

**Zur Verfassungswidrigkeit des § 2 AMPreisV  
i.d.F. des Referentenentwurfs eines  
Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG)**

Rechtliches Kurzgutachten im Auftrag des  
PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V.

erstellt von

Prof. Dr. Stephan Rixen

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht  
mit dem Schwerpunkt Staatsrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Direktor des Instituts für Staatsrecht  
Leiter der Forschungsstelle für das Recht des Gesundheitswesens

Universität zu Köln

03.07.2024

## Inhaltsübersicht

A.	Gutachtenauftrag	4
B.	Der geplante § 2 AMPreisV	5
	I. Normtext	5
	II. Begründung	5
	III. § 2 AMPreisV: Zahlreiche Unklarheiten	6
	1. Initiales Defizit: Gründe für den gesetzgeberischen Klarstellungsbedarf werden nicht genannt	6
	2. Schwerwiegend und entscheidend: Der Regelungsgehalt des § 2 AMPreisV ist unklar	7
	a) Konzeptionell inkonsistente Neuregelung, die den Mindestpreis aufhebt	7
	b) Insbesondere: Keine Auseinandersetzung mit dem besonderen öffentlichen Versorgungsauftrag des vollversorgenden pharmazeutischen Großhandels	10
	c) Kumulative begriffliche Verwirrung	12
	aa) Rabatt, sonstige finanzielle Vergünstigung, Preisnachlass, Skonti	12
	bb) Insbesondere: Rabatte	13
	cc) „Handelsübliche“ Rabatte oder Vergünstigungen	16
	IV. Zwischenergebnis	17
C.	Verfassungsrechtliche Würdigung	18
	I. Schutzbereich	18
	II. Eingriff, insbesondere berufsregelnde Tendenz und Veränderung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen mit Eingriffsqualität	20
	III. Rechtfertigung	23
	1. Unvereinbarkeit des § 2 AMPreisV mit dem allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)	23
	2. Unvereinbarkeit des § 2 AMPreisV mit dem Rechtsstaatsprinzip als Garantie des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)	26
	a) § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG	26

b)	§ 78 Abs. 2 Satz 1 AMG	29
3.	Unverhältnismäßigkeit des § 2 AMPPreisV	30
a)	Zum Prüfungsmaßstab, insbesondere zum verengten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum im Lichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dienenden besonderen öffentlichen Versorgungsauftrags der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen (§ 52b AMG)	30
b)	Anwendung auf § 2 AMPPreisV	34
c)	Insbesondere: Pflicht zur Folgerichtigkeit als Aspekt der Verhältnismäßigkeit	38
D.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Kurzgutachtens	40

## A. Gutachtenauftrag

Der PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. hat mich gebeten, § 2 der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV)<sup>1</sup> in der Fassung (i.d.F.) des vom Bundesministerium für Gesundheit vorgelegten Referentenentwurfs eines Gesetzes für eine Apothekenhonorar- und Apothekenstrukturreform (Apotheken-Reformgesetz – ApoRG)<sup>2</sup> – Stand: 14.06.2024 – auf seine verfassungsrechtliche Tragfähigkeit hin zu überprüfen, wobei grundrechtliche Maßstäbe (Art. 12 Abs. 1 GG) im Zentrum stehen. Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung wird die Situation der vollversorgenden<sup>3</sup> Unternehmen des pharmazeutischen Großhandels<sup>4</sup> zugrunde gelegt. Sofern im Folgenden von § 2 AMPreisV die Rede ist und sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt, ist der im genannten Referentenentwurf enthaltene, also der geplante § 2 AMPreisV gemeint.

Nachfolgend soll zunächst § 2 AMPreisV einschließlich der (auch) auf diese Norm bezogenen Begründung des Referentenentwurfs vorgestellt werden (dazu B.).

Sodann ist § 2 AMPreisV verfassungsrechtlich zu würdigen (dazu C.).

Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse des Kurzgutachtens zusammengefasst (dazu D.).

Die Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024 lag mir vor.

---

<sup>1</sup> Ursprünglich: Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) v. 14.11.1980 (BGBl. I S. 2147); seitdem vielfach geändert, zuletzt durch Art. 5 des Gesetzes zur Bekämpfung von Lieferengpässen bei patentfreien Arzneimitteln und zur Verbesserung der Versorgung mit Kinderarzneimitteln (Arzneimittel-Lieferengpassbekämpfungs- und Versorgungsverbesserungsgesetz – ALBVVG) v. 19.07.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197).

<sup>2</sup> Referentenentwurf vom 14.06.2024, abrufbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/A/ApoRG-Apotheken-Reformgesetz\\_RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/A/ApoRG-Apotheken-Reformgesetz_RefE.pdf) (zuletzt abgerufen am 03.07.2024)

<sup>3</sup> § 52b Abs. 2 Satz 2 AMG: „Vollversorgende Arzneimittelgroßhandlungen sind Großhandlungen, die ein vollständiges, herstellerneutral gestaltetes Sortiment an apothekenpflichtigen Arzneimitteln unterhalten, das nach Breite und Tiefe so beschaffen ist, dass damit der Bedarf von Patienten von den mit der Großhandlung in Geschäftsbeziehung stehenden Apotheken werktäglich innerhalb angemessener Zeit gedeckt werden kann; die vorzuhaltenden Arzneimittel müssen dabei mindestens dem durchschnittlichen Bedarf für zwei Wochen entsprechen; [...]“

<sup>4</sup> Definiert in § 4 Abs. 22 AMG; s. auch § 52a AMG.

## **B. Der geplante § 2 AMPreisV**

### **I. Normtext**

Durch Art. 8 Nr. 3 Referentenentwurf erhält § 2 AMPreisV folgende Fassung:<sup>5</sup>

#### § 2

#### Großhandelszuschläge für Fertigarzneimittel

<sup>1</sup>Bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken sind auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ein Festzuschlag von 73 Cent sowie die Umsatzsteuer zu erheben; zusätzlich darf auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 Euro erhoben werden.<sup>2</sup> Abweichend von Satz 1 zweiter Halbsatz ist die Gewährung von handelsüblichen Rabatten oder Vergünstigungen zulässig.“

D.h., der geplante § 2 AMPreisV besteht nur noch aus einem Absatz, da die bisherigen Absätze 2 und 3 fortfallen.

### **II. Begründung**

Die Begründung des Referentenentwurfs führt zu der Regelung aus:<sup>6</sup>

„Mit der Änderung werden die bislang in der Arzneimittelpreisverordnung enthaltenen Regelungen mit Bezug zu Arzneimitteln, die zur Anwendung bei Tieren bestimmt sind, gestrichen. In der Folge resultiert eine Neufassung des § 2. In Satz 2 wird *klargestellt*, dass Rabatte oder sonstige finanzielle Vergünstigungen, wie insbesondere Skonti bei Vereinbarung von Zahlungszielen, von den pharmazeutischen Großhändlern auch in einem Umfang gewährt werden können, die den Umfang des

---

<sup>5</sup> Referentenentwurf, S. 16. – Die hochgestellten Ziffern zur Kennzeichnung von Satz 1 und Satz 2 sind nicht im Referentenentwurf enthalten und wurden hier aber aus Gründen der besseren Lesbarkeit ergänzt.

<sup>6</sup> Referentenentwurf, S. 42 (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

in Satz 1 zweiter Halbsatz geregelten relativen Zuschlags in Höhe von bis zu 3,15 Prozent überschreiten. Eine Rabattierung des in Satz 1 erster Halbsatz genannten Festzuschlags in Höhe von 73 Cent ist nicht möglich.“

Außerdem ist zu lesen: „Bezüglich der Apothekenvergütung bestehen Möglichkeiten der Erhebung und der *sachgerechten Umverteilung* grundsätzlich durch Änderungen der Arzneimittelpreisverordnung. Es sollen dabei insbesondere Honoraranreize für Apothekenstandorte in ländlichen Regionen geschaffen und eine gerechtere Verteilung der Honorare erreicht werden.“<sup>7</sup> Als eine der „Maßnahmen“<sup>8</sup>, die dieses Ziel erreichen soll, wird auf die Änderungen der AMPreisV verwiesen, dazu heißt es: „Im Übrigen werden in der Arzneimittelpreisverordnung weitere Änderungen vorgenommen, die [...] überwiegend klarstellenden Charakter haben.“<sup>9</sup>

### III. § 2 AMPreisV: Zahlreiche Unklarheiten

#### 1. Initiales Defizit: Gründe für den gesetzgeberischen Klarstellungsbedarf werden nicht genannt

Während der erste und der zweite Satz der Begründung sich auf die tierärztliche Versorgung mit Arzneimittel beziehen, die nunmehr aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden soll – dieser Aspekt ist für das Gutachtenthema erkennbar ohne Bedeutung –, beziehen sich die weiteren Ausführungen auf den neuen Satz 2 von § 2 AMPreisV. Insoweit – so die Begründung – werde etwas „klargestellt“. Das bedeutet nach dem üblichen juristischen Sprachgebrauch, dass eine Rechtslage, die vor der geplanten Änderung bestand, nunmehr unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden solle. Das Wort „klarstellen“ signalisiert somit, dass die bisherige Rechtslage nicht in der Sache geändert, sondern nur redaktionell-sprachlich präziser in Worte gefasst werde. Offen bleibt, wieso der vorgebliche Klarstellungsbedarf entstanden ist bzw. welche Gründe also dafürsprechen, von einer Unklarheit auszugehen, die nun zu beheben sei.

---

<sup>7</sup> Referentenentwurf, S. 1 a.E. (kursive Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>8</sup> Referentenentwurf, S. 1 a.E.

<sup>9</sup> Referentenentwurf, S. 2 a.E.

## 2. Schwerwiegend und entscheidend: Der Regelungsgehalt des § 2 AMPreisV ist unklar

### a) Konzeptionell inkonsistente Neuregelung, die den Mindestpreis aufhebt

Das hat Folgen, wie sich an der besonders schwerwiegenden Unklarheit ablesen lässt, die durch die Eingangsformulierung des geplanten § 2 Satz 2 AMPreisV ausgelöst wird. Dort heißt es (kursive Hervorhebung hinzugefügt):

*„Abweichend von Satz 1 zweiter Halbsatz ist die Gewährung von handelsüblichen Rabatten oder Vergünstigungen zulässig.“*

Satz 2 nimmt den (nachfolgend kursiv hervorgehobenen) zweiten Halbsatz in Satz 1 in Bezug:

*Bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken sind auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ein Festzuschlag von 73 Cent sowie die Umsatzsteuer zu erheben; zusätzlich darf auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 Euro erhoben werden.*

Satz 2 sieht demnach eine Abweichung vom zweiten Halbsatz des Satzes 1 vor, was Klarheit darüber voraussetzt, was im zweiten Halbsatz geregelt ist. Der zweite Halbsatz gestattet einerseits einen Zuschlag auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers (ApU), der ohne Umsatzsteuer zu rechnen ist, und begrenzt ihn zugleich in zweifacher Hinsicht: zum einen dadurch, dass der Zuschlag nicht mehr 3,15 Prozent, bezogen auf den ApU,<sup>10</sup> betragen darf, zum anderen dadurch, dass ein Höchstbetrag für den Zuschlag festgelegt wird (37,80 Euro). In der bislang maßgeblichen Auslegung von § 2 Satz 1 erster Halbsatz AMPreisV durch den BGH in der Entscheidung „Großhandelszuschläge II“ hat der BGH § 2 Satz 1 AMPreisV als Mindestpreis bezeichnet,<sup>11</sup> der in dem (noch) geltenden § 2 Satz 1 zweiter Halbsatz AMPreisV (also ohne den im Referentenentwurf vorgesehenen Satz 2) durch einen – so der BGH –

<sup>10</sup> Starzer, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 2 AMPreisV Rn. 2.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 21.

