt – soweit hier von Bedeutung –, dass der Hersteller für sein Arzneimittel einen Preis festsetzt (§ 1), auf den dann ein Großhandelszuschlag (§ 2) und ein Apothekenzuschlag (§ 3) aufgeschlagen werden. Für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel gilt diese Verordnung nicht. Außerdem enthält § 7 Abs. 1 Nr. 2 des Heilmittelgesetzes ein Verbot von Preisnachlässen.

III – Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

11. Die Deutsche Parkinson Vereinigung e. V. (im Folgenden: DPV), ist eine Selbsthilfeorganisation, deren Ziel es ist, die Lebensumstände von Parkinson-Patienten und deren Familien zu verbessern. Mit einem Schreiben, das eine Kooperation zwischen DPV und der niederländischen Versandapotheke DocMorris bewirbt, stellte DPV im Juli 2009 ihren Mitgliedern ein Bonussystem vor, das verschiedene Boni für verschreibungspflichtige, nur über Apotheken erhältliche Parkinson-Medikamente bei deren Bezug durch die Mitglieder des DPV von DocMorris vorsieht.

12. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (im Folgenden: ZBW) hielt die Werbung gemäß § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: UWG) in Verbindung mit § 78 AMG a. F. und §§ 1 und 3 der Arzneimittelpreisverordnung bzw. § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG n. F. für unlauter, da das beworbene Bonusmodell gegen die gesetzliche Festlegung eines einheitlichen Apothekenabgabepreises verstoße.

9 — Vgl. Art. 1 Nr. 62 des Zweiten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Bestimmungen vom 19. Oktober 2012, BGBl. I S. 2192, speziell S. 2212.

13. Das Landgericht gab der Klage von ZBW statt und untersagte DPV, im Wettbewerb handelnd im Rahmen einer Kooperation mit der Versandapotheke DocMorris deren Bonusmodell zu empfehlen, wenn dies wie mit dem den Streit auslösenden Anschreiben geschieht. Das Landgericht sah das Unterlassungsbegehren als begründet an, da DPV mit dem beanstandeten Anschreiben gegen § 8 Abs. 3 Nr. 2, § 3 und § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 78 AMG und §§ 1 und 3 der Arzneimittelverordnung verstoßen habe. Das Schreiben stelle eine geschäftliche Handlung von DPV dar, die unlauter sei, da das beworbene Bonussystem wettbewerbsrechtlich unzulässig sei. Die in Rede stehenden Regelungen hätten schon zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Handlung auch für Lieferungen der in Deutschland nicht ansässigen DocMorris gegolten. Nunmehr ergebe sich dies aus § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG in der Fassung vom 26. Oktober 2012.

14. DPV legte gegen das Urteil Berufung ein, mit der es den Antrag auf Abweisung der Klage von ZBW weiter verfolgt.

15. Im Rahmen dieses Verfahrens hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 24. März 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 30. März 2015, folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 34 AEUV dahin gehend auszulegen, dass eine durch nationales Recht angeordnete Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstellt?

2. Sollte der Gerichtshof die Frage zu Nr. 1 bejahen:

Ist die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemäß Art. 36 AEUV zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt, wenn nur durch sie eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in ganz Deutschland, insbesondere in den ländlichen Gebieten, gewährleistet wird?

3. Sollte der Gerichtshof auch die Frage zu Nr. 2 bejahen:

Welche Anforderungen sind an die gerichtliche Feststellung zu treffen, dass der in Ziff. 2 zweiter Halbsatz genannte Umstand tatsächlich zutrifft?

IV – Würdigung

A – *Frage 1 – Beschränkung des freien Warenverkehrs*

16. Stellt eine durch nationales Recht angeordnete Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV dar?

1. Dassonville

17. Die Definition einer Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung ist so bekannt, dass sie kaum der Wiederholung bedarf. Im Urteil Dassonville hat der Gerichtshof festgestellt, dass „[j]ede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, … als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen [ist]“ [10]. Heute neigt der Gerichtshof dazu,

10 — Vgl. Urteil vom 11. Juli 1974, Dassonville (8/74, EU:C:1974:82, Rn. 5).

von „Maßnahmen“, statt von „Handelsregelungen der Mitgliedstaaten“ zu sprechen [11], auch wenn er sich gelegentlich der traditionellen Dassonville-Formel bedient [12]. Den Zweck der Art. 34 ff. AEUV hat der Gerichtshof prägnant wie folgt zusammengefasst: „Nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil … Dassonville … bedeutet dies nach dem Kontext dieser Bestimmungen [Art. 34 und 35 AEUV], dass alle unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potenziellen Beeinträchtigungen der Handelsströme innerhalb der Gemeinschaft beseitigt werden sollen.“ [13]

18. Preisbindung ist ein Dorn im Auge eines jeden Wirtschaftsteilnehmers, der nicht am Markt präsent ist, wird doch der Wettbewerb im Wesentlichen vom Preis bestimmt. Nimmt man einem Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit, einen bestimmten Preis zu unterbieten, nimmt man ihm einen Teil seiner Wettbewerbsfähigkeit. Für Waren aus anderen Mitgliedstaaten als Deutschland ergeben sich daraus Schwierigkeiten, auf den deutschen Markt zu gelangen. Die streitgegenständlichen Bestimmungen sind geeignet, Einfuhren nach Deutschland zu beschränken.

19. Diese Bestimmungen stellen daher nach dem Urteil Dassonville eine Maßnahme mit gleicher Wirkung dar. Sie sind mehr als nur geeignet, den Handel zu behindern. Dies zeigt sich schon daran, dass die Verkäufe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln von DocMorris in Deutschland nach ihrer Einführung zurückgegangen sind.

2. Keck

20. Als nächstes ist zu untersuchen, ob die in Rede stehenden deutschen Bestimmungen eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ im Sinne des Urteils Keck und Mithouard darstellen. Wenn dies so wäre, fielen sie nicht in den Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr.

21. In der wohl umstrittensten Entscheidung zu den Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr [14] hat der Gerichtshof bekanntlich entschieden, dass „entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet [ist], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville … unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ [15] . *Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt: „Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem*

11 — Vgl. beispielsweise Urteile vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 66), und vom 15. November 2007, Kommission/Deutschland (C-319/05, EU:C:2007:678, Rn. 80).

12 — Vgl. beispielsweise Urteile vom 16. Januar 2014, Juvelta (C-481/12, EU:C:2014:11, Rn. 16), vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien (C-110/05, EU:C:2009:66, Rn. 33), und vom 30. April 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, Rn. 16).

13 — Vgl. Urteil vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, Rn. 56).

