

**European Association of Mail Service Pharmacies
(EAMSP)**

**Stellungnahme zum
Antrag
der Abgeordneten Kathrin Vogler, Sabine Zimmermann (Zwickau),
Matthias W. Birkwald, Katja Kipping, Dr. Petra Sitte, Azize Tank,
Harald Weinberg, Birgit Wöllert, Pia Zimmermann und der Fraktion
DIE LINKE.**

"Gute und wohnortnahe Arzneimittelversorgung"

(Drucksache 18/10561 – 05.12.2016)

Hamburg, 12. Mai 2017

Vorbemerkung

Die Arzneimittelversorgung in Deutschland steht insbesondere aufgrund des Strukturwandels durch die Digitalisierung und Demographie vor großen Herausforderungen, denen sich das Gesundheitssystem stellen muss. Sowohl in urbanen Regionen, als auch im ländlichen Raum müssen langfristige Konzepte zur Versorgung mit Arzneimitteln erstellt werden.

Versandapotheken sind hier seit mehr als dreizehn Jahren, vor allem für chronisch kranke Patienten, neben den Vor-Ort-Apotheken, eine sinnvolle und hilfreiche Ergänzung in der flächendeckenden Versorgung.

Außerdem sind Apotheker sowie pharmazeutisch technische Assistenten (PTA's) unabhängig vom Vertriebskanal im Rahmen der Abgabe und der damit verbundenen Beratung ein wichtiges Element für die vom Arzt verordnete und vom Patienten umgesetzte Therapie.

Es muss einem Verbraucher frei stehen, die Beratungsleistung einer Versandapotheke per Telefon, Internet oder App in Anspruch zu nehmen. Diese Möglichkeit der freien Entscheidung ist eine Grundvoraussetzung für die Selbstbestimmung des Patienten und Ausdruck unserer Sozialen Marktwirtschaft.

Bewertung

Wir nehmen wie folgt zu den Feststellungen unter I. Stellung:

1. Sicherstellung der Adhärenz durch Präsenzapotheken

In der Feststellung des Antrags unter I. wird vorgetragen, „Das persönliche Gespräch ist unerlässlich, um auf die individuellen Belange der Patientinnen und Patienten eingehen zu können.“

Versandapotheken bieten ebenso wie vor Ort Apotheken eine persönliche Beratung an. Die Patienten können telefonisch oder über eine Videoberatung alle Fragen klären und direkt mit Apothekern oder PTA's ins Gespräch kommen. Dazu kommt, dass gerade in Fällen, in denen es für die Patienten unangenehm sein könnte, über ihre Erkrankung oder ein Arzneimittel persönlich zu sprechen, Versandapotheken über ihre Kommunikationskanäle ein sehr diskreter Weg sind, kompetente Beratung zu erhalten. Zusätzlich zu diesen persönlichen Beratungsmöglichkeiten erhalten die Patienten von Versandapotheken bei jeder Bestellung schriftliche Einnahmehinweise sowie Hinweise zu Wechsel- und Nebenwirkungen, die sie sich jederzeit noch einmal in Ruhe durchlesen und bei Bedarf auch ihrem behandelnden Arzt vorlegen können.

Und weiter heißt es unter I.: „Studien belegen die Effektivität apothekerlicher Interventionen...“. Gerade Versandapotheken leisten hier einen empirisch belegbaren Beitrag zur Verbesserung der Adhärenz. Dies belegen zahlreiche Studien

im In- und Ausland¹. So konnte in einer Studie mit Multiple Sklerose Patienten einer Versandapotheke nachgewiesen werden, dass die Adhärenz von durch Versandapotheken betreuten Patienten im ersten Jahr um 7,7 Prozent höher war, als in der nicht betreuten Kontrollgruppe, im zweiten Jahr sogar um 8,4 Prozent höher. Der Schwellenwert für das Vorhandensein von Adhärenz (Medication Possession Ratio MPR) von höher 80 Prozent wurde in beiden Jahren übertroffen (84,4 Prozent und 84,1 Prozent).²

2. Nacht- und Notdienst

Des Weiteren heißt es: „Zur Notfallversorgung innerhalb und außerhalb der regulären Öffnungszeiten besteht kaum eine Alternative zu Präsenzapothen.“

Richtig ist, dass EU-Versandapotheken in der Bundesrepublik keinen Nacht- und Notdienst leisten dürfen. Dies verbietet EU-Versandapotheken das sogenannte Fremdbesitzverbot (§ 8 ApoG), das ihnen als Kapitalgesellschaft untersagt, eine deutsche Präsenzapotheke zu führen oder sich an einer solchen zu beteiligen.

Demgegenüber verschweigt der Antrag, dass EU-Versandapotheken freiwillig in den Nacht- und Notdienstfonds entsprechend einer deutschen Apotheke einzahlen und so einen wichtigen Beitrag zur Finanzierung der Nacht- und Notdienstvergütung leisten. Der Deutsche Apothekerverband e. V., der den Nacht- und Notdienstfonds führt (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 ApoG), hat mit dem EAMSP für mehrere EU-Versandapotheken bereits im Juni 2014 einen entsprechenden Vertrag über die Abführung der vereinnahmten Erhöhungsbeiträge gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 AMPreisV geschlossen.

Das EuGH-Urteil hat die Nacht- und Notfallversorgung ebenfalls nicht als Argument gelten lassen³:

„Zu dem auf eine qualitativ hochwertige Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gestützten Argument ist festzustellen, dass dem Gerichtshof entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung keine Belege dafür vorgelegt wurden, dass sich die Versandapotheken ohne eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen Preiswettbewerb liefern könnten, so dass wichtige Leistungen wie die Notfallversorgung in Deutschland nicht mehr zu gewährleisten wären, weil sich die Zahl der Präsenzapothen in der Folge verringern würde. Insoweit ist auf die in Rn. 24 des vorliegenden Urteils angeführten anderen Wettbewerbsfaktoren als den

¹ Fischer KE, Frey S, Lichtenberg F, Has pharmaceutical innovation increased persistence and adherence of multiple sclerosis patients in Germany?

² Lemmen, C. et al. (2013): Impact of a pharmacy adherence programme used for patients with multiple sclerosis: an opportunity to improve medication compliance and persistence in Germany. 29Th Congress ECTRIMS 2013 - Copenhagen. In: Multiple Sclerosis Journal 2013, 19(SI), S . 362.

³ EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 39

Preis hinzuweisen, die den traditionellen Apotheken eventuell ermöglichen könnten, im Wettbewerb mit dem Versandhandel auf dem deutschen Markt konkurrenzfähig zu bleiben.“

3. Situation des Versandhandels in anderen EU-Mitgliedstaaten

Der Antrag stellt außerdem fest, der Versandhandel schwäche die Strukturen vor Ort und damit auch die wohnortnahe und schnelle Versorgung rund um die Uhr. „Das ist sicher ein Grund, warum drei Viertel der europäischen Staaten den Versandhandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln nicht erlauben.“

In den genannten 21 Mitgliedstaaten der EU war der Rx-Versandhandel bisher nicht zugelassen. Das unterscheidet die dortige Rechtslage jeweils von der deutschen. In Deutschland ist der Versandhandel seit 2004 zugelassen. Es hat in den vergangenen 13 Jahren keine Probleme mit der Arzneimittelsicherheit und der Sicherheit der flächendeckenden Versorgung gegeben. Insofern hat der deutsche Gesetzgeber die Freiheit der Entscheidung von verantwortungsvollen Patienten und Verbrauchern respektiert.

Der Verweis auf die Nichtzulassung in Mitgliedstaaten der EU ist auch insofern irreführend, als in vielen dieser Staaten die Apothekensysteme als Ganzes anders geregelt und organisiert sind. Es gibt beispielsweise in anderen Mitgliedsstaaten der EU kein Fremd- und Mehrbesitzverbot, was im Umkehrschluss die Bildung von Apothekenketten (Bsp. Großbritannien) erlaubt, um eine Flächendeckende Versorgung zu gewährleisten. Auch gibt es in anderen Ländern, wie beispielsweise Österreich oder der Schweiz ein Dispensierrecht der Ärzte. Ebenfalls sehen andere europäische Länder eine Bedarfsplanung (Österreich) oder eine Niederlassungsbeschränkung (Großbritannien) vor.

In Frankreich etwa gibt es noch das System der Apothekenbezirke.⁴ Die Erlaubnis für den Betrieb einer Apotheke erfolgt durch den Generaldirektor der Agence régionale de Santé (ARS) (regionale Gesundheitsbehörde) im Einvernehmen mit den staatlichen Behörden des Departements, dem Ordre national des Pharmaciens sowie Repräsentanten der Apothekergewerkschaften („syndicats pharmaceutiques représentatifs“). Die Zahl der zugelassenen Apotheken hängt von der Einwohnerzahl der Kommune ab. Der ausschließlich für OTC zugelassene Versandhandel ist erst sehr

⁴ Vgl zu den folgenden Ausführungen Ordre national des pharmacies: „Pharmacie“, Artikel auf der Website des Ordre national veröffentlicht unter <http://www.ordre.pharmacien.fr/Le-pharmacien/Secteurs-d-activite/Pharmacie>, (Abruf 1.3.2017). Zur Rechtsgrundlage vgl. Code de la santé publique, Article L 5125-3, im Internet veröffentlicht unter <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20170301> (Abruf 1.3.2017). Vgl auch Service-public fr.: Artikel auf der Website des französischen Staates: „Conditions d'ouverture d'une pharmacie“, veröffentlicht im Internet unter <http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F13777.xhtml> (Abruf 1.3.2017)

spät (2012/2013) nach großem Widerstand der Regierung und der Apothekerverbände sowie nach Prozessen rechtlich geregelt worden. Tatsächlich ist er von sehr geringer Bedeutung. Trotz des Systems der Apothekenbezirke und der Regulierungen wird auch in Frankreich der Apothekenschwund in ländlichen Regionen und die Schließung von Apotheken in Ballungsräumen beklagt.⁵ Auch hier könnte der Rx-Versandhandel eine sinnvolle Ergänzung zur Sicherstellung der Versorgung bedeuten. Aber in Frankreich sind die von Interessengruppen organisierten Widerstände angesichts der etatistischen Tradition größer. Das Beispiel Frankreich zeigt, dass staatliche Regulierung gegen den Markt zu Strukturverwerfungen zu Lasten der Verbraucher führt. Und hier sei noch gesagt, dass in Frankreich der Rx-Versand noch nie erlaubt war, weshalb das Verbot auch geltendem EU-Recht entspricht.

Im Gegensatz zu Frankreich etwa hat sich in Schweden der Versandhandel sowohl mit OTC als auch mit Rx zu einer wichtigen Ergänzung des Apothekensystems entwickelt. Mit der großen Apothekenreform von 2009 wurden Staatsmonopol und Apothekenbezirke abgeschafft, Kapitalgesellschaften als Eigentümer von Apotheken und Apothekenketten sowie der Rx- und OTC- Versandhandel zugelassen.⁶ Die Anzahl der Apotheken ist in den sechs Jahren seit der Apothekenreform um knapp 48 Prozent gestiegen. Damit sank die Zahl der Einwohner je Apotheke von gut 10.000 vor der Reform auf derzeit unter 7.200.⁷ Natürlich ist in diesem dünn besiedelten Staat die Apothekendichte in den weiten ländlichen Räumen sehr gering. Aber die Versorgungslage hat sich durch Verkaufsstellen und den Versandhandel (4 Prozent des Umsatzes)⁸ deutlich gebessert. Schweden, wie auch Norwegen und Finnland, sind Staaten, die den Rx-Versandhandel als wichtige Ergänzung zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln nutzen. Ähnliches gilt für Großbritannien und Dänemark.

4. Heilberufliche Verantwortung; Arzneimittelsicherheit

Weiterhin heißt es in dem Antrag, Patientinnen und Patienten können nicht sicher

⁵ Le Parisien: „Une pharmacie ferme tous les trois jours“, Artikel vom 13. Juni 2013, veröffentlicht im Internet unter <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/une-pharmacie-ferme-tous-les-trois-jours-13-06-2013-2891627.php>, (Abruf 1.3.2017)

⁶ Anell, Anders; Glenngård, Anna H.; Merkur, Sherry: Health System Review Sweden. Reihe Health Systems in Transition, Vol. 14, No. 5, 2012, im Internet: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/164096/e96455.pdf (Abruf 01.03.2017), S. 92 ff, S. 103 ff. und S. 113. Zu den gesetzlichen Grundlagen: Lag (2009: 366) om handel med läkemedel, Gesetzesammlung des schwedischen Reichstages: Sveriges Riksdag>Website>Dokument & lagar>Lag (2009: 366) om handel med läkemedel. Im Internet: http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2009366-om-handel-med-lakemedel_sfs-2009-366 (Abruf 01.03.2017).