„Höchstpreis“<sup>12</sup> ergänzt wird. Es ist – dies sei nachdrücklich betont – auffällig, dass der Referentenentwurf auf diese Entscheidung des BGH, die den tatsächlichen Hintergrund für die geplante Normänderung bildet, an keiner Stelle der Begründung eingeht, obgleich die Auslegung des bisherigen § 2 AMPreisV durch den BGH die entscheidende Verständnisfolie für die derzeitige Debatte bildet.

Worauf sich die vom geplanten § 2 Satz 2 AMPreisV intendierte Abweichung bezieht, ist unklar:

Zumindest auf den ersten Blick scheint es denkbar, dass durch den geplanten, neuen Satz 2 eine Abweichung vom Höchstpreis gestattet wird, der bislang (in der Auslegung des BGH) in § 2 Satz 1 zweiter Halbsatz AMPreisV (in der im Wesentlichen seit 11.05.2019 geltenden Fassung)<sup>13</sup> geregelt ist. Diese Abweichung durch „handelsübliche Rabatte oder Vergünstigungen“ würde dann darin bestehen, dass der höchstens mögliche Zuschlag von 3,15%, der wiederum durch die Summe von 37,80 Euro gedeckelt ist, nicht ausgeschöpft wird. Das wäre aber nichts anderes als eine Bestätigung der derzeit noch geltenden Rechtslage, wie sie in der Entscheidung „Großhandelszuschläge II“ vom BGH verbindlich festgestellt wurde.<sup>14</sup> Solche Abweichungen, also auch Unterschreitungen der (durch die Summe von 37,80 Euro gedeckelten) 3,15%-Vorgabe, sind also schon jetzt zulässig („darf [...] höchstens [...] erhoben werden.“). Dieses Verständnis der Neuregelung würde zu der Qualifikation als „Klarstellung“ in der Begründung passen. Angesichts der vom BGH bestätigten Rechtslage, hinsichtlich derer keine Zweifel (mehr) bestehen, leuchtet es allerdings nicht ein, wieso der Normgeber § 2 AMPreisV klarstellen sollte. Gegen die These, dass er nur die Rechtslage in der Lesart der „Großhandelszuschläge II“-Entscheidung des BGH bestätigt wolle, spricht auch der Wortlaut des zweiten Halbsatzes von Satz 1 und der Wortlaut des geplanten Satz 2. Einerseits „darf“ der Großhandel einen Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 Euro zusätzlich erheben, andererseits „ist“ die Gewährung von handelsüblichen Rabatten und Vergünstigungen „zulässig“. Wieso wird

---

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 21.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 21, auch mit dem Hinweis, dass seit dem 27.07.2023 73 Cent in § 2 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz AMPreisV genannt wird, diese Änderung erfolgte durch Art. 5 Nr. 1 Arzneimittel-Lieferengpassbekämpfungs- und Versorgungsverbesserungsgesetz (ALBVVG) v. 19.07.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197).

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704



aber etwas, das schon zulässig ist („darf“), noch einmal für zulässig erklärt? Das ergibt keinen Sinn, sondern spricht für eine andere Deutung der geplanten Neuregelung.

Nahe liegt nämlich eine Lesart, wonach der geplante, neue Satz 2 die von ihm intendierte Abweichungswirkung indirekt auf Satz 1 erster Halbsatz bezieht, obgleich explizit nur der zweite Halbsatz in Bezug genommen wird. Die Abweichung liege darin, so ließe sich argumentieren, dass der vom BGH bejahte Mindestpreischarakter des bisherigen ersten Halbsatzes aufgehoben werden solle. Dann wäre der zweite Halbsatz nur noch eine im Ergebnis variable Berechnungsgröße, die den gegebenenfalls durch „handelsübliche Rabatte oder Vergünstigungen“ abgesetzten Abgabepreis des § 2 Satz 1 erster Halbsatz ergänzen würde. So würde sich der vom Gesetzgeber, wie beschrieben, ersichtlich intendierte Preis(nachlass)- bzw. Rabattwettbewerb unter den pharmazeutischen Großhändlern nochmals, nämlich „nach unten“ hin, verschärfen. Er wäre nämlich schon auf der ersten Stufe des Ausgangspreises möglich (Satz 1 erster Halbsatz) und könnte durch weitere Rabattierungen bzw. Preisnachlässe auf der nachfolgenden Stufe (Satz 1 zweiter Halbsatz) weiter verschärft werden. Damit würde sich die Regelung einer früheren Fassung des § 2 AMPreisV annähern, die davon ausging, dass auf der ersten Stufe der Preisberechnung Preisnachlässe zulässig sind, so der BGH in seiner Entscheidung „Großhandelszuschläge I“,<sup>15</sup> bezogen auf die vom 01.01.2012 bis zum 10.05.2019 geltende Fassung des damaligen § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV.<sup>16</sup> Allerdings würde diese Preisdynamik „nach unten“ dadurch verschärft, dass nicht klar ist, was alles unter „Rabatten oder Vergünstigungen“ zu verstehen ist (dazu noch sogleich), also wie intensiv der Sog „nach unten“ entfacht wird. Außerdem bleibt die Deckelung „nach oben“ erhalten. Diese fortbestehende Deckelung verhindert, dass die pharmazeutischen Großhändler an den Preissteigerungen partizipieren, die die Arzneimittelhersteller erzielen können. Der geplante § 2 AMPreisV bewirkt also – diese Lesart drängt sich auf –, dass der Mindestpreis aufgegeben wird und zugleich zulasten der pharmazeutischen Großhändler eine durch den weit geratenen Normtext praktisch weithin freigegebene Preisfindungsspirale „nach unten“ in Bewegung kommt oder, vom Gesetzgeber intendiert, kommen soll.

---

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 05.10.2017 – I ZR 172/16 –, GRUR 2017, 1281.

<sup>16</sup> Dazu BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 20.

## **b) Insbesondere: Keine Auseinandersetzung mit dem besonderen öffentlichen Versorgungsauftrag des vollversorgenden pharmazeutischen Großhandels**

Angesichts dieses Regelungseffekts des geplanten § 2 AMPreisV verwundert es, dass die Begründung sich nicht dazu äußert, wie unter diesen Bedingungen die Arzneimittelversorgung noch gelingen soll. Der Normgeber hält ja weiterhin daran fest, dass die Arzneimittelversorgung über den – zwar regulatorisch gerahmten, aber dem Grunde nach bestehenden – marktwirtschaftlichen (Preis-)Wettbewerb funktionieren soll, dem auch der pharmazeutische Großhandel verpflichtet ist. Wird aber der Preiswettbewerb zulasten der pharmazeutischen Großhandlungen gezielt in eine Richtung gelenkt, nämlich „nach unten“, dann muss sich die Frage aufdrängen, ob dieses Steuerungsinstrument die Sicherstellungsaufgabe des pharmazeutischen Großhandels gemäß § 52b AMG<sup>17</sup> nicht konterkariert.<sup>18</sup> Durch diese Vorschrift wird insbesondere den vollversorgenden Großhandlungen ein „Gemeinwohlauftrag“<sup>19</sup> zugewiesen, eine „Gewährleistungspflicht“<sup>20</sup> auferlegt bzw. ein „öffentlicher Sicherstellungsauftrag“ zugeordnet<sup>21</sup>, mithin ein „öffentliche[r] Versorgungsauftrag“<sup>22</sup>, der mit einem „besondere[n] öffentliche[n] Interesse“<sup>23</sup> einhergeht. D.h., gerade die vollversorgenden Großhandlungen werden im Interesse von Leib und Leben, mithin zur umfänglichen Sicherung der Gesundheit von Patientinnen und Patienten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), in Dienst genommen, was das Tätigkeitsprofil und gesetzlich determinierte Anforderungsprofil des vollversorgenden pharmazeutischen Großhandels wesentlich prägt.

Vor diesem Hintergrund haben zuvörderst die vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen die Aufgabe, „sicherzustellen, dass vorrangig der Bedarf von Patienten im

---

<sup>17</sup> Eingeführt durch Art 1 Nr. 49 des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften v. 17.07.2009 (BGBl. I S. 1990, 3578).

<sup>18</sup> S. hierzu insbesondere die Begründung zum Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) v. 22.12.2010 (BGBl. I S. 2262), BT-Drucks. 17/2413, S. 36, sowie die Begründung zum Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) v. 06.05.2019 (BGBl. I S. 646), BT-Drucks. 19/6337, S. 155.

<sup>19</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52.

<sup>20</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52.

<sup>21</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52.

<sup>22</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52; s. auch S. 1 (unter A.), S. 56 (zu § 78 AMG).

<sup>23</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52.

Geltungsbereich dieses Gesetzes mit Arzneimitteln gedeckt wird.“<sup>24</sup> „Die Regelung korrespondiert mit der besonderen Stellung und Funktion, die der vollversorgende Großhandel bei der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln einnimmt. Es besteht ein besonderes öffentliches Interesse daran, dass Großhandelsbetriebe vorhanden sind, die eine zeitnahe Belieferung der Apotheken sowohl in der Fläche als auch in der Angebotsbreite garantieren und *die ein möglichst breites Sortiment, auch an niedrigpreisigen Arzneimitteln, dauerhaft zu Gunsten der Apotheken und der Patientinnen und Patienten vorhalten können.*“<sup>25</sup>

Richtig ist zwar, dass § 2 AMPreisV für alle pharmazeutischen Großhandlungen gilt. Allerdings macht § 52b AMG, insbesondere dessen Abs. 2 Satz 2, deutlich, welche herausgehobene Bedeutung vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen haben, weil sie eine flächendeckende Infrastruktur für den arzneimittelvermittelten Gesundheitsschutz vorhalten.<sup>26</sup> Da die vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler diese *besondere Infrastrukturgewährleistungsaufgabe* haben, die sie im Wettbewerb umsetzen sollen, erweist sich die geplante preisrechtliche Vorschrift des § 2 AMPreisV als zentral: Sie kann gleichsam als Katalysator solche wettbewerblichen Prozesse in fairer Weise rahmen, strukturieren und in Gang halten oder sie kann wie ein Inhibitor, also wie ein Anti-Katalysator wirken, der solche wettbewerblichen Prozesse gerade nicht gestärkt und in fairer Weise ermöglicht, sondern abschwächt und schlimmstenfalls stoppt – was nicht ohne negativen Folgen für den besonderen öffentlichen Versorgungsauftrag der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler bleiben kann. Insofern muss der geplante § 2 AMPreisV gerade mit seinen Auswirkungen auf die vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler bezogen werden. Wie auf der Basis des geplanten § 2 AMPreisV der öffentliche Versorgungsauftrag verlässlich, also auch dauerhaft erfüllt werden kann, wird in der Begründung des Referentenentwurfs nicht angesprochen, obgleich der Gesetzgeber diesen preisrechtlichen Zusammenhang, als er § 52b AMG geschaffen hat, in der Begründung zu § 52b AMG ausdrücklich thematisiert hat.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52.

<sup>25</sup> Begr. zu § 52b AMG, 16/12256, S. 52 (kursive Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>26</sup> S. zur Bedeutung des pharmazeutischen Großhandels auch § 6 Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung – BSI-KritisV) i.V.m. Anhang 5, Teil 3, Nr. 3.2.

<sup>27</sup> S. auch – als Folgeänderung zu § 52b AMG – BT-Drucks. 16/12256, S. 56 (zu § 78 AMG und zur AMPreisV): „Aufgabe des Großhandels ist es demnach, an der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln mitzuwirken. Hierzu ist es erforderlich, dass die Großhandelsspanne so ausgestaltet wird, dass sie dem Großhandel die Erfüllung dieser Aufgabe auch für Arzneimittel im unteren Preissegment ermöglicht.“

### c) Kumulative begriffliche Verwirrung

#### aa) Rabatt, sonstige finanzielle Vergünstigung, Preisnachlass, Skonti

Die vorgebliche Klarstellung des geplanten § 2 AMPPreisV bezieht sich, so die Begründung,<sup>28</sup> auf „Rabatte oder sonstige finanzielle Vergünstigungen, wie insbesondere Skonti bei Vereinbarung von Zahlungszielen“. Diese Begriffe werden in der Begründung nicht erläutert, sondern als vorgeblich geklärt bzw. sich semantisch von selbst verstehend vorausgesetzt. Aus dem Satzbau folgt, dass „finanzielle Vergünstigungen“ den Oberbegriff bilden, während (wie das Adjektiv „sonstige“ verdeutlicht) „Rabatte“ ein Anwendungsfall für diese Vergünstigungen sind. Das sind aber auch die beispielhaft angefügten („wie insbesondere“) „Skonti bei Vereinbarung von Zahlungszielen“, die offenbar etwas anderes als Rabatte sind, aber wie diese finanziell vergünstigend wirken.

