

Stellungnahme zu den Vorschlägen des BMG vom 11. Dezember 2018

Stand 10. Januar 2019

Der BVDAK e. V. nimmt zu den Vorschlägen des Bundesgesundheitsministers vom 11. Dezember 2018 wie folgt Stellung:

Die Eckpunkte des BMG spiegeln in Teilen die Forderungen wieder, die der BVDAK in seiner Stellungnahme für eine qualitativ hochwertige, patienten- und zukunftsorientierte Arzneimittelversorgung vorgeschlagen hatte. Während somit die meisten Eckpunkte auf Zustimmung stoßen, treten diese durchaus positiven Vorschläge allerdings in den Hintergrund infolge der Ankündigung, die Gleichpreisigkeit verschreibungspflichtiger Arzneimittel zu opfern. Die damit verbundene staatlich angeordnete Förderung ausländischer Marktteilnehmer kann so nicht akzeptiert werden:

1. Keine Aufgabe der Gleichpreisigkeit

Unter den Ziffern 1 bis 3 wird vorgeschlagen, einerseits die Preisregelung in § 129 SGB V zu überführen, um den sozialen Charakter des Preises zu stärken. Andererseits soll jedoch kodifiziert werden, dass deutschen Apotheken nach wie vor jegliche Bonifizierung vollständig untersagt wird, während ausländischen Apotheken ein Bonus in Höhe von EUR 2,50 pro abgegebene Packung ermöglicht wird. Dieser Betrag soll evaluiert und davon abhängig gemacht werden, wie sich der Marktanteil ausländischer Versandapotheken in Zukunft entwickelt. Dabei soll, sollten insoweit 5% Marktanteil überstiegen werden, die Boni-Gewährung überprüft und gegebenenfalls reduziert werden.

Der BVDAK, die darin zusammengeschlossenen Kooperationen und ihre Mitgliedsapotheken wenden sich entschieden gegen jegliche Neuregelung, bei der die Gleichpreisigkeit bei der Verschreibung wichtiger Arzneimittel einem ungehemmten Wettbewerb *geopfert* wird. Es ist aus Sicht des BVDAK nicht nachvollziehbar und auch nicht zu begründen, dass die nationalen Apotheken, die durch ihre Präsenz die flächendeckende Arzneimittelversorgung und Beratung in Deutschland verlässlich sicherstellen, auch außerhalb normaler Ladenöffnungszeiten und auch dann, wenn aufgrund der Eigenart der Produkte, der besonderen Bedürfnisse der Patienten oder des besonderen Beratungsbedarfs eine Versorgung über den Versandhandel per se

ausgeschlossen ist, benachteiligt werden und die durch sie geleistete Versorgung ohne Not riskiert werden soll.

2. Ungleichbehandlung nicht erforderlich

Eine gesetzlich normierte Ungleichbehandlung durch die Festschreibung von Boni für ausländische Versandapotheken ist nicht erforderlich, um die Verwerfungen der EuGH Entscheidung „Deutsche Parkinson Vereinigung“ zu beseitigen. Von allen denkbaren Lösungen ist sie mit Abstand die schlechteste.

2.1 Es existiert eine Reihe von alternativen Lösungen, bei denen die Gleichpreisigkeit gewahrt bleibt. Hierzu zählen:

- die Überführung des Preisrechts in das SGB V ohne Möglichkeit der Bonifizierung;
- das Rx-Versandverbot.

Sämtlichen dieser Vorschläge ist gemein, dass inländische und ausländische Anbieter gleichbehandelt werden.

Die Überführung der Preisregelungen in das SGB V, so wie vom BVDAK auch als Alternative zum Rx-Versandverbot vorgeschlagen, wird grundsätzlich begrüßt, da damit der soziale Charakter des auf dem Solidargedanken beruhenden und in den vergangenen Jahrzehnten bewerteten Gesundheitssystems gestärkt wird. Eine derartige Überführung ist jedoch unbedingt mit dem Prinzip der Gleichpreisigkeit von Verschreibung der richtigen Arzneimittel in Einklang zu bringen, da nur dies die Voraussetzungen schafft, eine langfristige Lösung zu finden, die das bewährte Krankenversicherungssystem erhält und auch den Apotheken in Deutschland eine Perspektive bietet. Dabei sollte nicht der Versuchung erliegen werden, durch moderate Boni für alle Marktteilnehmer das geltende System auszuhöhlen. Denn zum einen würde dieser Ansatz den zu Recht restriktiven Grenzen der Werteklamme im Gesundheitswesen, so wie etwa auch in § 7 HWG vorgesehen, widersprechen, zum anderen würde durch die damit verbundene Möglichkeit des *Geld Verdienens auf Rezept* der Stellenwert des Solidarprinzips in der Gesundheitsversorgung Schaden nehmen.