⁷ S. Tabelle in: Sveriges Apoteksförening (Hg.): Branschrapport 201, Stockholm, o.J., im Internet: <http://www.sverigesapoteksforening.se/wp-content/uploads/Branschrapport-2016.pdf> (Abruf 22.08.2016), S. 6

⁸ Ibid. S. 2

zwischen legalen und kriminellen Versandapotheken unterscheiden und es werde im Zuge des EuGH Urteils eine weitere Zunahme von illegalen Apotheken erwartet. Hierzu möchten wir grundsätzlich folgendes ausführen:

EU-Versandapotheken kommen genauso wie inländische Präsenzapothekeinhaltlich den Beratungspflichten und Qualitätsanforderungen gemäß § 11a Apothekengesetz sowie §§ 17 und 20 ApBetrO nach.

Regelungen im Sitzstaat

Dass EU-Versandapotheken, die z.B. ihren Sitz in den Niederlanden haben, den von den vorgenannten Vorschriften aufgestellten Anforderungen genügen, dokumentiert bereits die „*Bekanntmachung der Übersicht zum Versandhandel mit Arzneimitteln nach § 73 Absatz 1 Satz 3 des Arzneimittelgesetzes*“ des Bundesministeriums der Gesundheit vom 05.07.2011.

Zudem entsprechen die gesetzlichen Regelungen, die EU-Versandapotheken in ihrem Sitzstaat zu beachten haben, nicht nur weitestgehend den in der Bundesrepublik bestehenden Regelungen, sondern gehen über diese teilweise sogar hinaus. So bieten EU-Versandapotheken schon heute Wechselwirkungsprüfungen an, die weit umfangreicher sind, als es die gesetzlichen Regelungen erfordern, die im Einfuhrmitgliedsstaat gelten. EU-Versandapotheken, die in den Niederlanden ansässig sind, sind z.B. zur Speicherung der Medikationsgeschichte des Kunden unter Beachtung der Datenschutzbestimmungen verpflichtet.

Nach Artikel 2.2 der Niederländischen Apothekennorm NAN 2006 wird vom niederländischen Apotheker verlangt, dass er eine Patientendatei pflegt, in der der Arzneimittelverbrauch und zumindest relevante persönliche und klinische Daten enthalten sind⁹. Nach der sog. „*Richtlijn Overdracht*“ haben „*Anbieter von Dienstleistungen im Gesundheitswesen*“ regelmäßig zu kontrollieren, ob die ihnen vorliegenden Patientendaten vollständig sind und noch stimmen. Dies soll eine möglichst vollständige Wechselwirkungsberatung und nachhaltige Arzneimittelsicherheit gewährleisten¹⁰. Demgegenüber findet die

⁹ Vgl. Art. 2.2 („Medikationsüberwachung“) 2.2.2 S. 2 NAN 2006 (sinngemäße Übersetzung ins Deutsche): „*Die Apotheke hält die Abarbeitung von festgestellten und vermuteten Risiken fest.*“; Art. 2.5.1 NAN 2006 (sinngemäße Übersetzung ins Deutsche): „*Die Apotheke hält Daten bezüglich der pharmazeutischen Fürsorge- und Dienstleistung sämtliche Daten in einer Patientendatei fest, sodass diese in der Zukunft sicher und wirksam gewährleistet ist und übertragen werden kann*“, abrufbar in niederländischer Sprache unter: http://www.knmp.nl/downloads/nan_2006.pdf.

¹⁰ Sinngemäße Übersetzung ins Deutsche: „*1. Bei jedem Kontakt mit einem Verschreiber ist immer eine aktualisierte Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten, „*auf der das ärztliche Handeln basieren muss*“; „*2. Bei einer Notaufnahme ist so schnell wie möglich, aber spätestens innerhalb von 24 Stunden, eine aktualisierte Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten; „*3. Bei einer Übertragung auf das nächste Kettenglied ist so schnell als für eine verantwortete Gesundheitspflege erforderlich, aber spätestens innerhalb von 24 Stunden, die aktuelle Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten; weiter heißt es: „*Der Apotheker ist für die sichere Aushändigung und Überwachung der dem Patient verschriebenen Arzneimittel*“ verantwortlich. „*Er organisiert die Prozesse so, dass die Medikationsübersicht bei jeder Übertragung von einem Verschreiber auf einen anderen Verschreiber immer aktuell ist*“.

Wechselwirkungsprüfung in der deutschen Präsenzapotheke in der Regel nur auf das Einzelrezept beschränkt statt. Der deutsche Apotheker muss außerdem auf die mündlichen Angaben des Kunden, etwa zu dessen aktueller Medikation vertrauen¹¹.

Arzneimittelsicherheit und pharmazeutische Beratung

Bei Bestellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel bei EU-Versandapotheken ist höchste Arzneimittelsicherheit und pharmazeutische Beratungsqualität gewährleistet. Das Rezept des Arztes wird durch qualifizierte Mitarbeiter der EU-Versandapotheke kontrolliert, eingehend geprüft und erst dann wird das Arzneimittel ausgegeben. Bei den führenden EU-Versandapotheken für rezeptpflichtige Arzneimittel (DocMorris N.V. und Europa Apotheek Venlo B.V.) sind weit über 100 Apotheker und qualifiziertes pharmazeutisches Personal angestellt, um die Kunden telefonisch, per Mail oder auch per Brief entsprechend zu beraten. Kunden können über eine kostenfreie Servicenummer anrufen und sich auf diese Weise jederzeit durch pharmazeutisches Personal in deutscher Sprache umfassend über das gewünschte Produkt, vergleichbare Medikamente oder eventuelle Neben- und Wechselwirkungen informieren. Zudem werden Einnahmeinformationen auch schriftlich mitgeteilt. Aufgrund umfangreicher computergestützter Dokumentationsmöglichkeiten stellen EU-Versandapotheken pharmazeutisch präzise die bisherigen Bestellungen verschreibungspflichtiger Arzneimittel dar und betreuen insofern den Kunden intensiv. Jede Bestellung mit rezeptpflichtigen und rezeptfreien Medikamenten wird hinsichtlich Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten genau kontrolliert und der Kunde über etwaige Wechselwirkungen informiert. Außerdem wird überprüft, inwieweit bereits frühere Bestellungen und Belieferungen mit verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln erfolgt sind. Diese werden mit in die pharmazeutischen Prüfprozesse eingebunden.