Weder der Normtext des § 2 AMPPreisV noch die Begründung lassen einen Bezugsrahmen bzw. Kriterien erkennen, die es gestatten würden, verlässlich zu bestimmen, was mit Rabatten, Skonti und finanziellen Vergünstigungen im konkreten Kontext des § 2 AMPPreisV gemeint ist. Da die Begründung nur Beispiele für Vergünstigungen nennt, können z.B. auch sonstige Skonti, also solche, die nicht auf die Zahlungsziele fokussieren, zu den finanziellen Vergünstigungen gehören, ohne dass klar würde, ob damit alle Skonti aus dem vielfältigen Formenspektrum der Skonti erfasst werden oder nur solche, die eine Ähnlichkeit zu Skonti bei der Vereinbarung von Zahlungszielen aufweisen, wobei zusätzlich unklar bleibt, inwieweit diese Ähnlichkeit bestehen muss und was das entscheidende Wertungskriterium ist, anhand dessen sich die Ähnlichkeit ermitteln lässt.

Gerade im Hinblick auf die Verwendung des Wortes „Skonto“ bzw. „Skonti“ hätte sich einen jeden Zweifel ausschließende Genauigkeit aufdrängen müssen, weil der BGH in seiner schon erwähnten Entscheidung „Großhandelszuschläge II“<sup>29</sup>, die der faktische Anlass für die geplante Neuregelung ist, Skonti in zweifacher Weise unterscheidet: Nach „echten“ Skonti, mit denen eine vertraglich nicht geschuldete Zahlung durch den Käufer vor Fälligkeit abgegolten wird, und nach „unechten“ Skonti, die lediglich die pünktliche Zahlung durch den Käufer

---

<sup>28</sup> Referentenentwurf, S. 42 (zu Nr. 3).

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704.

honorieren.<sup>30</sup> Die im Referentenentwurf beispielhaft genannten „Skonti bei Vereinbarung von Zahlungszielen“ dürften den „unechten Skonti“ entsprechen, aber da sie im Referentenentwurf nur beispielhaft genannt werden, sind möglicherweise auch „echte“ Skonti gemeint, was indes offenbleibt.

Die Unklarheiten werden dadurch verstärkt, dass die Rechtsgrundlage, auf die die AMPreisV gestützt wird (konkret: § 78 Abs. 3 Satz 2 AMG) von „Preisnachlässe[n]“ spricht, ohne dies von Rabatten, Skonti oder (finanziellen) Vergünstigungen abzugrenzen bzw. etwaige (teilweise) abweichende oder deckungsgleiche Bedeutungen zu benennen.<sup>31</sup>

### **bb) Insbesondere: Rabatte**

Diese Unklarheiten werden durch die Wortverwendung im Normtext des geplanten § 2 AMPreisV vertieft. In dessen Satz 2 ist die Rede von „handelsüblichen Rabatten oder Vergünstigungen“. Hier stehen Rabatte und Vergünstigungen als Begriffe nebeneinander, d.h., das Wort (finanzielle) Vergünstigungen fungiert anders als in der Begründung *nicht* als Oberbegriff, unter den sich unterschiedliche Varianten (Rabatte, Skonti etc.) subsumieren lassen. Die These, dass Rabatt und Vergünstigung etwas anderes meinen, ist aber nicht plausibel, wenn die Bedeutung des Wortes Rabatt genauer betrachtet wird.

„Rabatt“ stammt vom älteren italienischen Wort „rabbattere“ (dt. wieder abschlagen; abziehen) sowie dem altfranzösischen Wort „rabatre“ (dt. abziehen, niederdrücken, auch im Sinne von Preisnachlass gewähren),<sup>32</sup> was auch eine der Bedeutungen des heutigen französischen Wortes „rabatre“ ist.<sup>33</sup> Wird der Begriff „Rabatt“, der ersichtlich aus dem romanischen Sprachkreis in die deutsche (Rechts-)Sprache übernommen wurde, ernstgenommen, bezeichnet er einen reduzierten Preis bzw. Wert, der im Vergleich zu einem anderen Preis oder Wert günstiger ausfällt,

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Leitsatz 2, Rn. 34 ff., insbesondere Rn. 37.

<sup>31</sup> Vgl. die Begründung zu § 78 Abs. 3 AMG i.d.F. von Art. 30 Nr. 5 des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) v. 26.03.2007 (BGBl. I S. 378 [461 f.]), BT-Drucks. 16/3100, 199, wo das Wort „Preisnachlässe“ nicht erläutert wird. Dass es sich um Rabatte handeln soll, klingt etwa an bei Brixius, Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, 4. Aufl. 2024, § 78 AMG Rn. 2 a.E., ohne dass auch hier erläutert würde, was mit „Rabatten“ gemeint ist.

<sup>32</sup> Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Rabatt> (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>33</sup> Le Robert Dico en Ligne, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/rabatre> (abgerufen am 03.07.2024): „Diminuer en retranchant (une partie d'une somme). [...] Rabatre une somme sur un prix.“

was bedeutet, dass auf diesen Wert oder Preis etwas nachgelassen wird, mithin ein (Preis-)Nachlass, also eine Vergünstigung erfolgt.<sup>34</sup> So gesehen meinen die als semantische Alternativen nebeneinander stehenden Worte „Rabatte oder Vergünstigungen“ dasselbe. Das bestätigt eine in der juristischen Diskussion verbreitete Definition des Rabatts: „Rabatte sind Preisnachlässe, die sich aus der Gegenüberstellung des vom Unternehmer angekündigten und des im konkreten Verkaufsfall tatsächlich berechneten Preises ergeben.“<sup>35</sup>

Wird aber, wie dies üblicherweise in der juristischen Methodenlehre getan wird,<sup>36</sup> unterstellt, dass der Gesetzgeber unterschiedliche Worte verwendet, um in der Sache Unterschiedliches zu bezeichnen, dann spricht dies auf den ersten Blick zwar nicht zwingend dafür, „die sich im Wortlaut deutlich unterscheidenden Formulierungen harmonisierend mit gleichem Bedeutungsgehalt auszulegen“<sup>37</sup>. Allerdings ist hier zu bedenken, dass beide Worte durch „oder“ verbunden werden, also eine Konjunktion, die ggf. in der Sache ähnliche, aber nicht deckungsgleiche Alternativen verknüpft, was grammatikalisch ebenfalls dagegenspricht, dass beide Worte dasselbe bedeuten, wofür aber, wie dargelegt, ihr kongruenter semantischer Bedeutungsgehalt streitet. Die in der Begründung angelegte Unklarheit, die die Formulierung „finanzielle Vergünstigung“ als Oberbegriff verwendet, wird folglich weiter verstärkt.

Die Unklarheiten wiegen umso schwerer, als es in der gegebenen Wirtschaftsordnung sehr unterschiedliche Berechnungsweisen bzw. Formen des Rabatts gibt: Der Rabatt „wird häufig mit einem Prozentsatz angegeben, kann aber auch aus einem festen Betrag bestehen. Sonderpreise, die den Kunden wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen eingeräumt werden, sind Rabatte (Sondernachlässe). Mengenrabatt ist der wegen eines quantitativ größeren Einkaufs auf den angekündigten Preis eingeräumte Preisnachlass. Warenrabatt ist ein

---

<sup>34</sup> Das führte in der Vergangenheit z.B. auch dazu, dass die Worte Rabatt und Preisnachlass als Synonyme betrachtet wurden, so etwa im (außer Kraft getretenen) Rabattgesetz, dessen vollständiger Titel lautete: „Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz)“, BGBl. III Nr. 43-5-1, aufgehoben durch das Gesetz v. 23.07.2001 (BGBl. I S. 1663); zur Kritik am Rabattgesetz in rechtshistorischer Perspektive, die freilich an der synonymen Wortgebrauchsweise nichts ändert, Rath, LTO v. 25.07.2021, <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/rabattgesetz-ns-gesetzgeber-20-jahre-nach-abschaffung-wirtschaft-justiz-rechtsgeschichte-1/> (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>35</sup> Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, GWB, Kommentar, 8. Aufl. 2023, § 4a UWG Rn. 55.

<sup>36</sup> S. beispielhaft für diese bei der Gesetzesauslegung allgemein vorausgesetzte Annahme nur Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 119, dass „das Gesetz in der Regel nur Vorschriften enthält, die auch eine Bedeutung haben [...]“.

<sup>37</sup> So – unabhängig vom hier interessierenden Thema, aber mit Blick auf die vorliegend relevante auslegungsmethodische Problematik formuliert – BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 5 C 13/15 –, BVerwGE 155, 140, juris, Rn. 35.

Mengenrabatt, der nicht durch einen Preisabschlag, sondern durch eine Mehrlieferung von Waren gewährt wird.<sup>38</sup> Bei Umsatzrabattsystemen als Variante des Mengenrabatts ist die Berechnungsgrundlage für die Rabattgewährung der in einer Referenzperiode erzielte Umsatz und damit die bezogene Gesamtmenge.<sup>39</sup> Es gibt „Treuerabatte, die unter der Bedingung gewährt werden, dass der Abnehmer seinen Bedarf an bestimmten Waren oder gewerblichen Leistungen ganz oder überwiegend bei dem betreffenden Lieferanten deckt“<sup>40</sup>. „Bei Funktionsrabatten wird dem Abnehmer ein Rabatt dafür eingeräumt, dass sich dieser zur Übernahme bestimmter Aufgaben (Lagerhaltung, Beratung, Bearbeitung von Garantiefällen) oder Erbringung bestimmter Sonderleistungen (zusätzliche Kundendienstleistungen, Verkaufsförderungsmaßnahmen, Vorhalten besonders ausgestatteter Verkaufsräume) verpflichtet und diese auch tatsächlich wahrnimmt und somit den Endabnehmern Versorgungssicherheit sowie gleichbleibende Qualität der Produkte sichert.“<sup>41</sup> „Barzahlungsrabatte sind eine Unterkategorie der Funktionsrabatte. Sie werden gewährt, wenn der Abnehmer die zu zahlende Summe bar begleicht und dem Lieferanten damit zusätzliche Kosten einer elektronischen Zahlung sowie das Warten auf den Zahlungseingang erspart.“<sup>42</sup> „Markteinführungsrabatte werden gewährt, um dem Händler eine Kompensation für dessen erhöhten Auslagen und Kosten für Werkzeuge etc. zu gewähren, die aufgrund der Unbekanntheit eines neuen Produkts typischerweise für dessen Markteinführung erforderlich sind.“<sup>43</sup>

Vor diesem Hintergrund ist leicht zu erkennen, dass Rabatte in unterschiedlichen Formen auftreten. Manche Rabattformen ähneln einander (wie etwa der Mengen- und der Umsatzrabatt zeigen). Rabattformen können zudem ineinander übergehen bzw. sie können kombiniert werden. Auch mit Blick auf die Formenvielfalt denkbarer Rabatte gilt, dass weder dem Normtext noch die Begründung einen aussagekräftigen Referenzrahmen zu erkennen gibt, der es gestattet, den Worten „Rabatt“ und „Vergünstigung“ eine distinkte Bedeutung zuzuordnen.

Dagegen, dass der Gesetzgeber jede bzw. irgendeine Bedeutung des Wortes Rabatt oder Vergünstigung verbindlich machen wollte, spricht, dass der geplante § 2 AMPPreisV nicht anordnet,

---

<sup>38</sup> Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, *GWB*, Kommentar, 8. Aufl. 2023, § 4a UWG Rn. 55.

