

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

der m...GmbH,

- Bevollmächtigte: ... -

gegen § 11 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 1a des Apothekengesetzes (ApoG) in der Fassung des Gesetzes zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz - PDSG) vom 14. Oktober 2020 (Bundesgesetzblatt I Seite 2115)

und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richterinnen Baer,

Ott

und den Richter Radtke

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 12. November 2020 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos (§ 40 Abs. 3 GOBVerfG).

G r ü n d e :

Die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde richtet sich unmittelbar gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1a des Apothekengesetzes (ApoG). 1

I.

1. Durch das Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz - PDSG) vom 14. Oktober 2020 (BGBl I S. 2115) wurde § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG neu gefasst und § 11 Abs. 1a ApoG eingefügt. Mit ihnen bezweckt der Gesetzgeber, das kommerzielle Makeln von Rezepten 2

zu unterbinden, die freie Apothekenwahl zu schützen und Verwerfungen im Apothekenmarkt zu unterbinden, die zu einer Gefährdung der flächendeckenden Versorgung durch wohnortnahe Apotheken führen könnten (vgl. BTDrucks 19/18793, S. 137).

Das Apothekengesetz sieht in § 1 Abs. 1 Satz 1 unter anderem vor, dass Inhaber einer Erlaubnis zum Apothekenbetrieb und Personal von Apotheken, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, mit Dritten keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen dürfen, die eine bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel, die Zuführung von Patienten, die Zuweisung von Verschreibungen oder die Fertigung von Arzneimitteln ohne volle Angabe der Zusammensetzung zum Gegenstand haben. Nach § 1 Abs. 1a ApoG ist es für die in Abs. 1 Satz 1 genannten Dritten unzulässig, Verschreibungen, auch in elektronischer Form, zu sammeln, an Apotheken zu vermitteln oder weiterzuleiten und dafür für sich oder andere einen Vorteil zu fordern, sich einen Vorteil versprechen zu lassen, anzunehmen oder zu gewähren.

3

2. Die Beschwerdeführerin ist ein bundesweit als Service- und Logistikdienstleisterin tätiges Unternehmen. Ihr Geschäftsmodell besteht im Wesentlichen darin, den digitalen Versand von Arzneimittelrezepten zwischen Arzt und Apotheke logistisch zu ermöglichen. Teilnehmende Apotheken zahlen ihr hierfür ein Entgelt.

4

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde und dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG. Durch die angegriffenen Vorschriften des Apothekengesetzes sieht sie ihr Geschäftsmodell untersagt und fürchtet die Insolvenz. Der Gesetzgeber habe nicht hinreichend zwischen Rezeptmaklerei und bloßer Weiterleitung differenziert; die Regelungen erfassten ihrem Wortlaut nach auch tradierte und unproblematische Formen des Rezeptversandes. Die Verfassungsbeschwerde sei zulässig und insbesondere der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt, weil allein verfassungsrechtliche Fragen hinsichtlich eines formellen Gesetzes zu klären seien.

5

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Annahmegründe nach § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung des als verletzt gerügten Grundrechts der Beschwerdeführerin angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde erweist sich als unzulässig, weil sie dem Grundsatz der Subsidiarität nicht genügt (1). Die Voraussetzungen aus § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG für eine Vorabentscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegen ebenfalls nicht vor (2).

6

1. Die Verfassungsbeschwerde genügt nicht dem Grundsatz der Subsidiarität. Die Beschwerdeführerin hat es versäumt, fachgerichtlichen Rechtsschutz einzuholen, obwohl ihr dies möglich und zumutbar war.

7

a) Auch vor der Erhebung von Rechtssatzverfassungsbeschwerden sind nach dem Grundsatz der Subsidiarität grundsätzlich alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können (BVerfGE 150, 309 <326 Rn. 41>; stRspr). 8

aa) Unmittelbar gegen Gesetze steht der fachgerichtliche Rechtsschutz in der Regel nicht offen. Die Anforderungen der Subsidiarität beschränken sich jedoch nicht darauf, nur die zur Erreichung des unmittelbaren Prozessziels förmlich eröffneten Rechtsmittel zu ergreifen, sondern verlangen, alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können. Damit soll erreicht werden, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf ungesicherter Tatsachen- oder Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen treffen muss, sondern die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts primär zuständigen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts aufgearbeitet haben (vgl. BVerfGE 143, 246 <321 Rn. 209>; 150, 309 <326 Rn. 42>; stRspr). Auch soll das Bundesverfassungsgericht nicht Aussagen über den Inhalt einer einfachgesetzlichen Regelung treffen müssen, solange sich hierzu noch keine gefestigte Rechtsprechung der Fachgerichte entwickelt hat (vgl. BVerfGE 86, 15 <27>; 114, 258 <280>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. März 2020 - 1 BvR 843/18 -, Rn. 10). 9