- 2.2 Ob diese Lösung, nämlich die Überführung der Preisregelungen in das SGB V, umsetzbar ist, hängt jedoch entscheidend davon ab, dass die Regelung des § 129 Abs. 4 SGB V, wonach im Rahmenvertrag nach Absatz 2 zu regeln ist, welche Maßnahmen die Vertragspartner auf Landesebene ergreifen können, wenn Apotheken gegen ihre Verpflichtungen nach Absatz 1, 2 oder 5 verstoßen, insoweit mit Leben erfüllt wird, dass der Rahmenvertrag die Möglichkeit für sämtliche Vertragspartner vorsieht, Apotheken zu sanktionieren, die gegen die Vorgaben verstoßen. Die Sanktionsmöglichkeiten müssen insbesondere auch beinhalten, dass die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker entsprechende Sanktionen über sämtliche Apotheken einschließlich ausländischer Versandapotheken aussprechen kann, die ihrerseits nicht Mitglieder in einem Landesverband sind, sondern dem Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 SGB V beigetreten sind.

Im Bereich der PKV ist es bereits jetzt für die ausländischen Versandapotheken verpflichtend, an den Kunden gewährte Boni im Rahmen der Quittung offenzulegen (OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.2017 – 2 U 113/16, rkr), sodass insoweit kein wirtschaftlicher Vorteil für den Kunden entstehen kann. Diese Vorgaben sind gesetzlich abzusichern, sodass im Falle der Abweichung strafrechtliche Sanktionen gegen die Versandapotheke möglich sind.

- 2.3 Schließlich ist jenseits rechtlicher Bedenken die staatliche Förderung *des Geld Verdienens auf Rezept* ein falsches Signal und steht im Widerspruch zum Solidaritätsprinzip. Warum soll derjenige, der krank ist und der die Solidargemeinschaft für seine komplette Versorgung in Anspruch nehmen darf (und auch in Anspruch nehmen soll) hierfür zusätzlich zu dieser Wohltat noch eine individuelle Belohnung erhalten? Ein auf dem Solidarprinzip basierendes Gesundheitswesen verträgt keine individuellen Bevorzugungen, egal ob diese durch die Kostenträger oder die Leistungserbringer gewährt werden.

3. Keine Aufgabe der nationalen Souveränität

Sämtlichen der hier genannten Vorschläge ist auch gemein, dass die nationale Kompetenz, so wie Artikel 168 Abs. 7 AEUV dies vorsieht, gewahrt bleibt.

- 3.1 Insoweit ist die Argumentation des BMG in dem Positionspapier in sich widersprüchlich. Wenn unter Ziffer 1 ausgeführt wird, im Falle einer erneuten EuGH-Befassung könne der Fokus verstärkt auf die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Ausgestaltung des Gesundheitssystems gelegt werden, so passt dies nicht zu der Aussage unter Ziffer 2, dem Urteil des EuGH werde mit dem festgestellten erschwerten Marktzugang ausländischer Versandapotheken durch die Ermöglichung der Boni-Gewährung Rechnung getragen. Entweder wird die nationale Kompetenz ernst genommen – dann ist aber das unsubstantiierte Urteil des EuGH nicht weiter zu berücksichtigen, denn der dort behauptete, jedoch tatsächlich nicht unter Beweis gestellte erschwerte Marktzugang für ausländische Versandapotheken existiert faktisch nicht. Oder man ist bereit, eigene Kompetenzen und das Subsidiaritätsprinzip aufzugeben.
- 3.2 Das Urteil des EuGH bietet jedenfalls keine Grundlage für die Aufgabe der nationalen Souveränität und der damit verbundenen Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Marktteilnehmer. Insoweit wurde im Verfahren vor dem EuGH nämlich unberücksichtigt gelassen, dass nach Art. 168 Abs. 7 AEUV die nationalen Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative dahingehend besitzen, wie sie die nationalen Gesundheitssysteme ausgestalten wollen. Insoweit sieht die Regelung vor:

(7) Bei der Tätigkeit der Union wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel. Die Maßnahmen nach Absatz 4 Buchstabe a lassen die einzelstaatlichen Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut unberührt.