14 — Vgl. unter vielen Mattera, A., „De l’arrêt ‚Dassonville‘ à l’arrêt ‚Keck‘: l’obscure clarté d’une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions“, *Revue du marché unique européen*, 1994, Nr. 1, S. 117-160; Gormley, L., „Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard“, *European Business Law Review*, 1994, S. 63-67; Steindorff, E., „Unvollkommener Binnenmarkt“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, S. 149-169; Lenz, C. O., „Ein undeutlicher Ton“, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, S. 1633-1634. Zur Verteidigung des Urteils Keck vgl. Joliet, R. [der dem Spruchkörper dieses Urteils angehörte], „Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, S. 979-987.

15 — Vgl. Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905, Rn. 16) (im Folgenden auch: Urteil Keck).

anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel [34 AEUV]."[16]

22. Das Urteil Keck ist nach meiner Auffassung die legitime Antwort des Gerichtshofs darauf, dass sich Wirtschaftsteilnehmer in zunehmendem Maße auf Art. 34 AEUV berufen haben, um die Anwendung jedweder Vorschriften, die sie in der Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit behinderten, durch ein nationales Gericht verhindern zu lassen[17]. Das Problem waren wohl weniger die Zahl der angestrengten Gerichtsverfahren als die Fragen, um die es ging[18]. Eine sehr weite Auslegung des Anwendungsbereichs des Art. 34 AEUV hatte zur Folge, dass der Gerichtshof vermehrt mit Fragen befasst wurde, die mit dem freien Warenverkehr tatsächlich nur am Rande zu tun hatten, sondern vielmehr mit sensiblen gesellschaftlichen Entscheidungen wie etwa zur Frage der Ladenöffnungszeiten an Sonntagen und dergleichen.

23. Tatsächlich hat der Gerichtshof die Keck-Ausnahme aber nur selten angewandt, und er hat darüber hinaus nie klar definiert, was unter einer „Verkaufsmodalität" zu verstehen ist[19]. Da es solche aber gibt, bleibt das Urteil Keck aktuell und muss im vorliegenden Fall geprüft werden[20].

24. Bestimmungen wie die hier in Rede stehenden über die Preisbindung bei bestimmten Erzeugnissen sind auf den ersten Blick keine „Vorschriften[, denen Waren] entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung)"[21] . *Ferner hat der Gerichtshof im Fall einer nationalen Buchpreisregelung entschieden, dass diese, „soweit [sie] sich nicht auf die Merkmale dieser Erzeugnisse bezieht, sondern nur die Modalitäten betrifft, unter denen sie verkauft werden dürfen, … als Regelung über Verkaufsmodalitäten im Sinne des Urteils Keck und Mithouard anzusehen [ist]*"[22].

25. Auch wenn der Gerichtshof in derselben Rechtssache die betreffende Regelung dann doch als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung angesehen hat, „weil sie für eingeführte Bücher eine unterschiedliche Regelung trifft, die bewirkt, dass Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig behandelt werden"[23], halte ich die Ausgangsfeststellung, dass eine Preisbindung eine Verkaufsmodalität darstellt, für zu weitgehend. Eine Preisbindung bei einem bestimmten Erzeugnis kommt einer Regelung über Aufmachung, Etikettierung und Verpackung sehr nahe. Schließlich sind Erzeugnisse oft mit einem Preisetikett auf der Verpackung versehen. Darüber hinaus ist meines Erachtens jede Maßnahme, die einen der wichtigsten Aspekte einer Ware, nämlich den Preis, regelt, mehr als eine Verkaufsmodalität. Maßnahmen in Bezug auf den Preis berühren den Wettbewerbsvorteil eines Wirtschaftsteilnehmers unmittelbar und sind aus der Sicht der Wirtschaftsteilnehmer viel einschneidender als etwa ein Verbot des Verkaufs zu einem Verlustpreis oder Regelungen betreffend Ladenöffnungszeiten. Sie

16 — Vgl. Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905, Rn. 17).

17 — Generalanwalt Tesauro brachte die unmittelbar vor dem Urteil Keck herrschende Stimmung gut zum Ausdruck, als er treffend und rhetorisch prägnant in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Hünermund u. a. (C-292/92, EU:C:1993:863, Nr. 1) fragte: „Ist Artikel [34 AEUV] eine Vorschrift zur Liberalisierung des innergemeinschaftlichen Handels, oder soll sie allgemein die freie Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten fördern?"

18 — Vgl. auch Weiler, J. H. H., „The constitution of the common market place", in Craig, P., de Búrca, G., *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999, S. 349-376 (370).

19 — Vgl. unter vielen Kellerhals, A., „Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit", in Müller-Graff, P.-C. (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, S. 357-396 (376).

20 — Die Keck-Formel sollte allerdings nicht mechanisch angewandt werden. Der Zweck der Feststellung von Verkaufsmodalitäten besteht nicht darin, sie vollständig vom Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV auszuschließen, sondern darin, eine Vermutung dafür zu schaffen, dass solche Regeln nicht im Sinne des Urteils Dassonville den Handel zwischen Mitgliedstaaten beschränken. Vgl. Szpunar, M., *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Krakau, 2002, S. 185.

21 — Dies ist eine Formulierung aus dem Urteil Keck, vgl. Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905, Rn. 15).

22 — Vgl. Urteil vom 30. April 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, Rn. 20).

23 — Vgl. Urteil vom 30. April 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009, Rn. 22).

sollten nicht als eine „Verkaufsmodalität“ angesehen werden. Ich halte es daher grundsätzlich für problematisch, eine Preisbindung zunächst als eine Verkaufsmodalität zu qualifizieren mit der Folge, dass danach zu prüfen ist, ob die Maßnahme den Marktzugang behindert und/oder diskriminierend wirkt.

26. Meines Erachtens würde es genügen, zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Dassonville-Formel vorliegen oder nicht. Wie dem auch sei, unter Berücksichtigung der vorliegenden Rechtsprechung werde ich die in Rede stehenden Bestimmungen so prüfen, als stellten sie eine „Verkaufsmodalität“ dar.

27. Ein einheitlicher Apothekenabgabepreis wie der, mit dem wir es hier zu tun haben, gilt ohne Zweifel rechtlich für deutsche und ausländische Apotheken und damit sowohl für deutsche als auch für eingeführte Erzeugnisse.

28. Deutschland vertritt die Auffassung, dass dies auch der tatsächlichen Lage entspreche. Auch der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes ist der Ansicht, dass die Preisbindung gesetzlich und tatsächlich gleichermaßen für innerstaatliche und ausländische Apotheken gelte [24].