Wenn sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, kann gegebenenfalls auch die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage zu den zuvor zu ergreifenden Rechtsbehelfen gehören. Entscheidend ist, ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Ein solcher Fall wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit ein Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert ist (vgl. BVerfGE 145, 20 <54 f. Rn. 86>; 150, 309 <326 f. Rn. 44>). 10

bb) Anders liegt dies, soweit es allein um die sich unmittelbar aus der Verfassung ergebenden Grenzen für die Auslegung der Normen geht. Soweit die Beurteilung einer Norm allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die das Bundesverfassungsgericht zu beantworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären, bedarf es einer vorangehenden fachgerichtlichen Entscheidung nicht (vgl. BVerfGE 143, 246 <322 Rn. 211>; 150, 309 <327 Rn. 44>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 30. Juni 2020 - 1 BvR 1679/17 u.a. -, Rn. 67; stRspr). Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht zudem nicht, wenn die angegriffene Regelung die Beschwerdeführer zu gewichtigen Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können, wenn die Anrufung der Fachgerichte offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre oder sie sonst nicht zumutbar ist (vgl. BVerfGE 150, 309 <327 Rn. 45> m.w.N.). 11

b) Nach diesen Maßstäben ist die Beschwerdeführerin gehalten, vor der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde den fachgerichtlichen Rechtsweg im Wege der negativen Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten zu beschreiten. Dies ist ihr auch nicht unzumutbar. 12

aa) Zum vorrangigen fachgerichtlichen Rechtsschutz zählt die – gegebenenfalls mit einem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes verbundene –negative Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit normativer Verbote oder Verpflichtungen (vgl. BVerfGE 74, 69 <76>; 115, 81 <95>; 145, 20 <54 f. Rn. 86>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19. November 2018 - 1 BvR 1335/18 -, Rn. 5). Diese ist statthaft, wenn die Feststellung begehrt wird, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu anderen Beteiligten begründet ist (vgl. BVerwGE 39, 247 <248 f.>; 124, 47 <54>; 129, 199 <204 f.>). Hiermit lässt sich auch feststellen, ob die Beschwerdeführerin weiterhin berechtigt ist, die vor Inkrafttreten des in den angegriffenen Normen geregelten Verbots ausgeübte unternehmerische Tätigkeit fortzuführen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2004 - 1 BvR 2016/01 -, Rn. 53). 13

bb) Die Beschwerdeführerin hat die Möglichkeit, vor den Fachgerichten auf Feststellung zu klagen, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit nicht den von ihr als verfassungswidrig angegriffenen, sie konkret und aktuell belastenden Verboten nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1a ApoG unterliegt. Dies ist weder sinn- noch aussichtslos. Die Annahme eines berechtigten rechtlichen Interesses der Beschwerdeführerin an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses liegt nahe. Die Auslegung der angegriffenen Regelungen des Apothekengesetzes und deren Anwendung auf die von der Beschwerdeführerin angebotenen Leistungen ist ungeklärt. Bislang ist – soweit ersichtlich – noch keine fachgerichtliche Entscheidung zu diesen Regelungen ergangen. In der Fachliteratur wird deren Wortlaut als zu weit kritisiert und eine einschränkende Auslegung gefordert (vgl. Braun, PharmR 2020, 315 <319 f.>). Auch die Beschwerdeführerin selbst weist darauf hin, dass die angegriffenen Verbote nach ihrem Wortlaut sogar tradierte Logistikmodelle wie den postalischen Apothekenversandhandel erfassten und eventuell über den gesetzgeberischen Willen hinausgehend gefasst seien. Der Gesetzgeber geht davon aus, innerhalb der geplanten Telematikinfrastruktur bleibe auch „unter Geltung des Makelverbotes nach § 11 des Apothekengesetzes [...] die Möglichkeit Dritter gewahrt, unter Nutzung der Schnittstelle Mehrwertangebote anzubieten, die nicht die unzulässige Beeinflussung der freien Apothekenwahl durch Gewährung oder Versprechen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne der apothekenrechtlichen Bestimmungen zum Gegenstand haben“ (BTDrucks 19/18793, S. 129). 14

Damit stellen sich einfachgesetzliche Fragen bei der Auslegung und Anwendung der in Rede stehenden Normen durch die Verwaltungsgerichte. Fachgerichtliche Entscheidungen können die in der fachrechtlichen Diskussion bereits aufgeworfenen Unklarheiten bezüglich der Reichweite des Apothekengesetzes aufbereiten. 15

cc) Ausgehend vom Vortrag der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, dass ihr die vorherige Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes nicht zugemutet werden kann. Drohende erhebliche wirtschaftliche Nachteile trägt sie nicht ausreichend substantiiert vor. Insolvenzrisiken behauptet sie lediglich, belegt diese aber nicht näher, etwa mit Bilanzen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 555/15 -, Rn. 16). Auch dass die angegriffenen gesetzlichen Verpflichtungen die Beschwerdeführerin bei vorrangiger Befassung der Fachgerichte zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen und Dispositionen veranlassen könnten, ist weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich. Jedenfalls kann zur Vermeidung von Nachteilen vorläufiger Rechtsschutz der Fachgerichte in Anspruch genommen werden. Die Fachgerichte sind, selbst wenn in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht kommt (vgl. BVerfGE 46, 43 <51>), nicht daran gehindert, schon vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird. Der vorläufige Rechtsschutz würde den Eintritt von Nachteilen während der Durchführung des Hauptsacheverfahrens verhindern (vgl. BVerfGE 86, 382 <389>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 555/15 -, Rn. 16).

2. Eine Vorabentscheidung der Verfassungsbeschwerde nach dem entsprechend anwendbaren § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG wegen eines drohenden schweren und unabwendbaren Nachteils ist nicht angezeigt. Dem Vorteil einer vorherigen Befassung der Fachgerichte als Sinn und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes stehen nur verhältnismäßig geringe Belastungen der Beschwerdeführerin durch die Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsweg gegenüber (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 555/15 -, Rn. 17).

III.

Mit der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung erledigt sich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 40 Abs. 3 GOBVerfG; vgl. BVerfGE 13, 127; 102, 197 <198, 224>).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Baer

Ott

Radtke

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom
12. November 2020 - 1 BvR 2424/20**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. November 2020 - 1 BvR 2424/20 - Rn. (1 - 19), http://www.bverfg.de/e/rk20201112_1bvr242420.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20201112.1bvr242420