EU-Versandapothekenlogo

Bereits in der Vergangenheit trug darüber hinaus das bundesdeutsche DIMDI-Logo, das vom Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information, einem Institut im Geschäftsbereich des Bundesgesundheitsministeriums, vergeben wurde, zu mehr Transparenz beim Versand- bzw. Internethandel mit Arzneimitteln bei. Das DIMDI-Logo war ein Sicherheitslogo, das nur solche Apotheken führen durften, die im Versandapothekenregister erfasst waren. Dort wurden wiederum nur behördlich zum Versandhandel zugelassene Apotheken geführt. Aus dem DIMDI-Logo ist nunmehr das sog. EU-Versandapothekenlogo geworden. Dieses basiert auf der Richtlinie 2011/62/EU sowie der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 699/2014, die zum 01.07.2015 in allen Mitgliedsstaaten gilt und die das DIMDI-Logo abgelöst hat. So

¹¹Vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 ApoBrO: „Die Beratung muss die notwendigen **Informationen** über die sachgerechte Anwendung des Arzneimittels umfassen, soweit erforderlich, auch über eventuelle Nebenwirkungen oder Wechselwirkungen, **die sich aus den Angaben auf der Verschreibung sowie den Angaben des Patienten oder Kunden ergeben**, und über die sachgerechte Aufbewahrung oder Entsorgung des Arzneimittels.“ (Hervorhebung d.d. Verf.).

wird das Vertrauen des Verbrauchers in (EU)-Versandapothen weiter gestärkt. Klickt der Kunde das EU-Versandapothenlogo auf der Internetseite der EU-Versandapotheke an, gelangt er zum Registereintrag der Behörde des Mitgliedsstaats, in dem die EU-Versandapotheke zugelassen ist.

Des Weiteren weisen wir darauf hin, dass sich die im EAMSP organisierten Versandapothen im Rahmen der Association of Safe Online Pharmacies (ASOP) zusammen mit Pharma-, Internet- und Zahlungsverkehrsunternehmen am globalen Kampf gegen illegale Angebote im Internet und Arzneimittelfälschungen seit Jahren engagieren. Da es sich bei den Betreibern solch illegaler Angebote um Vertreter internationaler, organisierter Kriminalität handelt, arbeitet ASOP hier sehr eng mit nationalen, europäischen und internationalen Strafverfolgungsbehörden zusammen.

Der Aufforderung des Antrags unter II. ist nicht zuzustimmen.

1. Alternativen zum Rx-Versandverbot

Es liegen verschiedene Vorschläge vor, die eine Alternative zu einem Verbot darstellen und bei einer Neuregelung der Arzneimittelpreisverordnung ansetzen.

Eine Möglichkeit ist die Empfehlung von Prof. Achim Wambach, Vorsitzender der Monopolkommission, den Festpreis aufzuheben und allen Apotheken Rabatte zu erlauben. „Um den niedergelassenen Apotheken die Sorge vor Umsatzverlusten wegen des schärferen Preiswettbewerbs zu nehmen, sollte die Höhe des Rabatts begrenzt werden.“¹²

Eine Formulierung für die Neufassung von § 3 III AMPreisV könnte sein:

„Innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Regelung darf abweichend von dem in Abs. 1 S. 1 vorgesehenen Festzuschlag im Falle des Versandes gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 1a des Arzneimittelgesetzes der sich nach Abs. 2 ergebende Betrag bis zu einer Höhe von 5,00 Euro je abgegebener Packung unterschritten werden.“

Es sei daran erinnert, dass bereits im Jahr 2006 mit dem GKV-WSG ein europa- und verfassungsrechtskonformer Gesetzesentwurf nach vorherigem Kabinettsbeschluss in den deutschen Bundestag eingebracht wurde (Drucksache 16/3100). Dies zeigt, dass es durchaus Alternativen zu einem Verbot des Rx-Versandhandels gibt. Hier heißt es auf Seite 144: „Außerdem erhalten die Apotheken die Möglichkeit, ihre Position gegenüber ihren Kunden auch durch Nachlässe auf die höchstzulässigen Handelszuschläge zu verbessern. Insbesondere können die Apotheken bei der Abgabe an Endverbraucher auch auf die Berechnung von Zuzahlungen teilweise verzichten.

¹² F.A.Z. DONNERSTAG, 26. JANUAR 2017, WIRTSCHAFT, Monopolkommission knöpft sich Minister Gröhe vor, Regierungsberater nennen Verbot des Pillen-Versandhandels fragwürdig und falsch.)

Dies bleibt für die Kostenträger finanzneutral. Damit werden insbesondere auch die Wettbewerbsbedingungen in- und ausländischer Versandapotheken harmonisiert.“

Zu den Aufforderungen des Antrags unter II. sei weiterhin anzumerken, dass bereits im Rahmen des "Gesetz zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln" (Referentenentwurf vom 17. 02. 2017) eine Stellungnahme Seitens des EAMSP's abgegeben wurde, die wir uns erlauben, im Rahmen der Aufforderungen dieses Antrags noch einmal auszuführen.

Diese Stellungnahme gliedert sich in drei Segmente. Nach einem „allgemeinen Teil“, der auf die einzelnen Positionen des Gesetzentwurfes eingeht, wird im Kapitel „Lage und Perspektiven des deutschen Apothekensystems“ zunächst die Fehlentwicklungen des Apothekenmarktes dargestellt.

Im Kapitel „Keine Apothekenschließungen durch Rx-Boni EU-ausländischer Versandapotheke“ wird nachgewiesen, dass auf Grund verschiedener Rahmenbedingungen und Verhaltensweisen deutscher Verbraucher bzw. Patienten der Versandhandel aus dem EU-europäischen Ausland keine deutsche Apotheke gefährdet.