29. Im Gegensatz dazu ist die Kommission der Auffassung, dass es sich um eine Maßnahme mit gleicher Wirkung handele. Die Preisbindung treffe ausländische Apotheken härter, weil sie den Nachteil, nur über den Versandhandel Zugang zum deutschen Markt zu haben, lediglich durch den Vorteil ausgleichen könnten, ihre Waren entsprechend den geltenden Preisvorschriften des Mitgliedstaats verkaufen zu dürfen, in dem sie ansässig seien. Demgegenüber sei der Versandhandel für deutsche Apotheken nur ein zusätzlicher Vertriebsweg.

30. Wie DPV, die niederländische Regierung und die Kommission zu Recht bemerken, können Apotheken, die in Deutschland nicht ansässig sind, nur auf einem Weg Zugang zum deutschen Markt erhalten, nämlich durch das Internet. Der Hauptgrund dafür ist das deutsche „Fremdbesitzverbot“, wonach der Besitz und der Betrieb einer Apotheke Apothekern [25] vorbehalten ist. Eine nicht in Deutschland ansässige Internet-Apotheke, die ihre Erzeugnisse auf dem deutschen Markt vertreiben will, sieht sich daher in ihrem Zugang zum deutschen Markt behindert, wenn sie nicht über den Preis konkurrieren kann.

31. Der vorliegende Fall geht jedoch noch darüber hinaus.

32. Maßnahmen, die zwar rechtlich, aber nicht tatsächlich in gleicher Weise Anwendung finden, werden gewöhnlich als indirekt diskriminierende Maßnahmen bezeichnet. Die Feststellung jeder Art von Diskriminierung ist immer eine heikle Angelegenheit. Sie ist, wie der vorliegende Fall gut zeigt, vom Vergleichsobjekt abhängig. Wenn man wie der Gemeinsame Senat die Internet-Apotheken als Vergleichsobjekt nimmt, lässt sich kaum eine indirekte Diskriminierung feststellen. Die Apotheke in Hamburg (DE) und die in Heerlen (NL), die beide an Patienten in Trier (DE) liefern wollen, würden tatsächlich gleichbehandelt.

33. Dies ist jedoch nicht der richtige Blickwinkel, um die Frage der (indirekten) Diskriminierung im vorliegenden Fall zu prüfen.

24 — GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012, Nr. 47, verfügbar unter: https://openjur.de/u/617231.html.

25 — Im Gegensatz zu einer Kapitalgesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig eine Apotheke betreibt. Der Gerichtshof hat entschieden, dass das „Fremdbesitzverbot“ mit den Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, vgl. Urteil vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 61).

34. Mit Sicherheit sind es nicht die *Internet*-Apotheken, die miteinander zu vergleichen sind, sondern die Apotheken *im Allgemeinen*. Und dann ergibt sich ein anderes Bild, und zwar aus dem einfachen Grund, wie DPV zu Recht geltend macht, dass sich deutsche und nicht deutsche Apotheken in unterschiedlichem Maße des Internets bedienen. Eine Apotheke, die bereits in Deutschland präsent ist, wird sich – wenn überhaupt – nur in geringem Maße des Internets bedienen, während eine Apotheke, die nicht in Deutschland ansässig ist, kein anderes Mittel als das Internet hat, um Patienten in Deutschland zu beliefern. Mit anderen Worten: Die Belieferung über den Versandhandel ist für eine deutsche Apotheke nur ein zusätzlicher Vertriebsweg, während sie für eine nicht deutsche Apotheke der einzige Vertriebsweg ist.

35. Im Urteil Deutscher Apothekerverband hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln „außerhalb Deutschlands ansässige Apotheken *stärker* [beeinträchtigt] als Apotheken in Deutschland“ [26]. Er hat weiter ausgeführt, dass, auch wenn das Verbot den inländischen Apotheken unstreitig ein zusätzliches oder alternatives Mittel des Zugangs zum deutschen Markt der Endverbraucher von Arzneimitteln nehme, ihnen doch die Möglichkeit bleibe, Arzneimittel in ihren Apotheken zu verkaufen. Dagegen könnte für Apotheken, die nicht in Deutschland ansässig sind, im Internet ein Mittel liegen, das für den unmittelbaren Zugang zu diesem Markt eher geeignet sei. Ein Verbot, das sich auf außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets ansässige Apotheken stärker auswirkt, könnte jedoch geeignet sein, den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse [27].

36. Im Urteil Ker Optika hat der Gerichtshof diese Argumentation auf den Fall eines Verbots des Vertriebs von Kontaktlinsen über den Versandhandel erstreckt. Er hat festgestellt, dass ein solches Verbot den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vorenthält und so deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindert [28].

37. In Fällen, in denen die Maßnahme dazu führt, den Marktzugang von Internet-Apotheken, die typischerweise im Ausland ansässig sind, zu blockieren oder zumindest zu verengen, um eine lebensfähige Struktur von Präsenz-Apotheken zu erhalten, lässt sich meines Erachtens nicht von einer unterschiedslos geltenden Verkaufsmodalität sprechen. Ich bin daher der Ansicht, dass die in Rede stehende deutsche Maßnahme, indem sie nicht deutsche Apotheken indirekt diskriminiert, keine „bestimmte Verkaufsmodalität“ im Sinne des Urteils Keck und Mithouard ist und ein Handelshemmnis für Arzneimittel aus anderen Mitgliedstaaten darstellt.

38. Dies bringt mich zu einer abschließenden Erwägung zur Einstufung der deutschen Bestimmungen: Mein Ergebnis steht nicht nur voll und ganz im Einklang mit dem Urteil Keck und Mithouard, sondern auch mit dessen oben dargestelltem Grundgedanken. Sensible Angelegenheiten nicht wirtschaftlicher Art, die den freien Warenverkehr als solchen nur am Rand betreffen (und die nicht diskriminierend sind), sollten Sache der Mitgliedstaaten bleiben. Von einer solchen sensiblen Frage kann aber meines

26 — Vgl. Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 74). Hervorhebung nur hier.

27 — Vgl. Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 74). Eine ähnliche Auffassung wird in der Literatur vertreten, wonach ein fester Abgabepreis sich wegen der Einschränkung des Wettbewerbsvorteils eines Importeurs negativ auf die Einfuhren auswirke, vgl. Müller-Graff, P.-C., in von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A. (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Nomos, Baden-Baden, Art. 34 AEUV, Nr. 143. Vgl. auch Becker, U., in Schwarze, J. (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, Artikel 34 AEUV, Nr. 69.

28 — Vgl. Urteil vom 2. Dezember 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, Rn. 54). Der Gerichtshof hat in diesem Urteil, wie er es oft tut, die Frage des Marktzugangs und der Diskriminierung zusammen geprüft.