Arzneimittel und ihre Kosten sind aus Sicht der europäischen Institutionen so eng mit den in die nationale Zuständigkeit fallenden Gesundheits- und Sozialsysteme verknüpft, dass die Mitgliedstaaten stets dafür Sorge getragen hatten, keinen Eingriff in ihre diesbezüglichen Kompetenzen zuzulassen. Diese Kompetenzverteilung wird sowohl durch die Rechtsakte der europäischen Institutionen¹ als auch durch die

¹ So sieht die nach wie vor geltende Transparenzrichtlinie vom 21. Dezember 1988 (89/105/EWG) nur eine Minimalregelung vor und achtet somit die nationale Zuständigkeit. Insoweit wurde in den Erwägungsgründen der Richtlinie ausdrücklich festgestellt:

Rechtsprechung des EuGH im Anschluss an die Entscheidung „Deutsche Parkinson Vereinigung“ bestätigt.²

Es ist nach Auffassung des BVDAK nicht verständlich, warum nunmehr von Seiten der Politik die nationale Kompetenz in einem derart sensiblen Bereich wie der Arzneimittelversorgung aufgehoben wird. So wurden auch von Seiten der deutschen Regierung in der Vergangenheit Eingriffe der europäischen Institutionen in die nationale Souveränität gerade im sensiblen Bereich des Gesundheitswesens mit den hierfür zur Verfügung stehenden Mitteln zurückgewiesen.³ Insoweit gilt nach wie vor die sowohl von der Kommission verwendete als auch vom europäischen Parlament aufgegriffene Formulierung von der *ausschließlichen nationalen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Bezug auf nationale Entscheidungen über Preisbildung und Erstattung*.

Der BVDAK fordert den nationalen Gesetzgeber auf, sich zu seiner Verantwortung zur Verteidigung nationaler Kompetenzen zu bekennen. Denn die Duldung der

Diese Anforderungen beeinflussen jedoch nicht die Politik der Mitgliedstaaten, die für die Preisfestsetzung für Arzneimittel den Regeln des freien Wettbewerbs den Vorrang geben. Diese Anforderungen beeinflussen auch die einzelstaatliche Politik in Bezug auf die Preisfestsetzung und das Sozialversicherungssystem nur in dem Maße, in dem dies für die Transparenz im Sinne dieser Richtlinie notwendig ist.

² Zu verweisen ist etwa auf die Entscheidungen des EuGH vom 21. September 2017 (C-125/16) und vom 1. März 2018 (C-297/16). In letzterer Entscheidung hat der EuGH ausdrücklich festgehalten:

„64 Zur zweiten Untervoraussetzung der dritten Bedingung, nämlich, dass die Anforderung nicht über das hinausgehen darf, was zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist, ist darauf hinzuweisen, dass unter den vom EU-Vertrag geschützten Gütern und Interessen der Schutz der öffentlichen Gesundheit den ersten Rang einnimmt und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie diesen Schutz gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich das Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein entsprechender Wertungsspielraum zuzuerkennen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2008, Kommission/Deutschland, C 141/07, EU:C:2008:492, Rn. 51).

65 Ein solcher Wertungsspielraum ist umso mehr geboten, als die Mitgliedstaaten, wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiss ist, die Möglichkeit haben müssen, Schutzmaßnahmen zu treffen, ohne abwarten zu müssen, bis das Vorliegen dieser Gefahren umfassend belegt ist. Insbesondere müssen die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen treffen können, die eine Gefahr für die Gesundheit – wozu auch Gefahren für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehören – weitestmöglich verringern (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Dezember 2013, Venturini u. a., C 159/12 bis C 161/12, EU:C:2013:791, Rn. 60).“

³ Hinzuweisen ist zum Beispiel auf die Subsidiaritätsrüge des Bundestag von zweien 20. März 2018 (Drs. 19/1296, S.2), als Reaktion auf den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bewertung von Gesundheitstechnologien und zur Änderung der Richtlinie 2011/24/EU (Health Technology Assessment – HTA) KOM (2018) 51 endg.)