In den folgenden Abschnitten wird nun zu den Positionen des Referentenentwurfes im Einzelnen Stellung genommen:

**European Association of Mail Service Pharmacies
(EAMSP)**

**Stellungnahme zum
Gesetzentwurf des Bundesministerium für Gesundheit
für ein
"Gesetz zum Verbot des Versandhandels mit
verschreibungspflichtigen Arzneimitteln"
(Referentenentwurf vom 17. 02. 2017)**

Hamburg, 9. März 2017

Inhalt

1.	Zusammenfassung.....	12
2.	Vorbemerkung.....	16
3.	Allgemeine Bewertung	16
4.	Ökonomische Bewertung – Lage und Perspektive des deutschen Apothekensystems.....	26
4.1.	Die Fehlallokation der Apotheken durch das Festpreissystem	26
4.2.	Apothekenkonzentration und Apothekenschwund als Folge des Festpreissystems	29
4.3.	Zur Verstärkung der Fehlallokation und des Apothekenschwundes durch Empfehlungen aus den Apothekerverbänden	32
4.4.	Ergebnis: Die Notwendigkeit der Flexibilisierung des Apothekensystems	33
5.	Keine Apothekenschließungen und Gefährdung der Versorgungssicherheit durch Rx-Boni EU-ausländischer Versandapotheken	34
5.1.	Die Erfahrung der Jahre 2004 bis 2012	34
5.2.	Die aktuellen Erfahrungen und Perspektiven.....	35
6.	Rechtliche Bewertung	38
6.1.	Positive Erfahrungen mit dem Rx-Versandhandel und Situation in anderen Mitgliedsstaaten	
	39	
6.2.	Kein überschießender Wettbewerbsvorteil von EU-Versandapotheken gegenüber inländischen Präsenzapotheken infolge des EuGH-Urteils	41
6.3.	Ohne weiteres keine Vorsorgenotwendigkeit im Hinblick auf die sog. flächendeckende Arzneimittelversorgung in der Bundesrepublik erkennbar.....	43
6.4.	Ohne weiteres kein gesteigertes Sicherungsbedürfnis der sozialen Sicherungssysteme der Bundesrepublik erkennbar	43
6.5.	§ 7 HWG.....	46
6.6.	Vermeintliche Alleinstellungsmerkmale inländischer Präsenzapotheken	46
6.6.1.	Nacht- und Notdienst; Katastrophenlagen	47
6.6.2.	Pharmazeutische Beratung; heilberufliche Verantwortung; Arzneimittelsicherheit.....	48
6.6.2.1.	Regelungen im Sitzstaat	6
6.6.2.2.	Arzneimittelsicherheit und pharmazeutische Beratung	7
6.6.2.3.	EU-Versandapothekenlogo.....	7
6.6.2.4.	Organisationsformen von EU-Versandapotheken	50
6.6.3.	Keine Gefahr von Arzneimittel Fehl- und Mehrgebrauch	51
6.6.4.	Herstellung von Rezepturarzneimitteln	52
6.7.	Rechtliches Fazit	53

1. Zusammenfassung

Allgemeine Bewertung

Mit dem Gesetzentwurf reagiert das Bundesgesundheitsministerium (BMG) auf massive Forderungen von Apothekerverbänden, den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu verbieten und den deutschen Rx-Arzneimittelverkaufsmarkt gegen Europa abzuschotten. Die Argumente des BMG für dieses fast beispiellose protektionistische Vorgehen eines Bundesministeriums halten weder einer fachlichen noch einer rechtlichen Überprüfung stand. Es werden nicht erwiesene Tatsachen behauptet, verfassungs- und europarechtliche Vorgaben werden übergangen.

Ziel des Gesetzes soll es sein, "die bestehende flächendeckende, wohnortnahe und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln weiterhin zu gewährleisten". Dieses Bild einer lückenlosen Versorgung durch Präsenzapotheken entspricht nicht der Realität, da sich die Apothekendichte zwischen Stadt und Land zunehmend auseinander entwickelt.¹³ Eine bedarfsplanerische Steuerung von Anzahl und Verteilung von Apotheken widerspräche auch dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958. Ebenso wenig trägt die Behauptung, ohne ein Verbot von Boni für Rx-Arzneimittel werde das auf dem Solidargedanken basierende System der Gesetzlichen Krankenversicherung gefährdet. Preisnachlässe von Versandapothen werden von diesen getragen und gehen nicht zu Lasten der Krankenkassen.

Dem BMG sind diese Zusammenhänge wohl bewusst. 2006 legte es einen Gesetzentwurf vor ("Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens in der gesetzlichen Krankenversicherung", GKV-WSG), der den Apotheken gestatten sollte, Arzneimittelpreise und Zuzahlungen flexibel zu gestalten. Davon, so die damalige Begründung, würden "Endverbraucher, Krankenversicherungen und andere Sozialversicherungsträger profitieren". Auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Versandhandelsverbots beurteilte das BMG noch vor wenigen Jahren anders als heute. 2012 erklärte es in einer Pressemitteilung, ein Verbot des Rx-Versandhandels sei ein unberechtigter Eingriff in die Berufsfreiheit und daher verfassungsrechtlich nicht realisierbar¹⁴. Die gegensätzliche Beurteilung von Grundsatzfragen der Gesundheitsversorgung innerhalb weniger Jahre macht die Begründung des Gesetzesentwurfes unglaublich. Der Vorschlag zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln 2012 wurde im Übrigen laut der Gesetzesmaterialien ausdrücklich deshalb abgelehnt, da ihm dem verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen (vgl. BT-Drs. 17/10156, S. 81).

¹³ Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft: Ländliche Regionen verstehen Fakten und Hintergründe zum Leben und Arbeiten in ländlichen Regionen, Dezember 2016

¹⁴ <http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/marke/nachricht-detail-markt/bmg-rx-versandverbot-ist-verfassungswidrig/?&noMobile=1>

Auch bei Einzelfragen der Marktsituation und der Versorgungsrealität im Apotheken- und Arzneimittelbereich stellt der Gesetzentwurf falsche Behauptungen auf. Bezuglich der Qualifikation und des Berufsethos von Versandapotheken wird ein nahezu ehrabschneidendes Zerrbild gezeichnet, das die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung vielfach bestätigte Gleichwertigkeit der Beratung und Versorgung durch Versandapotheken völlig negiert. "Heilberufliche Integrität", "Einhaltung hoher professioneller Standards" und "persönliche Beratung" werden allein deutschen Präsenzapothen zugesprochen. Wer mit solch haltlosen Unterstellungen agiert, zeigt, dass es ihm an politischen und fachlichen Argumenten mangelt. Unterschlagen wird dabei auch, dass für den Versandhandel mit Arzneimitteln schon 2004 ein Qualitätssicherungssystem vorgeschrieben wurde, während dies für Präsenzapothen erst seit 2014 Pflicht ist – also erst 10 Jahre später.