Erachtens keine Rede sein, wenn die Maßnahme dazu führt, dass der Wettbewerb und der Marktzugang für ausländische Wirtschaftsteilnehmer beschränkt werden. Eine derartige Maßnahme ist in keiner Weise vergleichbar mit Fällen wie dem Verkauf zu einem Verlustpreis [29], dem Verkauf an Sonntagen [30] oder Werbebeschränkungen [31].

B – *Fragen 2 und 3 – Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes*

39. Mit der zweiten und der dritten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die in Rede stehenden Bestimmungen aus Gründen des „Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen“ gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt sind [32].

1. Geltend gemachter Rechtfertigungsgrund: öffentliche Gesundheit

40. Seit dem Urteil de Peijper, in dem es erstmals um eine Ausnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit ging, hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass „[u]nter den in Artikel 36 [AEUV] geschützten Gütern und Interessen … die Gesundheit und das Leben von Menschen den ersten Rang ein[nehmen] und es … Sache der Mitgliedstaaten [ist], in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewähren wollen …“ [33].

41. Deutschland, das diesen Rechtfertigungsgrund geltend macht, betont, dass die in Rede stehende Maßnahme notwendig sei, um 1. eine gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung in Deutschland sicherzustellen, 2. die Qualität dieser Versorgung zu gewährleisten und die Patienten zu schützen und 3. die Kosten im Gesundheitssektor zu kontrollieren.

42. Der letzte Unterpunkt der Rechtfertigung kann nicht mit Erfolg angeführt werden. Da Art. 36 AEUV „Tatbestände nicht wirtschaftlicher Art [enthält]“ [34], können Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Systems der sozialen Sicherheit nicht unter Berufung auf die Gesundheit gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden [35]. Nur eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit könnte einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen,

29 — Vgl. Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905).

30 — Vgl. Urteile vom 23. November 1989, B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593), vom 16. Dezember 1992, B & Q (C-169/91, EU:C:1992:519) (beide schon vor dem Urteil Keck), und vom 2. Juni 1994, Punto Casa und PPV (C-69/93 und C-258/93, EU:C:1994:226) (nach dem Urteil Keck).

31 — Vgl. Urteile vom 15. Dezember 1993, Hünermund u. a. (C-292/92, EU:C:1993:932, Rn. 21), und vom 9. Februar 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1995:26, Rn. 21). Daneben hat der Gerichtshof einige Werbebeschränkungen als Maßnahmen mit gleicher Wirkung eingestuft, vor allem, wenn sie den Marktzugang behinderten, vgl. z. B. Urteil vom 8. März 2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, Rn. 21).

32 — Da festgestellt worden ist, dass die Maßnahme indirekt diskriminierend ist, kann Deutschland lediglich die ausdrücklich in Art. 36 AEUV angeführten Rechtfertigungsgründe und keine zwingenden Erfordernisse im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf der Grundlage des Urteils vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral („Cassis de Dijon“) (120/78, EU:C:1979:42), geltend machen.

33 — Vgl. Urteil vom 20. Mai 1976, de Peijper (104/75, EU:C:1976:67, Rn. 15). Vgl. auch Urteile vom 7. März 1989, Schumacher (215/87, EU:C:1989:111, Rn. 17), vom 16. April 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, EU:C:1991:148, Rn. 26), vom 10. November 1994, Ortscheit (C-320/93, EU:C:1994:379, Rn. 16), und vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 103).

34 — Vgl. bereits die allererste Rechtssache zu Art. 36 AEUV (damals: EWG-Vertrag): Urteil vom 19. Dezember 1961, Kommission/Italien (7/61, EU:C:1961:31, S. 720).

35 — Vgl. Urteil vom 28. April 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, Rn. 39 und 40).

der eine solche Beschränkung rechtfertigen kann [36], was aber angesichts des Ausnahmecharakters dieses Rechtfertigungsgrundes hier eindeutig nicht vorliegt [37]. Ganz abgesehen davon könnte es ohne eine Preisbindung zu niedrigeren Preisen kommen, was dem System der sozialen Sicherung zugutekommen könnte.

43. In Bezug auf die beiden anderen Unterpunkte der Rechtfertigung hat der Gerichtshof anerkannt, dass der Rechtfertigungsgrund „Gesundheit" Maßnahmen umfasst, die die Erfordernisse der individuellen Beratung des Kunden und seines Schutzes bei der Abgabe von Arzneimitteln sowie der Kontrolle der Echtheit von ärztlichen Verschreibungen und der Gewährleistung einer umfassenden und bedarfsgerechten Arzneimittelversorgung betreffen [38].

2. Verhältnismäßigkeit

44. Vor diesem Hintergrund werde ich die Verhältnismäßigkeit der deutschen Maßnahme in Bezug auf die Notwendigkeit einer gleichmäßigen Versorgung mit Arzneimitteln in Deutschland, die Qualität dieser Versorgung und den Schutz der Patienten prüfen. Hierzu werde ich die Geeignetheit und die Notwendigkeit der umstrittenen Bestimmungen prüfen.

45. Allgemein kann festgestellt werden, dass der vorliegende Fall von Deutschland [39] nicht als ein typischer Fall präsentiert wird, in dem die Anwendung der Regeln des freien Warenverkehrs zu verheerenden Folgen in Deutschland führen würde [40]. Es geht nicht um Fragen der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens [41]. Die Argumentationslinie Deutschlands ist grundsätzlicherer Art: Ein vermeintlich zu intensiver Wettbewerb, einschließlich niedrigerer Preise für die Patienten und eines höheren Grades an freiem Warenverkehr von Arzneimitteln zwischen anderen Mitgliedstaaten und Deutschland, hätte negative Folgen für den Schutz der öffentlichen Gesundheit in Deutschland. Das unvermeidliche Marktversagen würde zu einer Apothekenkonzentration in bestimmten Gebieten führen, zum Schaden der Menschen in entlegenen Gebieten oder mit eingeschränkter Mobilität sowie der Schutzbedürftigen und der Alten.

46. Deutschland befürchtet, dass ein stärkerer Wettbewerb dazu führen würde, dass die traditionellen deutschen Apotheken mit ihrem hohen Grad an Professionalität bei der Information und Beratung der Kunden die Qualität ihrer Dienstleistungen vermindern müssten, um im Wettbewerb mitzuhalten.

36 — Vgl. Urteil vom 28. April 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, Rn. 39). Der Gerichtshof wählt denselben Ansatz in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit, vgl. Urteil vom 28. April 1998, Kohl (C-158/96, EU:C:1998:171, Rn. 41).