Kompetenzüberschreitung ist, wie jüngst auch der Richter am BVerfG Peter Müller zu bedenken gegeben hat,⁴ eine Gefahr für den europäischen Zusammenhalt:

Der umfängliche Regelungsanspruch der europäischen Ebene und die bereits erreichte Regelungsdichte haben dazu geführt, dass es mittlerweile in den europäischen Bevölkerungen ein relevantes Empfinden sachlich nicht gebotener Fremdbestimmung gibt. Hier liegt meines Erachtens ein nicht unwesentlicher Grund für die Erfolge europafeindlicher Populisten.

Der EuGH hat – ungeachtet der Missachtung der Kompetenzen – in seiner Entscheidung keine substantiierte Begründung für die angenommene Ungleichbehandlung festgestellt. Eine solche ist auch nicht ersichtlich, da bereits nach geltendem Recht ausländische Versandapotheken durchaus Vorteile genießen.

So ist zum Beispiel fraglich, ob für sie die strengen Regelungen des Preisrechts, insbesondere die der Einschränkung der Gewährung von Rabatten durch den pharmazeutischen Unternehmer und den pharmazeutischen Großhandel gelten,⁵ oder ob diese Beschränkungen durch ausländische Marktteilnehmer umgangen werden können. Vor allem aber darf nicht außer Acht gelassen werden, dass ausländische Versandapotheken nicht dem Fremdbesitzverbot unterliegen. Es ist ihnen daher möglich, sich am Kapitalmarkt zu finanzieren. Somit ist es dort auch möglich, dass sich z. B. pharmazeutische Unternehmen an Versandapotheken beteiligen, um hier auch Einfluss auf das Abgabeverhalten der Apotheken zu nehmen, oder durch die insoweit unmittelbar erhobenen Daten sich einen Überblick über das Verschreibungsverhalten von Ärzten mit den daraus folgenden Konsequenzen zu verschaffen. Aber auch Ärzte können sich daran beteiligen, um auf diesem Wege von der Abgabe der von Ihnen verschriebenen Arzneimittel zu profitieren.

Dies sind aus Sicht des BVDAK ernstzunehmende Risiken für die patientenorientierte Versorgung mit Arzneimitteln in Deutschland. Selbstverständlich ist dem BVDAK

⁴ „Nachdenken über ein Subsidiaritätsgericht“, NJW-aktuell 2019, S. 12.

⁵ So soll durch Art. 12 des Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG) durch eine Anpassung von § 2 Abs. 1 S. 1 der Arzneimittelpreisverordnung die Möglichkeit der Rabattgewährung gegenüber Apotheken in Deutschland weiter eingeschränkt werden.

bewusst, dass der deutsche Gesetzgeber keinen Einfluss auf die Struktur der Apotheken im Ausland nehmen kann. Der deutsche Gesetzgeber kann jedoch verhindern, dass derartige bedenkliche, dem Selbstverständnis des deutschen Gesundheitssystems widersprechende Strukturen noch dadurch gefördert werden, dass ohne Not hier Geschenke an diese Apotheken gewährt werden und das existierende deutsche System, dass in den vergangenen Jahrzehnten sicher davon profitiert hat, dass Apotheken vollhaftend und unabhängig agieren, signifikant geschwächt wird.

- 3.3 Erschwerend kommt hinzu, dass von Seiten des deutschen Gesetzgebers nach wie vor keine Reaktion erkennbar ist auf die bereits zu Beginn 2017 getroffene Entscheidung der niederländischen Überwachungsbehörde, Arzneimittelversender, die hauptsächlich ins europäische Ausland versenden als sogenannte *Grensapotheken* zu definieren.⁶ Mit diesem Schritt verlagert die Niederlande nach dem Verständnis des BVDAK letztlich die Aufsicht über diese Versandapotheken auf den jeweiligen EU-Mitgliedsstaat, in den die Arzneimittel versendet werden. Bisher wurde von Seiten des BMG nicht mitgeteilt, wie man sich dieser Aufsichtsverpflichtung stellen möchte.

Dies führt dazu, dass seit nunmehr fast zwei Jahren ein signifikantes Vollzugsdefizit im Hinblick auf aus den Niederlanden agierende Versandapotheken besteht, während in Deutschland die Aufsichtsbehörden zunehmend rigider durchgreifen. Anstatt sich Gedanken zu machen, wie die durch das Vollzugsdefizit zu befürchtenden Risiken der Volksgesundheit begegnet werden kann,⁷ werden nicht nur effektive Maßnahmen wie ein Rx-Versandverbot provisorisch abgelehnt, sondern es sollen diese im zumindest teilweise rechtsfreien Raum agierenden Marktteilnehmern nunmehr auch noch staatlich gefördert werden und Patienten damit ermutigt werden dort ihre Arzneimittel zu erwerben, wo keine Kontrolle gewährleistet werden kann. Aus Sicht des BVDAK ist dies schlicht verantwortungslos.