<sup>39</sup> Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 7. Aufl. 2024, § 19 *GWB* Rn. 157.

<sup>40</sup> Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 7. Aufl. 2024, § 19 *GWB* Rn. 159.

<sup>41</sup> Meßmer, Martinek/Semler/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, § 42 Rn. 8.

<sup>42</sup> Meßmer, Martinek/Semler/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, § 42 Rn. 9.

<sup>43</sup> Meßmer, Martinek/Semler/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, § 42 Rn. 10.

dass alles und jedes ohne Weiteres zulässig sei. Der Normtext verwendet zwar, wie dargelegt, vergleichsweise unbestimmte Begriffe. Und doch impliziert die Wahl bestimmter Wörter, dass damit Bedeutungen – und seien sie noch so schwach konturiert – markiert werden sollen, die zugleich andere Bedeutungen ausschließen. Diese gesetzsprachliche Klarstellungsleistung gelingt dem Normgeber, wie dargelegt, zwar letztlich nicht. Aber das heißt nicht, dass er auf jeden Begrenzungseffekt seiner Wortwahl verzichten wollte, mag er dies auch nur sehr unvollkommen umgesetzt haben.

### cc) „Handelsübliche“ Rabatte oder Vergünstigungen

Die Unklarheiten werden schließlich vertieft durch das Wort „handelsüblich“ (in der Formulierung „handelsüblichen Rabatten oder Vergünstigungen“).

Der Begriff „handelsüblich“ wird bisher weder in der AMPPreisV<sup>44</sup> noch im Arzneimittelgesetz (AMG)<sup>45</sup> verwendet. Der Normtext des geplanten § 2 Satz 2 AMPPreisV spricht auch nicht etwa von „großhandelsüblich“, sondern lässt Deutungen zu, die über den pharmazeutischen Großhandel hinaus andere Handelsstufen jenseits der Arzneimitteldistribution, etwa die Arzneimittelherstellung, erfassen. Ob der geplante § 2 Satz 2 AMPPreisV möglicherweise bei Wortverwendungsweisen anknüpfen will, die aus anderen Gesetzeswerken bzw. Rechtsgebieten bekannt sind, bleibt offen. Selbst wenn es so wäre, verhält sich weder der Normtext noch die Begründung dazu, wie im Rahmen des § 2 Satz 1 AMPPreisV mit den Unwägbarkeiten und Unklarheiten umzugehen ist, die für andere Bereiche des Rechts bekannt sind, in denen das Wort „handelsüblich“ Verwendung findet.

So heißt es etwa, die Handelsüblichkeit richte sich „nach den Gewohnheiten und Gebräuchen, die in der jeweiligen Branche gelten“, wobei auf „die überwiegende Anzahl der in der betreffenden Branche tätigen Unternehmer“ abgestellt wird.<sup>46</sup> Gleichzeitig wird aber betont: „Handelsüblich ist, was sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen

---

<sup>44</sup> Vgl. die Fassung der AMPPreisV, die zuletzt am 03.07.2024 unter <https://www.gesetze-im-internet.de/ampreisv/BJNR021470980.html> abgerufen wurde.

<sup>45</sup> Vgl. die Fassung des AMG, die zuletzt am 03.07.2024 unter [https://www.gesetze-im-internet.de/amg\\_1976/BJNR024480976.html](https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/BJNR024480976.html) abgerufen wurde.

<sup>46</sup> Busche, in: Oetker (Hrsg.), HGB, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 87d Rn. 9.



vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten hält [...].<sup>47</sup> D.h., die Definition changiert zwischen einer quantitativen und einer qualitativen („vernünftig“) Betrachtung und setzt Klarheit über eine „allgemeine Auffassung“ oder in der Branche faktisch praktizierte Gewohnheiten und Gebräuche voraus. Was „die Bräuche in der Branche“<sup>48</sup> sind, ob es solche, zudem allgemein (oder auch nur überwiegend) anerkannten Usancen in der Branche – ist nur der pharmazeutische *Großhandel* gemeint? – überhaupt gibt, bleibt im Normtext des geplanten § 2 Satz 2 AMPPreisV und seiner Begründung offen. Ohne eine operable Konkretisierung ist der Begriff praktisch nicht handhabbar.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die geplante Neuregelung des § 2 AMPPreisV nicht nur konzeptionell inkonsistent und höchst unbestimmt ist, sondern zudem nicht erkennbar ist, welchen Regelungszweck der geplante § 2 AMPPreisV genau verfolgt, wie dieser sich zum öffentlichen Versorgungsauftrag der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen verhält und inwiefern die Preisreglementierungen, die der geplante § 2 AMPPreisV vornimmt, diesen öffentlichen Versorgungsvertrag zu erfüllen erlauben.

---

<sup>47</sup> Sosnitza in: Sosnitza/Meisterernst (vormals Zipfel/Rathke), Lebensmittelrecht, Stand: 188. Ergänzungslieferung, November 2023, § 7 HWG Rn. 37.

<sup>48</sup> Roth/Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen (Hrsg.), HGB, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 87d Rn. 4.

## C. Verfassungsrechtliche Würdigung

Der geplante § 2 AMPreisV ist verfassungswidrig. Er verletzt die vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

### I. Schutzbereich

Die pharmazeutischen Großhandelsunternehmen (Großhandlungen) können sich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit berufen. Pharmazeutische Großhandlungen sind Handelsunternehmen, die einen „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ausüben, weil sie eine auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, also Erwerbszwecken<sup>49</sup> dienende sowie nicht verbotene,<sup>50</sup> sondern – wie § 52b AMG belegt – sozial erwünschte Tätigkeit ausüben.<sup>51</sup> Auf Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage gerichtet ist die berufliche Tätigkeit insbesondere dann, wenn sie auf Erträge und Gewinne ausgerichtet ist (Berufs[ausübungs]freiheit<sup>52</sup> als „Gewinnerzielungsfreiheit“<sup>53</sup>), weil in aller Regel die Absicht, lebenserhaltende Mittel zu erwirtschaften, das Streben nach Überschüssen (also auch Gewinnen), die über den Tag hinausreichen, beinhaltet.<sup>54</sup>

Zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in ihrer Bedeutung als Berufsausübungsfreiheit gehört auch die Freiheit, Preise für Güter und Leistungen selbst festzulegen, die eigenen Preisvorstellungen am Markt bzw. im Wettbewerb gegenüber potentiellen Kunden (Nachfragern) zu

---

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 –, BVerfGE 148, 40 (50).

<sup>50</sup> Ob dieses (meist einfachrechtlich geprägte) Kriterium ein Element des Schutzbereichs ist (wie in der Literatur häufig noch angenommen), wird vom BVerfG inzwischen bezweifelt, BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 –, BVerfGE 153, 182, Rn. 311. Diese Streitfrage kann vorliegend dahinstehen, denn die Tätigkeit der pharmazeutischen Großhandlungen ist unstreitig nicht per se verboten, was vor allem § 52b AMG verdeutlicht.

<sup>51</sup> Allg. hierzu Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 231 ff.

<sup>52</sup> Gemeint sind – im Unterschied zur Berufswahl – alle Modalitäten der Berufsausübung, etwa Form, Vorgehensweisen, Mittel und Umfang Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 232.

<sup>53</sup> Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 256 (Begriff übernommen von Bogs, FS für Krasney, 1997, S. 25 [32]).

<sup>54</sup> Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 231 (dortige Fn. 109), S. 256.

vertreten und mit diesen Vereinbarungen über den letztendlich verlangten Preis zu treffen („Preisautonomie“<sup>55</sup>). In den Worten des BVerfG:

„Die Garantie der freien Berufsausübung schließt auch die Freiheit ein, das Entgelt für berufliche Leistungen mit den Interessenten auszuhandeln [...]“<sup>56</sup>, ferner die Befugnis, „die Vergütung [...] in der gewünschten Weise festzusetzen und abzurechnen.“<sup>57</sup>

Dem entspricht ein grundrechtlicher Anspruch auf möglichst weitreichende Freiheit von staatlicher Preisregulierung:

„Jede Preisreglementierung berührt die berufliche Betätigung, enthält also eine Berufsausübungsregelung [...]“<sup>58</sup> Denn die Freiheit der Berufsausübung ist „das Recht, eine Tätigkeit als Beruf [...] möglichst unreglementiert auszuüben [...]“<sup>59</sup>

Die Berufsfreiheit kann nicht nur von natürlichen Personen beansprucht werden, sondern auch von Unternehmen wie jenen des vollversorgenden pharmazeutischen Großhandels, die sich – in unterschiedlicher Weise zivilrechtlich organisiert (GmbH, KG, GmbH & Co. KG, eG) – kraft Art. 19 Abs. 3 GG auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen dürfen.<sup>60</sup> Sie sind gemäß Art. 19 Abs. 3 GG „juristische Personen“ im spezifischen Sinne dieser Bestimmung des Grundgesetzes.<sup>61</sup> Auf die Frage, ob sie im zivilrechtlichen Sinne juristische Personen sind, kommt es nicht an, denn sie sind es im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG. Die Berufsfreiheit mit all ihren Bedeutungsdimensionen erweist sich insoweit als Unternehmensfreiheit und schützt die unternehmerische Tätigkeit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen in all ihren Dimensionen.

<sup>55</sup> Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 467 (dort auch: „Preisbestimmungsrecht“); s. hierzu auch S. 255 („Preisbeeinflussungs- bzw. Preisbildungsmacht“); ferner S. 232 f.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04 –, BVerfGE 117, 163, juris, Rn. 59.

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.10.1990 – 1 BvR 283/85 –, BVerfGE 83, 1 (13).

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (244). – Zur Eingriffsqualität näher unter C. II.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.09.2016 – 1 BvR 1326/15 –, MedR 2017, 223, juris, Rn. 21.

<sup>60</sup> Allg. hierzu BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 –, BVerfGE 148, 40 (50).

<sup>61</sup> Huber, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 255 ff., 259 ff.

## II. Eingriff, insbesondere berufsregelnde Tendenz und Veränderung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen mit Eingriffsqualität

§ 2 AMPPreisV greift in die Berufsfreiheit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen ein.

„Eingriff“ ist nach dem sog. modernen Eingriffsbegriff jede dem Staat, etwa dem Gesetzgeber, zuzurechnende Maßnahme, die die Ausübung eines im Schutzbereich liegenden Verhaltens verunmöglicht bzw. wesentlich erschwert.<sup>62</sup> Im Hinblick auf die Berufsfreiheit sind Besonderheiten zu beachten.

Nach der ständigen Rechtsprechung<sup>63</sup> des BVerfG gilt, dass die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

„lediglich vor solchen Beeinträchtigungen [schützt], die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Es genügt nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet. Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet seine Schutzwirkung vielmehr nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder zumindest die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben [...]“<sup>64</sup> Folglich ist eine „objektiv berufsregelnde Tendenz [...] gegeben, wenn eine Regelung im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden [...], oder wenn sie die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändert und aufgrund ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht [...]. Dabei kommt es nicht nur auf die Zielsetzung, sondern auch auf die tatsächlichen Auswirkungen an [...]. Die berufliche Tätigkeit muss zudem durch die Regelung ‚nennenswert behindert‘ werden [...]“<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 338 ff.

<sup>63</sup> Hinweis darauf („stRspr“) z.B. bei BVerfG, Beschl. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11 –, BVerfGE 156, 63, Rn. 224.

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.09.2022 – 1 BvR 2380/21 –, BVerfGE 163, 107, Rn. 73.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11 –, BVerfGE 156, 63, Rn. 225.

Dies hat das BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG mit Blick auf den Auftritt von Unternehmen am Wettbewerbsmarkt folgendermaßen präzisiert:

„Allerdings schützt die Berufsfreiheit grundsätzlich nicht vor bloßen Veränderungen der Marktdaten und Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit. In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Marktteilnehmer haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen [...] Regelungen, die die Wettbewerbssituation der Unternehmen lediglich im Wege faktisch-mittelbarer Auswirkungen beeinflussen, berühren den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht [...].