37 — Genau genommen und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Urteil Cassis de Dijon müsste die streitgegenständliche Maßnahme, um aus Gründen des Allgemeininteresses (oder in älteren Rechtssachen aus zwingenden Erfordernissen) gerechtfertigt zu sein, auf in- und ausländische Erzeugnisse unterschiedslos anwendbar sein, was aber, wie wir oben gesehen haben, hier nicht der Fall ist. Ich bin allerdings nicht sicher, ob der Gerichtshof diesen strikten Standpunkt in Bezug auf Maßnahmen, die tatsächlich, aber nicht rechtlich diskriminierend sind, noch aufrechterhält. Vgl. beispielsweise Urteil vom 30. April 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, Rn. 22 und 34), auch wenn in jenem Fall (Rn. 35 und 36) die fragliche Maßnahme nach Ansicht des Gerichtshofs wegen des zwingenden Erfordernisses des „Schutzes von Büchern als Kulturgut" unverhältnismäßig war.

38 — Vgl. Urteile vom 11. Dezember 2003 in Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 106), und vom 11. September 2008, Kommission/Deutschland (C-141/07, EU:C:2008:492, Rn. 47), in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit. Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung später auf die Niederlassungsfreiheit ausgedehnt, vgl. beispielsweise Urteile vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 28), vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 64), vom 5. Dezember 2013, Venturini u. a. (C-159/12 bis C-161/12, EU:C:2013:791, Rn. 42), und vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 25).

39 — Vgl. demgegenüber das deutsche Vorbringen zum Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, Urteil Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 80).

40 — Anders als ein Verdrängungspreiswettbewerb, siehe hierzu unmittelbar nachstehend.

41 — Was nach meiner Auffassung ohnehin kaum in Betracht kommt in einem Zeitalter der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen, insbesondere der von Ärzten und Apothekern gemäß der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. 2005, L 255, S. 22).

47. Es ist für mich schwer vorstellbar, warum bei einem stärkeren Wettbewerb die Apotheker die Qualität ihrer Dienstleistungen vermindern sollten. Ich würde erwarten, dass das Gegenteil eintritt. Hierzu erlaube ich mir, auf Generalanwalt Poiares Maduro zu verweisen, der sich in der Rechtssache Blanco Perez mit Scharfsinn und Eleganz ähnlich geäußert hat [42].

a) Geeignetheit

48. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert, dass die Maßnahme erstens für die Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein muss [43]. Die Geeignetheit für die Erreichung des geltend gemachten Ziels setzt voraus, dass die Maßnahme dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen [44]. Insoweit gesteht der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Allgemeinen ein weites Ermessen zu [45]. Wenn die nationale Maßnahme sich nicht auf den Rechtfertigungsgrund auswirkt, ist sie nicht geeignet. Dasselbe gilt für eine Maßnahme, der ein offensichtlicher Ermessensfehler zugrunde liegt [46].

i) Gleichmäßige Versorgung

49. ZBW und die deutsche Regierung sind der Ansicht, dass die in Rede stehenden Bestimmungen geeignet seien, die gleichmäßige und umfassende Versorgung mit Arzneimitteln in Deutschland sicherzustellen.

50. Außerdem hat der Gemeinsame Senat unter Berücksichtigung des Wertungsspielraums des Gesetzgebers die Preisbindung für gerechtfertigt befunden, da kein anderes System ersichtlich sei, das im Interesse der sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in gleicher Weise wie die Preisbindung geeignet sei, der Gefahr eines ruinösen Preiswettbewerbs unter Apotheken entgegenzuwirken, eine gleichmäßige Versorgung der gesamten Bevölkerung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu sichern und die Gefahr eines Fehl- oder Mehrgebrauchs von Medikamenten zu mindern [47].

51. Die Verknüpfung zwischen der deutschen Maßnahme und dem behaupteten Ziel der gleichmäßigen Versorgung mit Arzneimitteln erscheint mir zu lose, weshalb ich der Ansicht bin, dass die in Rede stehende Maßnahme aus folgenden Gründen für die Erreichung des behaupteten Ziels nicht geeignet ist.

42 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in den verbundenen Rechtssachen Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2009:587, Nr. 26): „[Es] scheint … keine dokumentierte Grundlage für die Annahme zu geben, dass ein intensiverer Wettbewerb die Apotheker veranlasst, die Qualität ihrer Leistungen zu verringern. Insoweit muss auffallen, dass die Begründungen einiger Verfahrensbeteiligter und Mitgliedstaaten in weiten Teilen eine gewisse Widersprüchlichkeit aufweisen. Einerseits werden Apotheker als so vorwiegend profitorientiert dargestellt, dass sie sämtlich bestrebt seien, nur in Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte zu arbeiten, und in einer Wettbewerbssituation bereit seien, den Gewinn über ihre beruflichen Pflichten zu stellen. Andererseits wiederum wird davon ausgegangen, dass sich Apotheker, soweit sie sich in einer ‚Monopolstellung' in bevölkerungsreichen Gebieten befinden, bei ihrer geschäftlichen Tätigkeit von ihren beruflichen Pflichten leiten ließen und dass sie sich vorrangig der hochwertigen pharmazeutischen Versorgung widmeten. Nach der Argumentation verschiedener Verfahrensbeteiligter wandelt sich Paulus durch den Wettbewerb zum Saulus."

43 — Nach meinem Verständnis sind die insoweit verwendeten englischen Begriffe „suitable", „appropriate" und „adequate" austauschbar. Ich ziehe den Begriff „suitable" vor, den auch der Unionsgesetzgeber in der „Dienstleistungsrichtlinie" verwendet, vgl. Art. 15 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006, L 376, S. 36). Vgl. auch Barnard, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 4. Aufl., 2013, S. 177, der im Zusammenhang mit Art. 36 AEUV alle drei Begriffe verwendet.

44 — Vgl. Urteile vom 21. Dezember 2011, Kommission/Österreich (C-28/09, EU:C:2011:854, Rn. 126), und vom 3. März 2011, Kakavetsos-Fragkopoulos (C-161/09, EU:C:2011:110, Rn. 42), in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit. Vgl. auch Urteile vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 42), und vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 39), in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit sowie vom 16. Dezember 2010, Josemans (C-137/09, EU:C:2010:774, Rn. 70), in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit.

45 — Vgl. Urteil vom 15. September 1994, Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, Rn. 22).

46 — Vgl. Urteil vom 15. September 1994, Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, Rn. 22).

47 — Vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012, Nr. 50, verfügbar unter: https://openjur.de/u/617231.html.