⁶ Vgl. hierzu <https://www.igj.nl/zorgsectoren/apotheken/grensapotheken>

⁷ So wurde von Seiten des BMG bereits in der ersten Jahreshälfte 2018 eingeräumt, dass Inspektionen niederländischer Grenzapotheken durch deutsche Behörden weder stattgefunden haben noch geplant sind.

4. Ungleichbehandlung verfassungswidrig

Bereits jetzt hat die Rechtsprechung sowohl von Seiten des BGH als auch von Seiten der Verwaltungsgerichte zu erkennen gegeben, dass ein Festhalten deutscher Apotheken an der Preisbindung nur so lange möglich ist, als es hier nicht zu weiteren Marktverschiebungen kommt. Zudem standen diese Entscheidungen unter der Prämisse, dass der Gesetzgeber im Anschluss an die Entscheidung des EuGH eine Regelung findet, die die Wettbewerbsverzerrung, die im Moment herrscht, wieder behebt.⁸

Sollte der Gesetzgeber sich von dieser Prämisse verabschieden, wird die Rechtsprechung kurzfristig das Preisrecht auch auf deutsche Apotheken für nicht mehr anwendbar erklären. Eine derartige Ungleichbehandlung ließe sich weder mit Artikel 12 Abs. 1 GG noch mit Artikel 3 GG vereinbaren, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass es Alternativen gibt, die eine Gleichbehandlung ermöglichen und weit weniger in die Berufsausübungsfreiheit der deutschen Apotheken eingreifen.

Die insoweit vorgeschlagene Regelung ist somit eine *Totgeburt*, da die geringe Halbwertszeit ihrer Gültigkeit bereits jetzt absehbar ist. Es dürfte auch nicht im Interesse des BMG sein, eine Regelung zu verabschieden, die keinerlei mittelfristige oder gar langfristige Planung ermöglicht, sondern deren Verfassungswidrigkeit ihr bereits bei Verabschiedung auf die Stirn geschrieben steht.

5. Grenze von 5 % willkürlich

Dass auch von Seiten des BMG erkannt wird, dass eine Gewährung von Vorteilen an eine kleine Gruppe von Marktteilnehmern äußerst riskant ist, zeigt sich durch die in Aussichtsstellung einer Überprüfung der so gefundenen Regelungen bei der Überschreitung einer bestimmten Marktanteilsschwelle. Woher die Höhe dieser Schwelle

⁸ Exemplarisch hat etwa das VG Lüneburg in seiner Entscheidung vom 10. September 2018 (6 A 83/17, n. rk.) ausgeführt:

„Ungeachtet dessen besteht die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns. [...] Da die Arzneimittelpreisbindung durch den Preiswettbewerb EU ausländische Versandapotheken faktisch ausgesetzt wird und ein stetiger Anstieg des Marktanteils EU ausländische Apotheken mit der Folge irreversibler Mengenverlagerungen zu Lasten deutscher Apotheker und in der Zukunft eines ruinösen Preiswettbewerbs mit den ausländischen Versandapotheken zu befürchten ist, ist der Gesetzgeber gehalten, zu handeln.“

kommt, wie sie berechnet und überprüft werden soll und wie dann festgestellte Zerstörungen der gewachsenen Strukturen wieder geheilt werden sollen, wird in den Eckpunkten jedoch weder angesprochen, noch sind insoweit Lösungen ersichtlich.

Aus rechtlicher Sicht ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass die Rechtsprechung im Bereich des § 7 HWG nach wie vor an 1,00 EUR als Schwelle festhält. Beträge die darüber hinausgehen sollen geeignet sein, den Werbungsadressaten unsachlich zu beeinflussen.⁹ Würde der Gesetzgeber nun durch die Normierung eines unbedenklichen Bonus von 2,50 EUR zum Ausdruck bringen, dass Vergünstigungen in dieser Höhe vertretbar sind und nicht zu einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten führen, dürfte sich dieser Betrag auch auf § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG auswirken mit der Folge, dass die grundsätzlich nicht gewünschte Wertreklame im Gesundheitswesen insgesamt deutlich liberalisiert wird. Es darf bezweifelt werden, dass diese Konsequenz gesundheitspolitisch erwünscht ist.