Die Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht jedoch dann, wenn Normen, die zwar selbst die Berufstätigkeit nicht unmittelbar berühren, aber Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern, in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen [...], die mittelbaren Folgen also kein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind [...].“<sup>66</sup>

Was das BVerfG vor diesem Hintergrund, bezogen auf staatliches (amtliches) Informationsverhalten, ausführt, gilt entsprechend für staatlich veranlasste Maßnahmen, die die Preisbildung betreffen:

„Die amtliche Information der Öffentlichkeit kann in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent jedenfalls dann gleichkommen, wenn sie direkt auf die Marktbedingungen konkret

---

<sup>66</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 –, BVerfGE 148, 40 (50 f.).

individualisierter Unternehmen zielt, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.“<sup>67</sup>

Gemessen daran handelt es sich bei dem geplanten § 2 AMPPreisV um einen abstrakt-generellen Hoheitsakt, der sich auf die Berufstätigkeit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen bezieht und in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommt.

Die Norm bezieht sich auf die grundsätzlich im Rahmen der Preisspannen von § 2 AMPPreisV bestehende Preisbildungsfreiheit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen, die nicht nur im Sinne eines bloßen Reflexes bzw. lediglich mittel-faktischer Auswirkungen, sondern gezielt beeinflusst werden soll. Obgleich die Regelung im Einzelnen höchst unbestimmt ist,<sup>68</sup> dürfte ihr zumindest die Absicht zu entnehmen sein, den Wettbewerb unter den pharmazeutischen Großhändlern untereinander und mit den nachfragenden Apotheken(einkaufsgemeinschaften) zu beleben bzw. anzufachen. D.h., die Verhandlungen über Preise werden nicht den Marktakteuren selbst überlassen, sondern die Regelung des § 2 AMPPreisV schafft bewusst einen latenten ökonomischen Zwang der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen, sich – ohne dass klare Begrenzungen einer solchen Preisdynamik normiert würden – dieser Dynamik auszusetzen, solange sie am Großhandelsmarkt auftreten wollen. Diese Dynamik ist aber nicht selbst gewählt, sondern wird durch § 2 AMPPreisV seitens des Staates gezielt durch eine zudem unbestimmte<sup>69</sup> Vorschrift in Gang gebracht. Auf diese Weise wird in die für vollversorgende pharmazeutische Großhandlungen, also konkret individualisierte Unternehmen, Markt- bzw. Wettbewerbsbedingungen interveniert, denn die Grundlagen für Preisbildungsentscheidungen werden zweckgerichtet beeinflusst, d.h., die Markt- und Wettbewerbssituation werden so zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.

Zu den tatsächlichen Auswirkungen s. auch die Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024, insbesondere S. 1-5.

---

<sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.03.2018 – 1 BvF 1/13 –, BVerfGE 148, 40 (51).

<sup>68</sup> Dazu B. III. 2.

<sup>69</sup> Dazu B. III. 2.

Das Ergebnis, dass es sich bei Regelungen gemäß § 2 AMPPreisV um Eingriffe in die Berufsfreiheit handelt, teilt auch der BGH.<sup>70</sup> Es entspricht auch der sonstigen Rechtsprechung des BVerfG, die im Ergebnis bei arzneimittelpreisregulierenden Bestimmungen ebenfalls einen Eingriff in die Berufsfreiheit angenommen hat.<sup>71</sup>

### **III. Rechtfertigung**

Der durch § 2 AMPPreisV bewirkte Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler genügt den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen nicht. Er verfehlt bereits die in Art. 12 Abs. 1 GG angelegten und im Einzelnen aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Bestimmtheitsanforderungen (dazu 1.).

Ferner verstößt § 2 AMPPreisV gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in seiner Bedeutung als Vorrang des Gesetzes, denn der geplante § 2 AMPPreisV ist nicht mit § 78 Abs. 1 Nr. 1 und § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG vereinbar (dazu 2.).

Schließlich lässt sich § 2 AMPPreisV nicht in Einklang mit den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) bringen (dazu 3.).

#### **1. Unvereinbarkeit des § 2 AMPPreisV mit dem allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)**

Art. 12 Abs. 1 GG verlangt hinreichend bestimmte Eingriffe.<sup>72</sup> In der Sache knüpft Art. 12 Abs. 1 GG damit an das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) an. Danach gilt:

---

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 45; ferner BGH, Urt. v. 05.10.2017 – I ZR 172/16 –, GRUR 2017, 1281, Rn. 41.

<sup>71</sup> BVerfG, Beschl. v. 01.09.1999 – 1 BvR 264/95 –, NJW 2000, 1781, juris, 17 ff.; s. auch BVerfG, Beschl. v. 20.12.1990 – 1 BvR 1418/90 –, DVBl 1991, 205, juris, Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (244); s. auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2020 – 3 C 20/18 –, BVerwGE 169, 142, Rn. 19.

<sup>72</sup> Zusf. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 38 mit weit. Nachw.

„Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben es Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass die betroffenen Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können [...]. Der Gesetzgeber ist dabei gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist [...]. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen zu stellen sind, richtet sich auch nach der Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe [...]. Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen [...]. Verbleibende Ungewissheiten dürfen nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet sind [...].“<sup>73</sup>

Weiter ist zu beachten:

„Der Grad der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit hängt dabei von den Besonderheiten des in Rede stehenden Sachbereichs und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung geführt haben. Dabei sind die Bedeutung des Regelungsgegenstandes und die Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe ebenso zu berücksichtigen wie der Kreis der Anwender und Betroffenen der Norm sowie deren konkretes Bedürfnis, sich auf die Normanwendung einstellen zu können ([...] stRspr). Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen [...].“<sup>74</sup> „Die von der Norm Betroffenen müssen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten

---

<sup>73</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12 –, BVerfGE 145, 20, Rn. 125.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21 –, BVerfGE 161, 299, Rn. 142.



danach einrichten können. Unvermeidbare Auslegungsschwierigkeiten in Randbereichen sind von Verfassungen wegen hinzunehmen [...].<sup>75</sup>

Gemessen daran ist § 2 AMPPreisV in rechtsstaatlich untragbarer Weise unbestimmt.

Wie oben dargelegt, erweist sich bereits die Begriffsverwendung im geplanten § 2 AMPPreisV als Kette von Unklarheiten. Schon Begriffe wie Rabatt oder Vergünstigung sind, auch unter Berücksichtigung der ebenfalls hochunklaren Begründung, nicht aussagekräftig. Selbst unter Beachtung des Wissens von Kennern des in Rede stehenden Wirtschaftsbereichs lassen sich die Unklarheiten nicht beheben, weil, wie dargelegt, jeder verlässliche Referenzrahmen fehlt, der eine Interpretation mit Aussicht auf semantische Klarheit gestattet. Es handelt sich auch nicht um unvermeidbare Auslegungsschwierigkeiten, die gleichsam in der Natur der Sache lägen, denn alle Unbestimmtheiten ließen sich durch eine präzise Gesetzessprache, durch Legaldefinition und aussagekräftige Ausführungen in der Begründung vermeiden, woran es aber durchweg fehlt.

Die bereits durch den Wortlaut akkumulierte Unbestimmtheit führt dazu, dass die Regelungswirkung des § 2 AMPPreisV im Detail unklar bleibt. Letztlich zwingt der geplante § 2 AMPPreisV hinsichtlich zentraler Begrifflichkeiten zu semantischen Spekulationen, so dass die Vorhersehbarkeit des unternehmerischen Handelns, aber auch die Justiziabilität der Vorschrift, die wiederum die Vorhersehbarkeit mitbeeinflusst, verfehlt werden. Es verbleiben nicht nur punktuelle Ungewissheiten, sondern die Vorschrift ist insgesamt wesentlich von Ungewissheit geprägt, was – in den Worten des BVerfG – nicht zulasten der Normbetroffenen (hier: der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen) gehen darf.

Der geplante § 2 AMPPreisV ist somit bereits wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) verfassungswidrig.

---

<sup>75</sup> BVerwG, Urt. v. 29.08.2019 – 7 C 29/17 –, BVerwGE 166, 233, juris, Rn. 39.

## 2. Unvereinbarkeit des § 2 AMPreisV mit dem Rechtsstaatsprinzip als Garantie des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)

### a) § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG

Der geplante § 2 AMPreisV verstößt auch gegen Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG in seiner Bedeutung als Garantie des Vorrangs des Gesetzes, denn § 2 AMPreisV ist mit der Ermächtigungsgrundlage des § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG unvereinbar.

Zum Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört u.a. der sog. Vorrang des Gesetzes, d.h., (auch) die normsetzende Verwaltung ist an die Vorgaben des höherrangigen – verfassungs- oder parlamentsgesetzlichen – Rechts gebunden.<sup>76</sup> Das gilt für die normsetzende Verwaltung auch insoweit, als sie an eine parlamentsgesetzliche Rechtsgrundlage gebunden ist, die ihr den Erlass einer Rechtsverordnung gestattet.<sup>77</sup>

Der geltende<sup>78</sup> § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG sieht vor, dass das

„Bundesministerium für Wirtschaft und Energie [...] ermächtigt [wird], im Einvernehmen mit dem Bundesministerium [für Gesundheit, vgl. § 6 Abs. 2 AMG] durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates [...] Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel oder in Apotheken im Wiederverkauf abgegeben werden, [...] festzusetzen.“

Der geltende<sup>79</sup> § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG lautet:

„Die Preise und Preisspannen müssen den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, der Apotheken und des Großhandels Rechnung tragen; zu den

<sup>76</sup> Zuf. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 51 ff.

<sup>77</sup> Hierzu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 54.

<sup>78</sup> Maßgeblich ist die am 03.07.2024 abgerufene Fassung des § 78 AMG, [https://www.gesetze-im-internet.de/amg\\_1976/\\_\\_78.html](https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/__78.html).

<sup>79</sup> Maßgeblich ist die am 03.07.2024 abgerufene Fassung des § 78 AMG, [https://www.gesetze-im-internet.de/amg\\_1976/\\_\\_78.html](https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/__78.html).

berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher gehört auch die Sicherstellung der Versorgung sowie die Bereitstellung von Arzneimitteln nach § 52b.“ *[gemeint ist § 52b AMG]*

Das Wort „Preisspanne“ enthält u.a. das Wort „Spanne“, das in Anlehnung an ein altes Längenmaß (Spanne) als Synonym für „Spielraum“ bzw. „Bandbreite“ gilt.<sup>80</sup> D.h., festgelegt wird kein Preis, sondern ein Spielraum von Summen, die als Preise in Frage kommen. Markiert wird folglich ein Preiskorridor, aus dem nach Maßgabe bestimmter bzw. bestimmbarer Unter- bzw. Obergrenzen (Höchstgrenzen) eine Summe als Preis ausgewählt werden kann.

Dieses Verständnis von Preisspanne hat § 78 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 AMG aus § 37 Arzneimittelgesetz von 1961 übernommen.<sup>81</sup> Weder in der Begründung zum § 37 Arzneimittelgesetz 1961<sup>82</sup> noch in der Begründung zum heutigen § 78 AMG<sup>83</sup> wird der Begriff der Preisspanne erläutert. Die Verweise in der Begründung zu § 37 Arzneimittelgesetz 1961 auf die frühere „Deutsche Arzneitaxe“<sup>84</sup> und den früheren, mit Inkrafttreten des Arzneimittelgesetzes von 1961 außer Kraft getretenen<sup>85</sup> § 80 der Gewerbeordnung (GewO)<sup>86</sup>, der die Festsetzung der „Taxen für Apotheker“ (§ 80 Abs. 1 GewO) betrifft,<sup>87</sup> verdeutlichen, dass nach dem Vorbild der früheren Regelungstechnik „Preisspanne festsetzen“ bedeutet: Zu definieren sind Preisberechnungsbestandteile und -regeln, die zum Entstehen eines Spielraums führen können, in dem Preise festgelegt werden können. Diese Regelungstechnik prägte auch die frühere sog.