Die fachlichen und rechtlichen Mängel des Gesetzentwurfs sind so gravierend, dass ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines auf dieser Basis erlassenen Gesetzes bestehen. Zumindest gäbe es mildere gesetzliche Mittel, die angestrebten Ziele zu erreichen. Erst recht gilt dies für die Frage der Vereinbarkeit eines Versandhandelsverbots mit europäischem Recht. Obwohl der EuGH in seinem Urteil vom 19.10.2016 klar darauf hingewiesen hat, dass nationale Gründe für eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit empirisch und wissenschaftlich untermauert werden müssen, bleibt das BMG hierfür erneut jeden Beweis schuldig. Dies bestärkt uns in der Annahme, dass eigentlicher und einziger Zweck des Gesetzentwurfs die "Ruhigstellung" der Apothekenlobby in den Monaten bis zur Bundestagswahl ist.

Ökonomische Bewertung

Das zentrale Argument von Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe ist: Der durch Boni EU-ausländischer Versandapotheken erzielte gesamtwirtschaftliche Zugewinn dieser Versandapotheken an Rx-Umsatz geht den deutschen öffentlichen Apotheken verloren. Deren „*wirtschaftliche Einbußen*“ seien so hoch, dass dies „*zur Aufgabe vor allem wirtschaftlich schwächer aufgestellter Apotheken in weniger begünstigten Lagen führen kann*“ (Referentenentwurf S. 12). Damit sei die flächendeckende Arzneimittelversorgung gefährdet. Dieser Zusammenhang ist empirisch nicht nachweisbar. Es gibt hierfür keinerlei Erkenntnisse. Keine deutsche Vor-Ort-Apotheke musste und muss wegen Boni schließen. Dies gilt sowohl für den Zeitraum der Jahre 2004 bis 2012, in der von EU-ausländischen Versandapotheken Boni gewährt wurden als auch für die Entwicklung seit der EuGH-Entscheidung vom 19. Oktober 2016.

Der Rx-Umsatz auf dem deutschen Apothekenmarkt im Jahre 2003, d.h. vor der Zulassung des Arzneimittelversandhandels durch die deutsche Bundesregierung, betrug 24,10 Milliarden €. Bis zum letzten „Boni-Jahr“ 2012 ist der Rx-Versandhandelsumsatz EU-ausländischen Versandapotheken auf maximal 400 Millionen € gestiegen. In demselben Jahr

betrug der Rx-Umsatz auf dem deutschen Apothekenmarkt 34,10 Milliarden € – Anteil der EU-Versandapotheken daran: Maximal 1,17 Prozent. In acht Jahren ist es diesen Versandapotheken trotz Boni nicht gelungen, einen höheren Marktanteil zu erzielen. Zwischen 2012 und 2016 war der Rx-Umsatz der EU-ausländischen Versandapotheken eher rückläufig.

Die Umsatzentwicklung von November 2016 bis Februar 2017, nach der Verkündung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes am 19. Oktober 2016, war trotz des Medienechos sehr verhalten. Selbst wenn man vor diesem Hintergrund für 2017 insgesamt eine jährliche Wachstumsrate von ca. 10,0 Prozent zu Grunde legt, ist davon auszugehen, dass der Rx-Umsatz EU-ausländischer Versandapotheken im ersten Jahr nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in absoluten Zahlen auf maximal 440 Millionen € im Jahre 2017 steigt. Der Rx-Umsatz deutscher Apotheken wird im Jahr 2017 bei einer Wachstumsrate von jährlich 5,0 Prozent auf 43,9 Milliarden € geschätzt. Damit würde der Rx-Umsatz des EU-ausländischen Versandhandels lediglich einen Anteil von 1,0 Prozent am Rx-Gesamtumsatz umfassen. Das ist weniger als in der gesamten Periode 2004 bis 2012 (1,17 Prozent). Für die deutsche Vor-Ort-Apotheke bedeutet dies im Durchschnitt, dass sie im Jahre 2017 maximal 0,08 Prozent des Gesamtumsatzes weniger einnehmen würde. Keine Vor-Ort-Apotheke verliert daher bestehenden Rx-Umsatz an Versandapotheken. Nur das zukünftige Wachstumspotenzial wird u. U. minimal begrenzt. Keine deutsche Vor-Ort-Apotheke, auch keine noch so kleine, muss wegen eines derart marginalen Betrages den Markt verlassen.

Rechtliche Bewertung

Mit dem vorgelegten Entwurf strebt der deutsche Gesetzgeber in Reaktion darauf, dass der EuGH die Preisbindung für EU-Versandapotheken gekippt und für eine ausgleichende Wettbewerbssituation zwischen EU-Versandapotheken und inländischen Apotheken gesorgt hat, nach wie vor nichts weiter an, als Bestandsschutz für deutsche Präsenzapotheke zu lasten von (auch deutschen) Versandapotheken und des Verbrauchers zu etablieren. Es geht schlicht darum, den deutschen Arzneimittelmarkt nunmehr insgesamt von grenzüberschreitenden Rx-Lieferungen an Endverbraucher abzuschotten, wodurch jeglicher Wettbewerb im Rx-Bereich zwischen EU-Versandapotheken und inländischen Vor-Ort-Apotheke unterbunden wird. Der Referentenentwurf macht hieraus auch gar kein Geheimnis. So heißt es in diesem:

„Das Verbot des Versandhandels bewirkt im Ergebnis, dass sich ein Preis- und Rabattwettbewerb seitens der ausländischen Versandapotheken bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nicht entfalten kann.“

Dies Vorgehen ist aus den hier zusammengefassten und unten ausgeführten Gründen verfassungs- und europarechtswidrig.