Die Schwelle von 5 % bedeutet wirtschaftlich nichts anderes als den Umsatz, der nach dem System des Preisrechts für den Erhalt von 1000 Präsenzapotheken vorgesehen ist. Wird dieser Umsatz der Präsenzapotheke entzogen, wird es zum Erhalt der flächendeckenden Versorgung erforderlich sein, andere Mittel in mindestens derselben Höhe zur Verfügung zu stellen, um die hierdurch hervorgerufenen Verwerfungen zu überwinden. Der BVDAK zweifelt, dass es Ausdruck einer nachhaltigen Politik ist, unnötige Geschenke an ausländische Marktteilnehmer mit gänzlich anderen Rahmenbedingungen zu gewähren, um die daraus entstandenen Lücken durch weitere Aufwendungen zu schließen.

Die Freigabe der Preise für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel hat gezeigt, dass die Marktanteile, die an den Versandhandel gegangen sind, unumkehrbar verlagert wurden. Selbst wenn der Gesetzgeber also die Möglichkeit der Bonifizierung zur Überprüfung stellen will, würde dies einerseits die Frage aufwerfen, ob die dann bereits eingetretene Dynamik noch aufgehalten werden kann. Andererseits würde sich dann aber erneut die Frage der Zulässigkeit der Beschränkung stellen. Die kritische Auseinandersetzung mit der Entscheidung des EuGH wird somit so oder so zu führen sein. Aus Sicht des BVDAK wäre es jedoch zu begrüßen, mittels der bereits jetzt anhängigen Verfahren diese Überprüfung kurzfristig vorzunehmen und dies nicht

⁹ Hierzu überzeugen zuletzt OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2018 – 2 U 39/17.

zulasten der deutschen Apotheken und der unabhängigen Arzneimittelversorgung der deutschen Bevölkerung auf die lange Bank zu schieben.

6. Erhalt der freien Apothekenwahl

Der BVDAK begrüßt ausdrücklich das Bekenntnis des BMG zur freien Apothekenwahl. Insbesondere wird insoweit begrüßt, dass der Gesetzgeber den Weg, den er durch die Schaffung der §§ 299 a/b StGB eingeschlagen hat, insoweit konsequent fortführt und, so sein Verständnis, auch die Aufforderung des BGH aus der Entscheidung vom 26. April 2018 (I ZR 121/17) zum Schutz der unbeeinflussten Wahrnehmung von Gesundheitsdienstleistungen aufnimmt. Insoweit hat der BGH ausgeführt:

65 (3) Eine entsprechende Anwendung von § 11 ApoG auf in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässige Versandapotheken, die Arzneimittel gem. § 73 I 1 Nr. 1a AMG an Endverbraucher nach Deutschland versenden dürfen, kommt nicht in Betracht. Das Apothekengesetz legt in anderen Vorschriften ausdrücklich fest, wenn Erlaubnisinhaber nach dem Apothekengesetz und Apotheken, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben, gleich behandelt werden sollen, so in § 14 IV und V 2 Nr. 1 ApoG. Eine entsprechende Gleichstellung ist in § 11 ApoG nicht angeordnet.

*66 **Zwar mag es nach dem Sinn und Zweck des in § 11 I ApoG geregelten Abspracheverbots zwischen Ärzten und Apothekern geboten sein, es nicht auf inländische Apotheken zu beschränken und es auf in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässige Versandapotheken zu erstrecken.** Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille, wenn er denn vorgelegen haben sollte, hat in der Vorschrift jedoch keinen Ausdruck gefunden. Es handelt sich dabei um eine strenge und deshalb als abschließend anzusehende Regelung (BGH, GRUR 2016, 213 Rn. 25 – Zuweisung von Verschreibungen). Eine erweiternde Auslegung von § 11 I ApoG oder eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Bekl. scheidet deshalb aus.*

Das hohe Gut der unbeeinflussten Versorgung der Patienten ist vorbehaltlos zu schützen. Hierzu gehört auch der Schutz der freien Entscheidung des Patienten, ob er sich durch eine Apotheke vor Ort *Auge in Auge* beraten lassen möchte oder nicht. Auch die Rechtsprechung hat bereits anerkannt, dass es sich bei dieser Entscheidung um ein schützenswertes Gut handelt, bei dem nicht durch äußere Einflüsse die Entscheidung abgenommen werden kann. Insoweit hat etwa das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 24. August 2018 (6 U 112/17) ausgeführt:

Auch löst die Teilnahmemöglichkeit an dem Gewinnspiel einen Anreiz aus, der den Schutzzweck des § 7 Abs. 1 HWG zuwiderläuft. Das Zuwendungsverbot des § 7 HWG soll eine mittelbare Gesundheitsgefährdung vermeiden und in erster Linie verhindern, dass die Kunden bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, unsachlich beeinflusst werden (BGH, a. a. O., „Freunde werben Freunde“, Rn. 27). Man könnte argumentieren, dass es darum vorliegend nicht gehe, weil das fragliche Arzneimittel bereits verordnet und ein Arzneimittelfehlgebrauch durch Beeinflussung des Arztes nicht zu befürchten ist. Es besteht jedoch die naheliegende Möglichkeit, dass der Patient sein Rezept bei der Beklagten vorlegt anstatt bei einer anderen Apotheke, insbesondere bei einer stationären Apotheke. Zu den Unterschieden hat der EuGH in seiner Entscheidung „DocMorris/Deutsche Parkinsonvereinigung“ (a. a. O., Tz. 24) ausgeführt, dass Versandapotheken im Gegensatz zu stationären Apotheken nicht in der Lage seien, Patienten durch ihr Personal vor Ort individuell zu beraten, sie haben ein eingeschränktes Leistungsangebot. Die Versandapotheke kann nur telefonisch und auf ausdrückliche Nachfrage beraten. Der EuGH sieht in diesem Unterschied einen entscheidenden Grund dafür aus, dass den Versandapotheken ein Preiswettbewerb ermöglicht werden muss (a. a. O., Tz. 24). Es kann in der Tat für den Kunden bedeutsam sein, auch bei Einlösung eines Rezepts unaufgefordert beraten zu werden, beispielsweise im Hinblick auf Wechselwirkung mit anderen Medikamenten; hierfür ist der Apotheker ausgebildet. Die Entscheidung für eine stationäre Apotheke oder eine Versandapotheke ist daher für die Gesundheit des Kunden relevant und muss von ihm getroffen werden. Diese Entscheidung wird

*durch die Durchführung des Gewinnspiels unsachlich beeinflusst,
was den Tatbestand des § 7 Abs. 1 HWG ausfüllt.*

Eine hochwertige und patientenorientierte Beratung ist nur dann möglich, wenn der Patient die freie und unbeeinflusste Wahl hat, welchen Leistungserbringer er in Anspruch nehmen möchte. Insoweit darf es weder zu einer Beeinflussung durch Versandapotheken noch zu einer Beeinflussung durch gesetzliche Krankenkassen oder andere Kostenträger und erst recht nicht durch ausländische Konzerne kommen. Die Apotheken in Deutschland sind aufgrund des Fremdbesitzverbotes und der damit verbundenen Unabhängigkeit sowie der persönlichen Haftung in besonderem Maße geeignet, das für die Inanspruchnahme derartiger Dienstleistungen erforderliche Vertrauen der Patienten aufzubauen zu erhalten.

7. Aufstockung der Finanzmittel des Nacht- und Notdienstfonds

Der BVDAK begrüßt es, dass sein Vorschlag zur Aufstockung der Notdienstpauschale sowohl inhaltlich als auch der Höhe nach Einzug in die Vorschläge des BMG gefunden hat.

8. Zusätzliche pharmazeutische Dienstleistungen

Der BVDAK begrüßt es, dass die Forderung nach der Vergütung weiterer Dienstleistungen, insbesondere der Erstellung und Überwachung von Medikationsplänen, Einzug in die Vorschläge des BMG gefunden hat.

8.1 Zumindest zum jetzigen Zeitpunkt wurde das Angebot, die Möglichkeit der Grippe-schutzimpfung in der Apotheke zur Steigerung der Durchimpfungsrate zu normieren, nicht aufgenommen. Der BVDAK steht jedoch gerne zur Verfügung, hier mit den im BVDAK zusammengeschlossenen Kooperationen an diesem und weiteren Angeboten mitzuwirken und die insoweit im Interesse der Allgemeinheit liegenden Ziele weiterzuverfolgen.

8.2 Dies gilt auch im Zusammenhang mit der aus Sicht des BVDAK erforderlichen Regelung über eine Vergütung des patientenindividuellen Stellens und Verblisterns in Apotheken, wodurch es zu einer signifikanten Entlastung in der Pflege kommen wird,

sowie die korrespondierend hierzu gesetzliche Normierung von Verträgen mit ambulanten Pflegeeinrichtungen.