---

<sup>80</sup> Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Spanne> (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>81</sup> Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) v. 16.05.1961 (BGBl. I S. 533 [541]).

<sup>82</sup> BT-Drucks. 3/654, S. 24 f. (zu § 33 des Entwurfs = § 37 Arzneimittelgesetz 1961).

<sup>83</sup> BT-Drucks. 7/3060, S. 60 (zu § 72 des Entwurfs = § 78 AMG); die Begründung verweist auf § 37 Arzneimittelgesetz 1961.

<sup>84</sup> Abrufbar – beginnend 1905 – unter [https://leopard.tu-braunschweig.de/receive/dbbs\\_mods\\_00000786](https://leopard.tu-braunschweig.de/receive/dbbs_mods_00000786) (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>85</sup> § 65 Abs. 1 Nr. 1 Arzneimittelgesetz 1961 (BGBl. 1961 I S. 533 [545]).

<sup>86</sup> § 80 Abs. 1 i.d.F. der GewO für den Norddeutschen Bund (BGBl. des Norddeutschen Bundes, Bd. 1869, Nr. 26, S. 245): „Die Taxen für die Apotheker können durch die Centralbehörden festgesetzt werden, Ermäßigungen derselben durch freie Vereinbarungen sind jedoch zulässig.“

<sup>87</sup> Dazu von Landmann, GewO, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 1907, S. 612 ff. (Kommentierung zu § 80 GewO).

Preisspannenverordnung<sup>88</sup>, die vor Inkrafttreten der AMPPreisV bestand,<sup>89</sup> und sie prägt auch die AMPPreisV (so etwa abzulesen an dem noch geltenden § 2 AMPPreisV).

Diesem Verständnis von „Preisspanne“ i.S. des § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG genügt der geplante § 2 AMPPreisV nicht.

Wie dargelegt, ist der Regelungsgehalt des geplanten § 2 AMPPreisV so zu verstehen, dass der Mindestpreis aufgegeben und zugleich eine praktisch kaum limitierte Preisdynamik „nach unten“ entfacht wird.<sup>90</sup> Es wird folglich ein Prozess in Gang gesetzt bzw. begünstigt, der keine Grenzen „nach unten“ mehr kennt. Damit fehlt es aber an einer Spanne, es besteht also kein „nach oben“ und „nach unten“ begrenzter Korridor der Preisbildung. Dieser Entgrenzungseffekt wird, wie erläutert, durch höchst unbestimmte Begriffe wie Rabatt und Vergünstigung verstärkt. § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG gibt aber gerade vor, dass ein Preiskorridor – eine Preisspanne – bestimmt werden bzw. bestimmbar sein muss. Genau dies ist hier nicht der Fall.

Das aber bedeutet, dass der geplante § 2 AMPPreisV § 78 Abs. 1 Nr. 1 AMG nicht genügt und folglich die Bindung der Verordnung an die parlamentsgesetzliche Vorgabe (Art. 20 Abs. 3 GG) verfehlt.

Zu bedenken ist hierbei, dass eine durch Parlamentsgesetz geänderte Rechtsverordnung – auch § 2 AMPPreisV soll durch ein Parlamentsgesetz (das Apotheken-Reformgesetz [ApoRG])<sup>91</sup> geändert werden – nach der Rechtsprechung des BVerfG, das damit eine jahrzehntelange Staatspraxis gutgeheißen hat,<sup>92</sup> zwar eine Rechtsverordnung bleibt,<sup>93</sup> dies aber nur dann, wenn „der Gesetzgeber von dieser Praxis nur in den generellen Grenzen einer Verordnungsermächtigung Gebrauch macht“<sup>94</sup>. Insoweit weist das BVerfG ausdrücklich darauf hin, der Gesetzgeber sei

---

<sup>88</sup> Verordnung über Preisspannen für Fertigarzneimittel v. 17.5.1977 (BGBl. I S. 789).

<sup>89</sup> Die sog. Preisspannenverordnung trat gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 AMPPreisV v. 14.11.1980 (BGBl. I S. 2147) außer Kraft.

<sup>90</sup> B. III. 2. a.

<sup>91</sup> Zum Referentenentwurf oben unter A.

<sup>92</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (234).

<sup>93</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (238); ferner Leitsatz 2.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (238) – kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

„an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden“<sup>95</sup>. Sie aber werden gerade, wie dargelegt, durch den geplanten § 2 AMPPreisV missachtet.

#### **b) § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG**

Hinzu kommt, dass der Normgeber des geplanten § 2 AMPPreisV auch die Vorgaben des § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG unbeachtet lässt. Anhand der Begründung lässt sich nicht erschließen, dass sich der Normgeber vergewissert hätte, was die „berechtigten Interessen“ der pharmazeutischen Großhändler sind. Ebenso wenig sind Erwägungen erkennbar, die sich auf die „berechtigten Interessen“ der Arzneimittelverbraucher – also der Patientinnen und Patienten – beziehen bzw. die Sicherstellung der Versorgung sowie die Bereitstellung von Arzneimitteln nach § 52b AMG<sup>96</sup> durch die vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler in den Blick nähmen. So fehlen auch in tatsächlicher Hinsicht tragfähige Ausführungen zu der Frage, wieso der geplante § 2 AMPPreisV die verlässliche Versorgung der Patientinnen und Patienten nicht gefährdet bzw. ihr dienlich ist. Angesichts der hochrangigen Güter, die über § 52b AMG geschützt werden sollen – Leben und körperliche Unversehrtheit von Patientinnen und Patienten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) –, muss der Normgeber das Gefährdungspotential erkennbar bewerten und ggf. – gestützt auf auch in tatsächlicher Hinsicht tragfähige Gründe – ausschließen.

Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber in der Regel<sup>97</sup> nur das Gesetz und nicht die Gesetzesbegründung schuldet.<sup>98</sup> Gleichwohl ist die Begründung ein wichtiger Anhaltspunkt dafür, dass der Normgeber die ihm aufgegebenen Erwägungen auch tatsächlich vorgenommen hat, weshalb die Begründung umso nötiger ist, je mehr eine Regelungsmaterie die grundrechtliche Freiheit beeinträchtigt.<sup>99</sup> Wo die Begründung schweigt, liegt der Schluss nahe, dass der Normgeber die ihm parlamentsgesetzlich aufgegebenen Kriterien (vgl. § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG) übersehen, fehlgewichtet oder übergangen hat.

---

<sup>95</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196 (239).

<sup>96</sup> B. III. 2. b.

<sup>97</sup> Ausnahmsweise ist dies gleichwohl der Fall s. etwa zur staatlichen Parteienfinanzierung BVerfG, Urt. v. 24.01.2023 – 2 BvF 2/18 –, BVerfGE 165, 206, Rn. 128 ff., oder zur Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 –, BVerfGE 125, 175 (224 f.).

<sup>98</sup> BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 –, BVerfGE 143, 246, Rn. 279; BVerfG, Beschl. v. 29.09.2022 – 1 BvR 2380/21 –, BVerfGE 163, 107, Rn. 86.

<sup>99</sup> Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 320 ff.

Da die Begründung zu § 2 AMPreisV keine tragfähigen Ausführungen enthält und solche auch nicht ersichtlich sind, genügt der geplante § 2 AMPreisV auch den Vorgaben des § 78 Abs. 2 Satz 1 AMG nicht. Deshalb ist der geplante § 2 AMPreisV insoweit mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in seiner Bedeutung als Vorrang des Gesetzes nicht vereinbar.

### 3. Unverhältnismäßigkeit des § 2 AMPreisV

Der geplante § 2 AMPreisV verletzt Art. 12 Abs. 1 GG auch deswegen, weil er unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit (Unternehmensfreiheit) der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler eingreift.

#### a) Zum Prüfungsmaßstab, insbesondere zum verengten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum im Lichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dienenden besonderen öffentlichen Versorgungsauftrags der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen (§ 52b AMG)

Im Hinblick auf Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG gilt:

„In das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden (stRspr [...]). Der Eingriff muss zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und darf nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen [...].“<sup>100</sup>

Die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs setzt voraus, dass mit der gesetzlichen Regelung, die den Grundrechtseingriff bewirkt, ein verfassungsrechtlich legitimer Regelungszweck bzw. – was dasselbe meint – ein verfassungsrechtlich legitimes Regelungsziel verfolgt wird.<sup>101</sup> Hierbei gilt:

<sup>100</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12 –, BVerfGE 145, 20, Rn. 121; „stRspr“ = ständige Rechtsprechung.

<sup>101</sup> Zusf. hierzu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 116 f.

Dem „Gesetzgeber [steht] nicht nur bei der Festlegung der von ihm ins Auge gefassten Regelungsziele, sondern auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten darf, ein *weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum* zu [...], der vom Bundesverfassungsgericht je nach der *Eigenart* des in Rede stehenden Sachbereichs, den *Möglichkeiten*, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann [...]. Bei der *Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen*, und bei der *Beurteilung der Maßnahmen*, die der *Verhütung* und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers *erst überschritten*, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so *fehlsam* sind, dass sie *vernünftigerweise* keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können [...].“<sup>102</sup>

Das „fehl“ in „fehlsam“ meint, „dass etwas als fehlerhaft, verfehlt oder falsch angesehen wird“<sup>103</sup>, u.U. auch deswegen, weil etwas gar nicht gesehen wurde, obgleich es vernünftigerweise,<sup>104</sup> also bei unbefangener Sicht auf die sorgfältig ausgewerteten Informationen zum in Rede stehenden Sachbereich, hätte gesehen werden müssen, weil es sich aufdrängt. In diesem Sinne trifft den Gesetzgeber eine Obliegenheit zur Auseinandersetzung mit den zum jeweiligen Regelungsproblem verfügbaren fachlichen Informationen und Einschätzungen, die nicht (selektiv) beachtet oder ignoriert werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, seine Erwägungen in der Gesetzesbegründung vollständig aufzuführen, er kann die Erwägungen, die seine Gefahreinschätzung und die Beurteilung der gewählten Maßnahmen zur Verhütung einer Gefahr geleitet haben, auch noch in einem Verfahren vor dem BVerfG vortragen.<sup>105</sup> Allerdings muss er sich zunächst einmal an den Erwägungen festhalten lassen, die er in der Gesetzesbegründung vorträgt – oder auf die er dort verzichtet. Der weite

---

<sup>102</sup> BVerfG, Urt. v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141, juris, Rn. 66. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt; ebenso z.B. auch BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 –, NJW 2012, 1062, juris, Rn. 29; anstelle der „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs“ ist in der Rechtsprechung des BVerfG auch von den „Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets“ die Rede, so etwa BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987 – 1 BvR 1086, 1468, 1623/82 –, BVerfGE 77, 84 (106), juris, Rn. 75.

<sup>103</sup> Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (DWDS), Affix „fehl-“, <https://www.dwds.de/wb/fehl-> (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>104</sup> U.a. zur umgangssprachlichen Bedeutung von „vernünftig“ (im Sinne von „wie man es erwartet, ordentlich, angemessen, gut“) Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (DWDS), Adjektiv „vernünftig“, <https://www.dwds.de/wb/vernünftig> (abgerufen am 03.07.2024).

<sup>105</sup> Vgl. allg. hierzu nur BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 –, BVerfGE 140, 65, juris, Rn. 33.

Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers ist also kein „Freifahrschein“ für tatsächliche Annahmen oder Normierungen ins Blaue hinein, sondern verpflichtet zu einer seriösen Ermittlung der relevanten Realitäts- bzw. Wirkungsannahmen und zur realitätsgerechten Gestaltung von Rechtsnormen.