52. Erstens: Wie die Kommission zu Recht feststellt, folgt aus der Zahl der Apotheken nicht automatisch, dass es in Deutschland flächendeckend eine gleichmäßige und umfassende Versorgung gibt. Wer kann sagen, ob es gerade die entlegenen Gebiete und/oder die Gebiete, in denen viele ältere Menschen leben, sind, die besser versorgt werden, wenn es mehr Apotheken gibt? Im Gegenteil könnte ein Preiswettbewerb zwischen den Apotheken einer gleichmäßigen Versorgung mit Arzneimitteln förderlich sein. Ich würde annehmen, dass entlegene Gebiete besser versorgt werden, wenn es den Internet-Apotheken gestattet würde, am Wettbewerb teilzunehmen. Menschen mit eingeschränkter Mobilität könnten davon erheblich profitieren, indem sie ihre Bestellungen online aufgeben könnten und diese ihnen unmittelbar nach Hause geliefert würden. Selbst wenn sie mit den behaupteten Schwierigkeiten einer Online-Bestellung nicht vertraut sind, werden sie doch oft jemanden an ihrer Seite haben (Pfleger, Kind/Enkel, Nachbar usw.), der sich damit auskennt.

53. Zweitens: Soweit es um verschreibungspflichtige Arzneimittel geht, sollte man weniger die Apotheken als vielmehr die Zahl der Ärzte in den Blick nehmen. Ursache des Problems ist sicherlich der „ländliche Ärztemangel“, d. h. der Mangel an Ärzten in entlegenen Gebieten, und nicht die Zahl der Apotheken. Typischerweise gibt es dort, wo es keinen Arzt gibt, der Arzneimittel verschreibt, auch keine Apotheke.

54. Drittens: Zur schwierigeren und sensibleren Frage der Notversorgung ist darauf hinzuweisen, dass Deutschland hierzu ein besonderes Gesetz erlassen hat, das Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz [48]. Dieses Gesetz, dessen Ziel es ist, eine umfassende und gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln überall in Deutschland, insbesondere in den ländlichen Gebieten, außerhalb der regulären Öffnungszeiten der Apotheken sicherzustellen, gewährt Apotheken, die eine solche Notversorgung leisten, finanzielle Unterstützung durch einen Fonds, der vom Deutschen Apothekerverband verwaltet wird. Zu dessen Finanzierung wird auf verkaufte Arzneimittel ein Zuschlag erhoben. Übrigens ergibt sich aus den vorhandenen Unterlagen, dass nach Deutschland eingeführte Arzneimittel ebenfalls diesem Zuschlag unterliegen, so dass ausländische Apotheken, die ihre Erzeugnisse auf dem deutschen Markt verkaufen, finanziell zu diesem Fonds beitragen [49].

55. Ich kann nicht erkennen, wie die geprüften Bestimmungen einen zusätzlichen Einfluss auf die Sicherstellung einer gleichmäßigen Versorgung mit Arzneimitteln haben sollten.

ii) Qualität der Versorgung

56. Was die Qualität der Versorgung angeht, kann nicht stark genug betont werden, dass es sich um verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt. Ich möchte in diesem Zusammenhang das Urteil Venturini in Erinnerung rufen, in dem der Gerichtshof Folgendes ausgeführt hat: „Die Zahl der Niederlassungen, in denen verschreibungspflichtige Arzneimittel einschließlich derjenigen verkauft werden, deren Kosten nicht vom nationalen Gesundheitsdienst, sondern in vollem Umfang vom Käufer getragen werden, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Da nämlich diese Arzneimittel ausschließlich von Ärzten verschrieben werden dürfen, haben sowohl die Inhaber von Apotheken als auch die von parapharmazeutischen Verkaufsstellen jedenfalls keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe des Absatzes dieser Arzneimittel und können deshalb nicht zu einem übermäßigen Verbrauch derselben beitragen.“ [50] Der Preis eines Arzneimittels hat somit keinen Einfluss darauf, wie viele verschreibungspflichtige Arzneimittel an einen Patienten geliefert werden. Die Apotheker haben dies nicht in der Hand.

48 — Vgl. Gesetz zur Förderung der Sicherstellung des Notdienstes von Apotheken (Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz – ANSG) vom 15. Juli 2013, BGBl. I S. 2420, abrufbar unter http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s2420.pdf.

49 — Vgl. Abschnitt 5.8 der Verfahrensordnung des genannten Fonds, abrufbar unter http://www.dav-notdienstfonds.de/wp-content/uploads/2016/02/VERFAHRENSORDNUNG-V-2-0-16_02_03.pdf.

50 — Vgl. Urteil vom 5. Dezember 2013, Venturini u. a. (C-159/12 bis C-161/12, EU:C:2013:791, Rn. 57).

iii) „Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit“

57. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die Beweislast für die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit bei Deutschland liegt. Es ist Aufgabe dieses Mitgliedstaats, die Geeignetheit der in Rede stehenden Maßnahme nachzuweisen. Deutschland hat keine Beweise zur Rechtfertigung seiner Rechtsvorschriften vorgelegt. Stattdessen verweist es auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach „der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen können [muss], ohne abwarten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist“. Deutschland bezieht sich in diesem Zusammenhang auch auf das Vorsorgeprinzip.

58. Dieses Vorbringen verdient eine nähere Prüfung.

– Ausgangspunkt: Rechtsprechung zum Vorsorgeprinzip

59. Tatsächlich greift der Gerichtshof immer wieder auf diese Formulierung zurück. Sie hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung zum Vorsorgeprinzip. Meines Wissens wurde sie vom Gerichtshof erstmals im Jahr 1998 in zwei Entscheidungen im Zusammenhang mit der BSE-Krise verwendet [51]. Danach wurde sie sowohl in Bezug auf Maßnahmen von Organen der Union als auch in Bezug auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten gebraucht, in Abweichung vom Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit. In allen Fällen gab es tatsächlich eine Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit. Typische Fälle betrafen mit Vitaminen oder anderen Stoffen angereicherte Nahrungsmittel [52], neuartige Lebensmittel [53], Etikettierungsanforderungen für Lebensmittel und Lebensmittelbestandteile, die aus GVO bestehen oder von solchen stammen [54], und erneut BSE [55].

60. Es gab Fälle, in denen ein Generalanwalt, nicht aber der Gerichtshof auf das Vorsorgeprinzip hingewiesen hat.

61. Beispielsweise hat Generalanwalt Tizzano in einem Fall, der Mischfuttermittel für Tiere betraf, dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Anwendung des Vorsorgeprinzips abzulehnen, wobei er darauf hingewiesen hat, dass die in Rede stehende Richtlinie 2002/2/EG [56] „keine spezifische Risikomanagementmaßnahme [ist], die bestimmte Erzeugnisse oder Praktiken verbietet, deren Gefährlichkeit wissenschaftlich umstritten ist. Es handelt sich vielmehr um einen allgemein anwendbaren normativen Akt, der die Anforderungen an die Etikettierung von Futtermitteln

51 — Vgl. Urteile vom 5. Mai 1998, National Farmers' Union u. a. (C-157/96, EU:C:1998:191, Rn. 63), und vom 5. Mai 1998, Vereinigtes Königreich/Kommission (C-180/96, EU:C:1998:192, Rn. 99): „Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiss ist, können *die Organe* Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind.“ Hervorhebung nur hier.