- 8.3 Schließlich sollte, so wie im Zusammenhang mit der Erhöhung der Finanzmittel für Nacht- und Notdienst einerseits sowie der angedachten Erhöhung der BTM Vergütung andererseits ein entsprechender Manufakturzuschlag für die Rezeptur nicht aus den Augen verloren werden.

9. Erhöhung der BtM-Vergütung

Der BVDAK begrüßt den Vorschlag, die arbeitsintensive Dokumentation der BtM-Abgabe angemessen zu honorieren.

10. Verbesserung der Qualität bei Versandhandel und Botendienst und Legaldefinition des Botendienstes

Der BVDAK begrüßt es, dass die Forderung nach einer klaren Abgrenzung zwischen Botendienst und Versandhandel zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten in die Eckpunkte aufgenommen wurde. Somit wird sichergestellt, dass in Zukunft jede Apotheke uneingeschränkt in ihrem Einzugsbereich Botendienst im Interesse einer schnellen Versorgung der Patienten anbieten kann, um auf diese Weise nicht nur die Vorteile der Nähe der inhabergeführten Apotheken auszuspielen, sondern auch den im Rahmen des Botendienstes gewährleisteten persönlichen Kontakt zwischen Gesundheitsdienstleister und Patienten zu wahren.

Ausdrücklich begrüßt wird auch das Ziel, die Qualität und Wirksamkeit von ausgelieferten Arzneimitteln durch die Konkretisierung von Anforderungen etwa im Bereich der Temperaturkontrolle zu gewährleisten. Es ist nicht nachvollziehbar, warum Apotheken einerseits in ihren Räumen für dauerhafte Temperaturkontrolle sorgen müssen, der von der Apotheke kontrollierte Weg zum Patienten hiervon jedoch gerade in Zeiten von heißen Perioden, wie etwa der Sommer 2018, ausgenommen sein soll.

11. Zusammenfassung

Der BVDAK ist erfreut, dass eine Reihe der Vorschläge seiner Stellungnahme sich im Eckpunktepapier des BMG wiederfinden. Für die im BVDAK zusammengeschlossenen Apotheken ist dies Ansporn, auch in Zukunft aktiv an der Weiterentwicklung des Apothekenmarktes mitzuwirken.

Diese Eckpunkte können jedoch alle nur dann als Fortschritt gewertet werden, wenn zugleich auch an der grundlegenden Forderung der Gleichpreisigkeit festgehalten wird. Diese Gleichpreisigkeit, die zugleich die nationale Kompetenz des deutschen Gesetzgebers schützt, lässt sich, worauf von Seiten des BVDAK wiederholt hingewiesen wurde, ohne weiteres erreichen. Insoweit wiederholt der BVDAK seine Forderung, die Gleichpreisigkeit nicht aufgrund eines offensichtlich fehlgeleiteten Urteils des EuGH, von dem der EuGH in Folgeentscheidungen bereits hinsichtlich der Begründung Abstand genommen hat, aufzugeben, sondern im Einklang mit der Auffassung der deutschen Gerichte sich hier über ein neues Verfahren die nationale Souveränität bestätigen zu lassen.

Bis zu dieser erneuten Entscheidung ist es ohne weiteres möglich, auch ausländischen Versandapotheken über das SGB V zu untersagen, Arzneimittel, die zu Lasten der Versichertengemeinschaft abgegeben werden, zu bonifizieren. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, dass es die deutschen Präsenzapotheken sind, die nach wie vor qualitativ nicht nur die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln sicherstellen, sondern auch eine Vielzahl von qualifizierten Mitarbeitern beschäftigen und Ausbildungsplätze vermitteln und verlässlich Gewerbe- und Einkommenssteuer entrichten.

Aus Sicht des BVDAK ist nicht nachvollziehbar, warum bei einem so hohen Gut wie Arzneimitteln und der damit verbundenen Gesundheitsfürsorge die Gleichpreisigkeit aufgegeben wird, während etwa im Bereich der Buchpreisbindung fraktionsübergreifend hieran weiter festgehalten wird. Dies gilt ungeachtet der an dieser Stelle nicht weiter zu vertiefenden Frage, ob nach der Aufgabe der Gleichpreisigkeit im Bereich der Arzneimittel die Buchpreisbindung noch zu halten sein wird.