Wie erwähnt, muss die in Rede stehende Regelung zudem im Hinblick auf das Regelungsziel geeignet, erforderlich und zumutbar (angemessen, verhältnismäßig i.e.S.) sein.<sup>106</sup> Insoweit muss zunächst der „Wirkungszusammenhang“ zwischen der grundrechtsbeschränkenden Regelung und dem erstrebten Regelungserfolg „einleuchtend dargetan werden können“.<sup>107</sup> D.h. die Regelung muss zur Zielerreichung beitragen, also sie fördern können (Geeignetheit/Eignung). Es darf überdies kein gleich wirksames, aber weniger einschneidendes Regelungsmittel vorhanden sein (Erforderlichkeit). Außerdem darf die Regelung unter dem Aspekt der Zumutbarkeit (Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.)<sup>108</sup> nicht dazu führen, dass vom in Rede stehenden Grundrecht kein „relevante[r] Freiheitsraum“<sup>109</sup> mehr übrigbleibt. Die Freiheit darf also, wie die Abwägung von Regelungsziel und dem hauptsächlich betroffenen Grundrecht ergibt, nicht übermäßig reduziert werden (Übermaßverbot). Bei alledem hat der Gesetzgeber auf der Stufe der Geeignetheit und der Erforderlichkeit einen Einschätzungs- und Prognosespielraum, nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG auch auf der Stufe der Zumutbarkeit (Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.).<sup>110</sup> In die Abwägung sind unter dem Aspekt der Zumutbarkeit insbesondere auch die Folgen einzustellen, die eine Regelung für das betroffene Unternehmen im Hinblick auf die Kalkulationsgrundlagen und damit die Berechenbarkeit sowie die ggf. massiv reduzierte oder gar völlig fehlende wirtschaftliche Planbarkeit des Marktauftritts hat. Zu fragen ist hierbei, was infolge der staatlichen Regulierung von der unternehmerischen Berufsausübungsfreiheit effektiv noch übrigbleibt und ob dies noch zumutbar ist. In die

---

<sup>106</sup> Zuf. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 112 ff.; Sommermann, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 308 ff.; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Stand: 103. Ergänzungslieferung, Januar 2024, Art. 20 Abschn. VII (Rechtsstaat) Rn. 109 ff.

<sup>107</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377 (407 f.), dort auch die Zitate.

<sup>108</sup> Hierzu BVerfG, Beschluss vom 27. April 2022 – 1 BvR 2649/21 –, BVerfGE 161, 299, Rn. 203.

<sup>109</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21 –, BVerfGE 161, 299, Rn. 232.

<sup>110</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781, 798, 805, 820, 854, 860 und 889/21 – BVerfGE 159, 223, Rn. 217; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971 und 1069/21 – BVerfGE 159, 355, Rn. 135; s. ferner BVerfG, Beschl. v. 01.02.2023, 1 BvL 7/18, BVerfGE 166, 1, Rn. 155: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 159, 223 <318 f. Rn. 216 f.>; 159, 355 <413 Rn. 134 f.>; stRspr).“



Abwägung sind schließlich auch indirekt betroffene Grundrechtspositionen einzustellen,<sup>111</sup> insbesondere dann, wenn sie mit dem hauptsächlich betroffenen Grundrecht in einem inneren Regelungszusammenhang stehen.

In der früheren Rechtsprechung des BVerfG sind Eingriffe in die Berufsfreiheit zunächst anhand der sog. Drei-Stufen-Theorie geprüft worden,<sup>112</sup> die die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der Intensität der Grundrechtseingriffe konkretisiert hat.<sup>113</sup> Diese sog. Drei-Stufen-Prüfung, die nach Berufsausübung sowie subjektiven und objektiven Berufswahlvoraussetzungen unterschied, hat das BVerfG zwischenzeitlich wieder in die heute übliche Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt.<sup>114</sup> Hierbei können die unterschiedlichen, nunmehr auf einer gleitenden Verhältnismäßigkeitskala angesiedelten Stufen der sog. Drei-Stufen-Theorie aber weiterhin als Orientierung dienen,<sup>115</sup> denn sie helfen, die Intensität des Eingriffs und damit zugleich das Ausmaß seiner Rechtfertigungsbedürftigkeit genauer zu bemessen. Die sog. Drei-Stufen-Theorie ließ zur Legitimation von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit regelmäßig vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls genügen, während auf den anderen Stufen der Berufszulassung (Berufswahl) der zwingend erforderliche „Schutz besonders wichtiger (,überragender‘) Gemeinschaftsgüter“<sup>116</sup> relevant ist und sog. objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen „im allgemeinen“ nur zur „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme“<sup>117</sup> gerechtfertigt werden können. Nimmt die Eingriffsintensität zu, nimmt die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ab:<sup>118</sup> „Dieser steht unter umso höheren Rechtfertigungsanforderungen, je intensiver er eingreift [...]“<sup>119</sup>

<sup>111</sup> Dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, vor Art. 1 Rn. 46, Art. 20 Rn. 121a a.E.

<sup>112</sup> Manssen, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 141; grdl. ist das sog. Apotheken-Urteil, BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377 (405 ff.); dazu Rixen, MedR 2018, 667 (668).

<sup>113</sup> Was dem BVerfG auch in seiner frühen Rechtsprechung bewusst war, s. nur BVerfG, Beschl. v. 17.07.1961 – 1 BvL 44/55 –, BVerfGE 13, 97 (104): „Die [...] ‚Stufentheorie‘ ist das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit.“

<sup>114</sup> Komprimierter Überblick zur Entwicklung der Rspr. bei Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar, 9. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 73 ff., 82 ff., 87 ff.

<sup>115</sup> Sommermann, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 315; Manssen, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 141.

<sup>116</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377 (405).

<sup>117</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377, Leitsatz 6. c.

<sup>118</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 1106.

<sup>119</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 1106.

Gemeinhin wird in der Rechtsprechung des BVerfG der regelmäßig weite gesetzgeberische Gestaltungsspielraum betont, wenn es um Eingriffe in die Berufs(ausübungs)freiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geht. Es sei – so das BVerfG – zu bedenken, dass das „Grundgesetz [...] dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Berufsausübungsregelungen ein erhebliches Maß an Freiheit [...] [lässt] und [...] ihm bei der Festlegung der zu verfolgenden berufs-, arbeits- oder sozialpolitischen Ziele einen ebenso weiten Gestaltungsspielraum wie bei der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele ein[räumt] [...]“.<sup>120</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass damit in jedem Fall von einem mehr oder weniger weiten, also einem praktisch unkontrollierbaren Gestaltungsspielraum, auszugehen sei. Wenn wie hier im Lichte des dauerhaft umzusetzenden besonderen öffentlichen Versorgungsauftrags der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler (§ 52b AMG) die Regulierung von deren Tätigkeit Auswirkungen auf die körperliche Unversehrtheit und das Leben von Patientinnen und Patienten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) hat,<sup>121</sup> dann verengt sich der Gestaltungsspielraum, und er verbindet sich mit erhöhten Darlegungslasten des Gesetzgebers dahingehend, dass seine das wirtschaftliche Verhalten der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen betreffende Regelung die Gesundheit der arzneimittelverbrauchenden Patientinnen und Patienten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) – ersichtlich ein besonders wichtiges, überragendes Gemeinschaftsgut – über eine ökonomisch induzierte Schwächung der Versorgungsinfrastruktur nicht – sei es abstrakt, sei es konkret – gefährdet.<sup>122</sup>

## **b) Anwendung auf § 2 AMPreisV**

Gemessen daran ist § 2 AMPreisV eine unverhältnismäßige Regelung.

Wie oben dargelegt, ist das konkrete Regelungsziel des geplanten § 2 AMPreisV unklar. Der Normgeber will zwar den Mindestpreis aufheben und zudem eine Preisdynamik „nach unten“ entfachen.<sup>123</sup> Weshalb er das will, bleibt aber unklar. In der Begründung ist zwar von der

---

<sup>120</sup> So etwa BVerfG, Beschl. v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 –, BVerfGE 109, 64 (85), juris, Rn. 194.

<sup>121</sup> B. III. 2. b.

<sup>122</sup> Hierzu Rixen, MedR 2018, 667 (675).

<sup>123</sup> B. III. 2. a.

„sachgerechten Umverteilung“<sup>124</sup> die Rede. Das lässt indes offen, was genau mit Umverteilung gemeint ist und warum bzw. wann sie sachgerecht ist. Ganz allgemein heißt es im Hinblick auf die Änderungen der AMPreisV: „Es sollen dabei insbesondere Honoraranreize für Apothekenstandorte in ländlichen Regionen geschaffen und eine gerechtere Verteilung der Honorare erreicht werden.“<sup>125</sup> Wie das genau geschehen soll, wird nicht erläutert; es ist auch nicht im Ansatz erkennbar, welche Anreize gemeint sind und welche Anreizwirkung von ihnen ausgeht oder ausgehen soll. Zwar kann, ganz generell betrachtet, die wirtschaftliche Leistungserbringung im Gesundheitswesen ein legitimes Regelungsziel sein.<sup>126</sup> Hier bleibt aber offen, was genau mit der „Wirtschaftlichkeit“ gemeint ist bzw. für wen sich was in welcher Weise „wirtschaftlich“ auswirkt.<sup>127</sup>

In der gesamten Begründung des geplanten Apotheken-Reformgesetz (ApoRG), nicht nur in der Begründung zum geplanten § 2 AMPreisV, fehlen Gründe – sie werden auch nicht an anderer Stelle vom Bundesministerium für Gesundheit in tragfähiger Weise benannt –, die die Auswirkungen für die Wirtschaftlichkeit gerade mit Blick auf die vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen thematisieren würden. Die Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024, insbesondere S. 1-5, verweist auf die aus Sicht des Verbandes naheliegenden wirtschaftlichen Entwicklungen. Selbstverständlich ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, die Annahmen und Prognosen des Verbandes ungeprüft zu übernehmen. Im Gegenteil: Er *muss* sie prüfen und sich zu ihnen in tragfähiger, nicht pauschal argumentierender Weise verhalten. Der Gesetzgeber muss, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, wie erwähnt, die „Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden“<sup>128</sup>, ausschöpfen. Wo er das – wie bislang – nicht tut, also sich nicht in substantzierter Weise mit den aus Sicht der Grundrechtsbetroffenen – hier: der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen – drohenden tatsächlichen Entwicklungen, den „[w]ettbewerbliche[n] Verwerfungen“<sup>129</sup> und der

---

<sup>124</sup> Referentenentwurf, S. 1 a.E.

<sup>125</sup> Referentenentwurf, S. 1 a.E.

<sup>126</sup> S. hierzu nur BVerfG, Beschl. v. 08.06.2010 – 1 BvR 2011/07 –, BVerfGE 126, 112, Rn. 99.

<sup>127</sup> Zum Problem Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 308 ff., 317 ff.

<sup>128</sup> BVerfG, Urt. v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141, juris, Rn. 66.

<sup>129</sup> Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024, S. 4 a.E.

„[w]irtschaftliche[n] Unzumutbarkeit“<sup>130</sup> erkennbar und nachvollziehbar auseinandersetzt, verfehlt der Gesetzgeber von vornherein eine verhältnismäßige Regelung.

Das gilt umso mehr, als den vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen ein durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG fundierter öffentlicher Versorgungsauftrag obliegt (§ 52b AMG).<sup>131</sup> Die vollversorgenden pharmazeutischen Unternehmen werden, mit anderen Worten, für die Realisierung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Leben und körperliche Unversehrtheit der Arzneimittelverbraucher, also der Patientinnen und Patienten), wie § 52b AMG belegt, in Dienst genommen.<sup>132</sup> Der einfachrechtlich (§ 52b AMG) anerkannte Bezug zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG macht die Berufsfreiheit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler zu einem „dienenden Grundrecht“<sup>133</sup> in dem Sinne, dass die Anforderungen, die an die Zweck-Mittel-Relation zu stellen sind, also insbesondere an die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des geplanten § 2 AMPPreisV, strenger ausfallen. Insoweit muss erkennbar werden, wie sich der Normgeber vorstellt, dass die gewählte Regelung dazu beiträgt, dass die Verwirklichung der den pharmazeutischen Großhändlern anvertrauten grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch möglich und durch die gewählten – freilich im Detail unklar bleibenden – preisrechtlichen Normierungen nicht geschwächt oder gar konterkariert wird. Daran fehlt es.