Verfassungswidrigkeit des Referentenentwurfes

Ein Rx-Versandhandelsverbot ist bereits in Ansehung der durchweg positiven Erfahrungen seit der Zulassung des Rx-Versandhandels im Jahr 2004 im Ergebnis nicht erforderlich und damit ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit der EU-ausländischen Versandapotheken. Insoweit ist umgekehrt dem Rx-Versandhandel „Bestandsschutz“ zu gewähren. Versandapotheken, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union haben, können sich über Art. 2 Abs. 1 GG auf den gleichen Schutzmfang berufen, der inländischen Apotheken als Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz gewährt wird.

Europarechtswidrigkeit

Der Referentenentwurf lässt keine ausreichenden Gründe erkennen, die den Eingriff in die Europäische Warenverkehrsfreiheit, der zweifelsfrei auch durch ein Rx-Versandhandelsverbot gegeben wäre, rechtfertigen. Die Begründung ignoriert die Feststellungen des EuGH-Urteils vom 19.10.2016 (C-148/15), die sich zwar nur auf die Preisbindung beziehen, aber auf ein Rx-Versandhandelsverbot entsprechend angewendet werden können, weil der Referentenentwurf im Wesentlichen dieselben Argumente, die schon die Preisbindung nicht rechtfertigen konnten, nunmehr zur Rechtfertigung des Rx-Versandhandelsverbots heranziehen will.

Zwar hatte der EuGH mit seiner Entscheidung vom 11.12.2003 (Rs. C-322/01 – Deutscher Apothekerverband e.V. gegen 0800DocMorris NV u.a. - „DocMorris I“) festgestellt, dass ein Verbot des Rx-Versandhandels grundsätzlich möglich ist; indes müssten die Voraussetzungen des Art. 36 AEUV erfüllt sein, was der Referentenentwurf nicht erkennen lässt. Die Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV können gemäß Rechtsprechung jedoch nicht vorliegen, wenn eine Maßnahme aus rein wirtschaftlichen Erwägungen (hier Marktabschottung durch ein Verbot des Rx-Versandhandels) ergriffen wird. In seinem jüngsten Urteil sieht der EuGH den Rx-Versandhandel vielmehr als sinnvolle Ergänzung des Präsenzapotheekennetzes, um die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln zu fördern.

2. Vorbemerkung

Der im Jahr 2001 gegründete Verband der europäischen Versandapotheke (EAMSP) fördert und schützt die Interessen von Versandapotheke in der Europäischen Union, den EWR-Staaten sowie weiterer Länder. Im EAMSP sind derzeit Versandapotheke aus den Niederlanden, der Schweiz, Deutschland, der Slowakei, Großbritannien und Belgien Mitglied. Er setzt sich für den freien Warenverkehr und für mehr Wettbewerb im Handel in Europa ein. Darüber hinaus fördert der Verband den Wissens- und Informationstransfer zwischen den Mitgliedern und stellt Informationen zu aktuellen Entwicklungen aus Politik, Wirtschaft und Arzneimittelmarkt zur Verfügung.

3. Allgemeine Bewertung

Mit dem Gesetzentwurf (GE) reagiert das Bundesgesundheitsministerium (BMG) auf massive Forderungen von Apothekerverbänden, den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu verbieten. Das Urteil des EuGH vom 19.10.2016, wonach die Festsetzung einheitlicher Apothekenabgabepreise in § 78 Arzneimittelgesetz (AMG) für EU-ausländische Apotheken eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellt, wird zum Anlass genommen, den deutschen Rx-Arzneimittelverkaufsmarkt gegen Europa abzuschotten. Eine sachliche Begründung für dieses fast beispiellose protektionistische Vorgehen eines Bundesministeriums lässt sich, wie nachstehend dargelegt wird, nicht finden. So drängt sich der Eindruck auf, dass eigentliche Ratio legis des Gesetzentwurfs der Wunsch ist, im bevorstehenden Bundestagswahlkampf die deutsche Apothekerschaft nicht zum Gegner zu haben¹⁵. Politisch mag dieser Wunsch verständlich sein, rechtlich darf er sich nicht über rechtsstaatliche Grundsätze wie Klarheit, Wahrheit und Verhältnismäßigkeit der Mittel hinwegsetzen. Dass der vorliegende Gesetzentwurf hiergegen mehrfach verstößt, wird nachstehend dargelegt.

Es gehört in einer demokratischen Gesellschaft und in der Sozialen Marktwirtschaft zu den Grundwerten, dass Verbraucher und Patienten frei zwischen Beratungsleistungen und legal angebotenen Produkten entscheiden können. Es muss also einem Verbraucher frei stehen, die Beratungsleistungen einer Versandapotheke per Telefon, Internet oder App in Anspruch zu nehmen. Strukturbedingt verfügen Versandapotheke über einen hohen Digitalisierungsgrad, aber auch über einen großen Stab an erfahrenen Pharmazeuten und spezialisierten Mitarbeitern und somit über ein breites Spektrum an qualitativ hochwertigen Beratungsleistungen, die nicht zuletzt aufgrund der Digitalisierung und der Dokumentation

¹⁵ Dieser Eindruck wird von maßgebenden Presseorganen geteilt, siehe: Der Spiegel „Mangel im Überfluss“ Ausgabe 9/2017, Seite 43, (Abruf 02.03.2017) <http://www.sueddeutsche.de/politik/politische-einflussnahme-wundermittel-aus-berlin-1.3398894> „Wundermittel aus Berlin“

eine gezielte personalisierte und individualisierte Beratung ermöglichen. Es steht nach über 13 Jahren Erfahrungen mit Beratungsleistungen durch Versandapotheken außer Frage, dass die erfahrenen Berater erfolgreich auf die individuellen Probleme und Bedürfnisse eingehen. Dies gilt nicht zuletzt für die Aspekte der Therapietreue¹⁶ und der Arzneimittelsicherheit. Mit dem Versandhandelsverbot will Bundesgesundheitsminister Gröhe diesen – an einer spezifischen Beratung interessierten – Patienten Wahlfreiheit und Zugang zu für sie vorzugswürdigen Beratung nehmen. Vielmehr will er den Verbraucher an den Verkaufstresen traditioneller Apotheken zwingen. Insbesondere älteren Patienten soll dieser Weg vorgeschrieben werden, obwohl immer mehr dieser Patienten die neuen Informationstechnologien beherrschen. Bundesminister Gröhe erklärt sie mit der Gesetzesbegründung zu wenig mobilen, digitalfremden alten Menschen, denen nur in der Vor-Ort-Apotheke geholfen werden kann. Mit seinen Aussagen zur Entlastung von Ärzten bewegt sich Bundesminister Gröhe möglicherweise in einer Grauzone zwischen den Aufgaben der Apotheker und dem Therapiemonopol der Ärzte. In diesem Zusammenhang aber den Versandapotheken eine „Lotsenfunktion“ abzusprechen ist auch unter rechtlichen Aspekten eine eindeutige Diskriminierung der Versandapotheken. Die Systeme und Prozesse der Versandapotheken zeigen, dass sie bereits mehr Sicherheit als die Versorgung durch die Apotheke vor Ort bieten können.