52 — Urteil vom 23. September 2003, Kommission/Dänemark (C-192/01, EU:C:2003:492, Rn. 49). Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Mischo in der Rechtssache Kommission/Dänemark (C-192/01, EU:C:2002:760, Nr. 102): „Somit dürfte ein *plausibles* Gesundheitsrisiko genügen, damit ein Mitgliedstaat aufgrund des Vorsorgeprinzips Maßnahmen nach Maßgabe des Artikels [36 AEUV] treffen kann. Je größer im Übrigen die wissenschaftliche Ungewissheit ist, desto umfassender ist auch der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, denen der Schutz der öffentlichen Gesundheit obliegt.“

53 — Vgl. Urteil vom 9. September 2003, Monsanto Agricoltura Italia u. a. (C-236/01, EU:C:2003:431, Rn. 111).

54 — Urteil vom 26. Mai 2005, Codacons und Federconsumatori (C-132/03, EU:C:2005:310, Rn. 61).

55 — Urteil vom 12. Januar 2006, Agrarproduktion Staebelow (C-504/04, EU:C:2006:30, Rn. 39).

56 — Richtlinie 2002/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 79/373/EWG des Rates über den Verkehr mit Mischfuttermitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 91/357/EWG der Kommission (ABl. 2002, L 63, S. 23).

gegenüber der Vergangenheit in restriktiver Weise harmonisiert, um den Schutz der öffentlichen Gesundheit zu verbessern.“ [57] Ohne das Vorsorgeprinzip auch nur zu erwähnen, ist der Gerichtshof der Argumentation des Generalanwalts gefolgt und hat entschieden, dass die in Rede stehende Richtlinie nicht unverhältnismäßig ist [58].

– Erstreckung auf Apotheken

62. Im Jahr 2009 gab es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine gewisse Wende. Er begann in anderen als den oben genannten Zusammenhängen, auf „eine Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit“ zu verweisen.

63. Die Rechtssache Kommission/Italien betraf Rechtsvorschriften, nach denen das Recht auf Betrieb einer privaten Einzelhandelsapotheke natürlichen Personen mit einem Apothekerdiplom und Betriebsgesellschaften, die ausschließlich aus Gesellschaftern bestehen, die Apotheker sind, vorbehalten war, sowie Rechtsvorschriften, die es Unternehmen, die pharmazeutische Produkte vertreiben, unmöglich machten, Beteiligungen an Gesellschaften zu erwerben, die kommunale Apotheken betreiben [59]. In der Rechtssache Apothekerkammer des Saarlandes u. a. ging es um innerstaatliche Rechtsvorschriften, denen zufolge nur Apotheker Apotheken besitzen dürfen [60].

64. In beiden Rechtssachen gebrauchte der Gerichtshof unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vorsorgeprinzip diese Formel. Das Prinzip als solches erwähnte er jedoch nicht weiter.

65. Der Gerichtshof nahm jedoch eine wichtige Qualifizierung vor, indem er Folgendes hinzufügte: 1. Der Mitgliedstaat kann diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern [61]; 2. zu betonen ist der besondere Charakter der Arzneimittel, deren therapeutische Wirkungen sie substanziell von den übrigen Waren unterscheiden [62]; 3. aufgrund dieser therapeutischen Wirkungen können Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann [63]; 4. eine übermäßige Einnahme oder falsche Verwendung von Arzneimitteln führt außerdem zu einer Verschwendung finanzieller Mittel, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt sind [64].

66. In diesen Fällen befand der Gerichtshof, dass daher die Mitgliedstaaten die mit dem Einzelhandelsvertrieb von Arzneimitteln betrauten Personen, u. a. was die Modalitäten ihrer Vermarktung und das Gewinnstreben anbelangt, strengen Anforderungen unterwerfen können [65].

57 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache ABNA u. a. (C-453/03, EU:C:2005:202, Nr. 129).

58 — Vgl. Urteil vom 6. Dezember 2005, ABNA u. a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, EU:C:2005:741, Rn. 57 ff.).

59 — Vgl. Urteil vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315).

60 — Vgl. Urteil vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316).

61 — Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, Rn. 54), und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 30).

62 — Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, Rn. 55), und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 31).

63 — Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, Rn. 56), und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 32).

64 — Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, Rn. 57), und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 33).

65 — Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, Rn. 58), und vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 34).

67. Im Urteil Blanco Pérez und Chao Gómez hat der Gerichtshof sogar die vorstehend genannten Qualifikationen fallen gelassen. Bei der Prüfung der Frage, wie weit die Mitgliedstaaten beim Erlass von Regelungen gehen können, um eine Konzentration von Apotheken in bestimmten Gebieten zu verhindern, hat der Gerichtshof die besagte Formel wiederholt [66], dann aber festgestellt, dass ein Mitgliedstaat im Hinblick auf die Gefahr eines Apothekenmangels in bestimmten Teilen seines Hoheitsgebiets eine Regelung erlassen kann, nach der für eine bestimmte Zahl von Einwohnern nur eine einzige Apotheke errichtet werden darf [67].

68. Dieselbe Feststellung hat er im Urteil Venturini wiederholt [68].

– Im vorliegenden Fall: keine Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit

69. Die Erstreckung der genannten Formel auf Apotheken seit 2009 ist bedauerlich, denn sie verwischt, woher diese Formel stammt und worum es beim Vorsorgeprinzip in Wirklichkeit geht, nämlich um Risikomanagement in einem Umfeld wissenschaftlicher Ungewissheit. Es gilt sowohl dann, wenn das Ausmaß eines Risikos *unsicher* ist, als auch dann, wenn *zweifelhaft* ist, ob ein Risiko überhaupt *besteht*. Dagegen spielt es keine Rolle bei einer Ungewissheit hinsichtlich der Wirksamkeit einer Maßnahme, mit der einer zuvor erkannten Gefahrenlage begegnet werden soll [69]. Vorsorge darf nicht mit Vorbeugung verwechselt werden. Bei Letzterer gibt es keinerlei Unsicherheit über das Vorhandensein oder das Ausmaß der Gefahr. Bei Vorbeugung ist die Gefahr bekannt [70].