Wenn aber – wie bislang – die wettbewerblichen Auswirkungen vom Gesetzgeber nicht tragfähig thematisiert werden, dann nimmt der Gesetzgeber äußerstenfalls in Kauf, die Versorgung der Patientinnen und Patienten mit Arzneimitteln dadurch zu gefährden, dass er die wirtschaftliche Situation der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen gefährdet. Jedenfalls bislang verfehlt der Gesetzgeber die ihm obliegenden Darlegungsanforderungen, weil er sich zu dem Junktim einer doppelten Gefährdung von Patientinnen und Patienten und vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen nicht in aussagekräftiger Weise verhält.

Inwieweit das schemenhaft erkennbare Regelungsziel gerade mittels der, für sich betrachtet, hoch unbestimmten geplanten Regelung des § 2 AMPPreisV erreicht werden soll, wird weder in

---

<sup>130</sup> Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024, S. 6 a.E.

<sup>131</sup> B. III. 2. b.

<sup>132</sup> B. III. 2. b.

<sup>133</sup> So ausdrücklich zu Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf Gesundheitsberufe Rixen, MedR 2018, 667 (675).

der Begründung erläutert noch ist es sonst ersichtlich. Wo aber sowohl der legitime Zweck als auch das in Rede stehende Mittel, nämlich die mit dem Normtext verfolgte Regelung, nicht klar benennbar sind, lässt sich auch nicht sinnvoll über die Verhältnismäßigkeit der Zweck-Mittel-Relation befinden, namentlich nicht darüber, ob anstelle des nicht benennbaren Regelungsmittels ein anderes, weniger einschneidendes zur Verfügung steht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wieso der (wie dargelegt, mit § 78 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbare)<sup>134</sup> Verzicht auf die Preisspanne erforderlich sein soll, also kein milderes, aber gleich effektives Mittel zur Verfügung steht, um das im Detail unklare Regelungsziel zu erreichen.

Ferner ist nicht erkennbar, dass der Normgeber in eine Abwägung eingetreten wäre, die, gemessen an der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), danach fragt, welche Folgen die Regelung im Einzelnen für die vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler hat. So fehlen bspw. auch Erwägungen im Hinblick auf die Kalkulationsgrundlagen und die Berechenbarkeit des Marktauftritts der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler. Ebenso wenig ist erkennbar, dass der Normgeber solche Abwägungen im Hinblick auf wirtschaftliche Planbarkeit von deren Marktauftritt angestellt hätte, also dazu, ob die Neuregelung mit ihrer Aufgabe des Mindestpreises und der durch sie initiierten Preisdynamik „nach unten“ genau jene Planbarkeit in unerträglicher, also unzumutbarer Weise reduziert bzw. ganz aufhebt.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der geplante § 2 AMPPreisV bereits deshalb unverhältnismäßig ist, weil sich ihm kein klares, konkretes Regelungsziel zuordnen lässt, das die Prüfung gestattet, ob § 2 AMPPreisV geeignet und erforderlich ist, so dass infolgedessen der geplante § 2 AMPPreisV auch keine geeignete und erforderliche Regelung ist. Darüber hinaus ist der Normgeber nicht erkennbar in eine Abwägung eingetreten, die der Frage nachgegangen wäre, ob die Neuregelung insbesondere im Hinblick auf die Planbarkeit und Berechenbarkeit des Marktauftritts der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler unzumutbare wirtschaftliche Folgen hat.

---

<sup>134</sup> C. III. 2.

### c) Insbesondere: Pflicht zur Folgerichtigkeit als Aspekt der Verhältnismäßigkeit

Den Gesetzgeber trifft unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit als einer Konkretion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>135</sup> auch die Pflicht, preisrechtliche Regelungen zu normieren, die gewährleisten, dass das mit § 52b AMG einfachgesetzlich anerkannte, im Kern verfassungsrechtlich fundierte (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) Ziel, Leib und Leben von Patientinnen und Patienten zu schützen, die auf Arzneimittel angewiesen sind, *konsequent* – also insbesondere auch in einer die *Infrastrukturgewährleistungsaufgabe* der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen sichernden Weise – erreicht werden kann. Das setzt einen stimmig programmierten § 2 AMPPreisV voraus, der an einem hinreichend präzise definierten legitimen Regelungsziel ausgerichtet ist und insgesamt als geeignet, erforderlich und zumutbar gelten kann.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken verstärken sich unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit, wenn § 3 AMPPreisV in den Blick genommen wird. Die Stellungnahme des PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. zum Referentenentwurf eines Apotheken-Reformgesetzes (ApoRG) v. 28.06.2024 (S. 2 [oben], S. 3 a.E.), weist darauf hin, dass das mutmaßliche, weil bislang nur schemenhaft erkennbare Regelungsziel schlüssig durch Änderungen des § 3 AMPPreisV erreicht werden könne. Wenn es tatsächlich um die finanzielle Sicherung der Apotheken geht,<sup>136</sup> läge es in der Tat nahe, die Apothekenzuschläge gemäß § 3 AMPPreisV auskömmlich zu erhöhen. Das würde auch zur bisherigen Vergütungssystematik der AMPPreisV passen, auf die der BGH zu Recht hingewiesen hat: „Die angemessene Vergütung der Apotheken wird nicht durch die Gewährung verbotener Rabatte auf die Großhandelspreise, sondern durch die in § 3 AMPPreisV vorgesehenen Apothekenzuschläge gesichert, die – sollten sie hierfür nicht ausreichen – bei Bedarf vom Ordnungsgeber angehoben werden können.“<sup>137</sup> Die Lösung wäre demnach also *nicht*, bislang verbotene Rabatte (Vergünstigungen, Preisnachlässe) durch hochunbestimmte Normen in einer den Wettbewerb weithin freigebenden und damit den Versorgungsauftrag (§ 52b AMG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) gefährdenden Weise zu

<sup>135</sup> Hierzu BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 402, 906/08 –, BVerfGE 121, 317 (362 f., 366, 374); ähnl. unter dem Aspekt der Konsequenz BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12 –, BVerfGE 145, 20, Rn. 122, 132, 141., 147; allg. zur Herkunft des Gedankens der Folgerichtigkeit aus der Rspr. zu Art. 3 Abs. 1 GG Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 34, 45, 59, s. auch Art. 12 Rn. 54 (zur Übertragung auf die Berufsfreiheit), Art. 20 Rn. 121a (unter der Rubrik „Teilgebote“ im Rahmen der Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit).

<sup>136</sup> Referentenentwurf, S. 1 a.E.

<sup>137</sup> BGH, Urt. v. 08.02.2024 – I ZR 91/23 –, GRUR 2024, 704, Rn. 32.

gestatten, sondern dem in der AMPreisV entfalteten Regelungskonzept einschließlich des § 3 AMPreisV zu folgen. Insofern ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich dazu zu verhalten, wieso er von diesem bewährten Regelungsansatz abweicht und wieso sein Ansatz den besonderen Versorgungsauftrag (§ 52b AMG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen nicht gefährdet. Bei all dem muss einmal mehr – als ein die Folgerichtigkeit garantierender Aspekt – bedacht werden, ob eine Neuregelung zu einer fairen Rahmung und Strukturierung des Marktauftritts insbesondere der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler beiträgt, also ihnen zumutbare Belastungen im Hinblick auf die Planbarkeit sowie einschließlich der Kostenkalkulation der Berechenbarkeit des eigenen Marktauftritts abverlangt.

Mit Blick insbesondere auf die abschließende Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Zumutbarkeit (Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.), ist festzuhalten, dass eine Norm wie § 2 AMPreisV, deren Regelungsgehalt im Detail unklar ist, insbesondere, weil sich ihr Regelungszweck nicht verlässlich bestimmen lässt, und die zudem nicht folgerichtig ausgestaltet ist, von vornherein zu einer übermäßigen, also unzumutbaren Beschränkung grundrechtlicher Freiheit führt, denn es ist dem Normgeber verwehrt, die Berufsfreiheit auf der Basis unbestimmter Normen gleichsam ins Blaue hinein zu beschränken.<sup>138</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der geplante § 2 AMPreisV in unverhältnismäßiger Weise in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen eingreift, also deren Berufsfreiheit verletzt.

---

<sup>138</sup> Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 468.

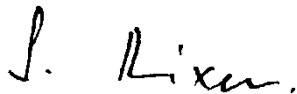
## **D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Kurzgutachtens**

- (1) § 2 Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) in der Fassung des Referentenentwurfs eines Gesetzes für eine Apothekenhonorar- und Apothekenstrukturreform (Apotheken-Reformgesetz – ApoRG) ist verfassungswidrig. Er verletzt die vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen in ihrer grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit (Artikel 12 Absatz 1 Grundgesetz [GG] in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, Artikel 20 Absatz 3 GG).
- (2) § 2 AMPreisV ist bereits deshalb verfassungswidrig, weil er die in Artikel 12 Absatz 1 GG angelegten und im Einzelnen aus dem Rechtsstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 3 GG) folgenden Bestimmtheitsanforderungen verfehlt, die das Grundgesetz an Rechtsnormen stellt. § 2 AMPreisV lässt die vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen als Normadressaten im Unklaren darüber, welches Verhalten ihnen gestattet oder abverlangt wird. Das führt zu einer rechtsstaatlich untragbaren Normunbestimmtheit.
- (3) § 2 AMPreisV verstößt zudem gegen das Rechtsstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 3 GG) in seiner Bedeutung als Vorrang des Gesetzes. § 2 AMPreisV ist nicht mit § 78 Abs. 1 Nr. 1 und § 78 Abs. 2 Satz 1 Arzneimittelgesetz (AMG) vereinbar. § 2 AMPreisV setzt weder den Rechtsbegriff der „Preisspanne“ korrekt um noch lässt er erkennen, dass die berechtigten Interessen der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler berücksichtigt wurden. Zugleich ist nicht erkennbar, dass die berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher, also der Patientinnen und Patienten, beachtet worden wären. Damit ignoriert § 2 AMPreisV die Bindung an das (Arzneimittel-)Gesetz, was rechtsstaatlich inakzeptabel ist.
- (4) § 2 AMPreisV greift schließlich in unverhältnismäßiger Weise in Artikel 12 Absatz 1 GG ein und verletzt auch dadurch die Berufsfreiheit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen. Es ist bereits nicht erkennbar, welchem konkreten, klar umrissenen Regelungszweck die Vorschrift dient, was in der Folge dazu führt, dass die ohnehin unbestimmte Regelung nicht geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Bei der Abwägung wird insbesondere das hohe Gewicht der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG) von Patientinnen und Patienten verkannt, deren Schutz den vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen als öffentlicher Versorgungsauftrag (§ 52b AMG) aufgegeben ist. Diese am Schutz der Gesundheit der



Patientinnen und Patienten orientierte Betrachtung zwingt den Normgeber dazu, im Einzelnen zu plausibilisieren, dass eine von ihm gewählte preisrechtliche Vorschrift die Wettbewerbssituation von vollversorgenden pharmazeutischen Großhandelsunternehmen nicht derart gefährdet, dass diese ihren öffentlichen Versorgungsauftrag nicht mehr erfüllen können und so auf die Arzneimittelversorgung angewiesene Patientinnen und Patienten in Gefahr geraten. Das Gebot der Folgerichtigkeit als Teilaspekt der Verhältnismäßigkeit verpflichtet den Normgeber, ein in sich schlüssiges preisrechtliches Konzept zu entwerfen und umzusetzen, das den vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler die Realisierung ihres öffentlichen Versorgungsauftrag (§ 52b AMG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG) auf ökonomisch verlässlicher Grundlage im Interesse der Patientinnen und Patienten ermöglicht.

Köln, den 03.07.2024



Prof. Dr. Stephan Rixen