70. Bei den vorstehend angeführten Fällen seit 2009, die Apotheken betrafen, geht es jedoch nicht um eine wissenschaftliche Ungewissheit hinsichtlich der gesundheitlichen Gefahren eines unsachgemäßen oder übermäßigen Arzneimittelgebrauchs. Darüber hinaus sind diese Erzeugnisse im Anschluss an ein strenges Verfahren für ihr Inverkehrbringen bereits rechtmäßig auf dem Markt. Die Ungewissheit beschränkt sich auf die Funktionsfähigkeit oder Wirksamkeit der beabsichtigten Maßnahme.

71. Das Vorsorgeprinzip spielt daher für die Entscheidung des vorliegenden Falls keine Rolle. Demgemäß hielte ich es für angebracht, wenn sich der Gerichtshof für seine Begründung nicht auf die Formel „Ungewissheit wegen des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit“ stützen würde.

iv) Beweislast

72. Wie bereits ausgeführt, liegt die Beweislast für die Rechtfertigung einer Maßnahme nach Art. 36 AEUV beim Mitgliedstaat. Dies ist ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs [71]. Hierzu heißt es anschaulich im einschlägigen Schrifttum: „[D]er Gerichtshof [hat sich] nicht gescheut, diese Regel auch in Fällen anzuwenden, in denen es um Menschenleben geht.“ [72] Dabei ist von Bedeutung, dass diese Regel sowohl in Vorabentscheidungsverfahren als auch in Vertragsverletzungsverfahren gilt. Im

66 — Vgl. Urteil vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 74).

67 — Vgl. Urteil vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 75 und 76). Dagegen finden sich in den Schlussanträgen von Generalanwalt Poiares Maduro in diesen verbundenen Rechtssachen (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2009:587) keine derartigen Feststellungen.

68 — Vgl. Urteil vom 5. Dezember 2013, Venturini u. a. (C-159/12 bis C-161/12, EU:C:2013:791, Rn. 60).

69 — Vgl. Alemanno, A., „The Precautionary principle“, in Baudenbacher, C. (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, S. 839-851 (848).

70 — Vgl. Alemanno, A., „Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur?“, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, S. 917-953 (929).

71 — Vgl. bereits Urteil Denkavit Futtermittel (251/78, EU:C:1979:252, Rn. 24). Vgl. auch Urteil vom 23. Dezember 2015, Scotch Whisky Association u. a. (C-333/14, EU:C:2015:845, Rn. 53).

72 — Vgl. Enchelmaier, S., in Oliver, P. (Hrsg.), *Oliver on free movement of goods in the European Union*, 5. Aufl., Hart Publishing, Oxford, 2010, Nr. 8.13.

Lauf der Jahre hat der Gerichtshof diesen Grundsatz dahin gehend entwickelt, dass er den Mitgliedstaaten bestimmte Verpflichtungen auferlegt. Er hat entschieden, dass eine „Gefahr … nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen [ist]“ [73].

73. Der Gerichtshof verwendet nunmehr regelmäßig folgende Formel: „Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser daher eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen.“ [74]

74. Ein solcher Nachweis ist hier nicht erbracht worden.

75. Die deutschen Rechtsvorschriften sind somit zur Erreichung des Ziels des Gesundheitsschutzes nicht geeignet.

b) Notwendigkeit

76. Da ich zu dem Ergebnis komme, dass die deutschen Rechtsvorschriften zur Erreichung des behaupteten Ziels nicht geeignet sind, kann ich mich an dieser Stelle kürzer fassen.

77. Wie DPV dargelegt hat, hatte die deutsche Regierung vor der Einführung der in Rede stehenden Bestimmungen eine Zeitlang die Einführung eines Systems von *Höchstpreisen* statt eines solchen von *Festpreisen* erwogen. Aus der Sicht der Versandapotheken und des freien Warenverkehrs von Arzneimitteln in der Union ist dies eine weniger einschränkende Maßnahme, weil sie den Versandapotheken einen Wettbewerb über den Preis erlauben würde.

78. Es ist eindeutig nicht Sache des Gerichtshofs, sich in den nationalen politischen und demokratischen Prozess einzumischen und politische Entscheidungen zu präjudizieren. Vielmehr genügt die Feststellung, dass, wie wir gerade gesehen haben, Maßnahmen in Betracht kommen, die anstelle einer Preisbindung getroffen werden könnten.

c) Weitere Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit

79. Zur Frage der Verhältnismäßigkeit möchte ich meine vorstehenden Darlegungen in den Kontext einer Passage aus dem ersten DocMorris-Urteil stellen. Der Gerichtshof hat bekanntlich in Rn. 119 dieses Urteils ausgeführt, dass „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 [könnte]“ [75]. Angesichts dieser Ausführungen mag man sich fragen: Kann man ein solches Verbot befürworten und zugleich eine Maßnahme für nicht geeignet halten, die aus der Sicht des Binnenmarkts das „kleinere Übel“ darstellt?

80. Die Antwort lautet: ja, man kann.

73 — Vgl. Urteil vom 14. Juli 1994, van der Veldt (C-17/93, EU:C:1994:299, Rn. 17).

74 — Vgl. beispielsweise in Bezug auf den Gesundheitsschutz im Rahmen des Art. 36 AEUV Urteile vom 26. April 2012, ANETT (C-456/10, EU:C:2012:241, Rn. 50), und vom 7. Juni 2007, Kommission/Belgien (C-254/05, EU:C:2007:319, Rn. 36). Vgl. auch Urteil vom 15. November 2007, Kommission/Deutschland (C-319/05, EU:C:2007:678, Rn. 88).

75 — Urteil vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, Rn. 119).

81. Hat sich ein Mitgliedstaat aus freien Stücken für die Zulassung des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln entschieden, so unterliegt diese Maßnahme als solche der Überprüfung auf Geeignetheit, Kohärenz und Stimmigkeit. Andernfalls hätte ein Mitgliedstaat, nur weil er derartige Verkäufe zugelassen hat, freie Hand, ohne dass die Möglichkeit der rechtlichen Überprüfung bestünde, und ausländische Wirtschaftsteilnehmer könnten aus ihren in den Grundfreiheiten verkörperten subjektiven Rechten, insbesondere (im vorliegenden Fall) aus Art. 34 AEUV, keinen vollen Nutzen ziehen.

V – Ergebnis

82. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Oberlandesgerichts Düsseldorf wie folgt zu beantworten:

Die Art. 34 und 36 AEUV stehen einer durch nationale Rechtsvorschriften angeordneten Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln wie der nach § 78 des deutschen Arzneimittelgesetzes in Verbindung mit der deutschen Arzneimittelpreisverordnung entgegen.