Die Stellungnahme des EAMSP gliedert sich in drei Segmente. Nach einem „allgemeinen Teil“, der auf die einzelnen Positionen des Gesetzentwurfes eingeht, wird im Kapitel „Lage und Perspektiven des deutschen Apothekensystems“ zunächst die Fehlentwicklungen des Apothekenmarktes dargestellt. Er ist von der Fehlallokation der Apotheken im Raum gekennzeichnet, mit der die Sicherheit der flächendeckenden Versorgung auf Dauer immer stärker gefährdet wird. Der Umsatz und damit die wirtschaftliche Existenz einer Vor-Ort-Apotheke hängen vom Rx-Umsatz und damit von der Zahl der Ärzte in ihrem Umfeld ab.

Im Kapitel „Keine Apothekenschließungen durch Rx-Boni EU-ausländischer Versandapotheken“ wird nachgewiesen, dass auf Grund verschiedener Rahmenbedingungen und Verhaltensweisen deutscher Verbraucher bzw. Patienten der Versandhandel aus dem EU-europäischen Ausland keine deutsche Apotheke gefährdet. Immer mehr deutsche Apotheker gefährden sich selbst, da sie ihre Standesvertreter sowie einige Politiker das zum postfaktischen Dogma erklärte Festpreissystem mit allen Mitteln verteidigen.

¹⁶(Abruf: 08.03.2017)

http://onlinelibrary.ectrimscongress.eu/ectrims/2013/copenhagen/34286/clarissa.lemmen.impact.of.a.pharmacy.adherence programme.used.for.patients.html?history_id=300761

In den folgenden Abschnitten wird nun zu den Positionen des Referentenentwurfes im Einzelnen Stellung genommen.

Ziel des Gesetzes sei es, "*die bestehende flächendeckende, wohnortnahe und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln, insbesondere auch im akuten Krankheitsfall, weiterhin zu gewährleisten. Gleichzeitig soll erreicht werden, dass die Steuerungsfunktion der sozialversicherungsrechtlichen Zuzahlungsregelungen und des Festbetragssystems nicht durch den mit Boni verbundenen Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus anderen Staaten unterlaufen und damit das etablierte auf dem Solidargedanken basierende System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) gefährdet wird*" (GE S. 2).

Schon die Prämisse, es bestehe eine "*flächendeckende, wohnortnahe und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln*", hält einer Überprüfung nicht stand. Tatsächlich sind diese Begriffe, deren sich Bundesregierung und ABDA (Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände e. V.) gerne bedienen, nirgends empirisch mit Zahlen unterlegt. Neuere Untersuchungen, z.B. des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesens, legen eher den Schluss nahe, dass sich entsprechend den demographischen und sozialen Veränderungen ein wirtschaftlicher Konzentrationsprozess vollzieht, der Apotheken im ländlichen Raum stärker tangiert als Apotheken in urbanen Regionen. Hingegen ist die existentielle Abhängigkeit einer Vor-Ort-Apotheke von niedergelassenen Ärzten in räumlicher Nähe evident und vielfach belegt.¹⁷

Darüber hinaus erweckt das BMG unzutreffender Weise den Eindruck, es habe die rechtliche Befugnis, die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung durch Einflussnahme auf Anzahl und Verteilung von Apotheken zu beeinflussen. Dem ist nicht so. Seit dem sog. Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1958 ist klar, dass es im Unterschied zur vertragsärztlichen Bedarfsplanung keine staatliche Steuerung der Apothekenzahl und -verteilung geben darf. Gleichwohl ist die Bevölkerung seither ohne Probleme mit Arzneimitteln versorgt worden.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Behauptung des BMG, nur mit diesem Gesetzentwurf die bestehende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung "weiterhin gewährleisten" zu können, als leere Worthülse.

Auch die Behauptung, der mit Boni verbundene Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel gefährde das auf dem Solidargedanken basierende System der GKV, lässt sich durch nichts belegen. Damit wird unterstellt, dass bei einer überschaubaren finanziellen Entlastung durch Boni auf rezeptpflichtige Medikamente die Patienten vermehrt ärztliche Behandlungen und Arzneimitteltherapien in Anspruch nehmen würden. Medizinische

¹⁷ Stellvertretend sei auf das Gutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen "Bedarfsgerechte Versorgung - Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche" (2014) verwiesen

Fachkräfte sind allerdings bei der Behandlung von Patienten mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sowohl durch nationale Gesetzgebung als auch durch strikte Berufsordnungen gebunden. Es wäre eine Missachtung ihres Berufsstandes anzunehmen, dass Ärzte ihren Patienten, allein aufgrund der Tatsache, dass diese bei der Nutzung EU-ausländischer Versandapothen einen Bonus erhalten könnten, unnötige verschreibungspflichtige Arzneimittel – in höheren Mengen als therapeutisch geboten – verschreiben. Die vermeintliche Gefahr eines Fehl- oder Mehrgebrauchs von Arzneimitteln aufgrund von Boni wurden bereits im jüngsten EuGH-Verfahren seitens der Bundesregierung vorgetragen und widerlegt.

Entgegen der Darstellung im Gesetzesentwurf stehen Boni darüber hinaus sozialversicherungsrechtlichen Zuzahlungsregelungen nicht entgegen. Die finanziellen Vorteile der GKV aus Zuzahlung und Festbetrag bleiben erhalten, da gesetzliche Krankenkassen durch Boni keine Einnahmeverluste erleiden. Der Versicherte erhält mit dem Bonus vielmehr einen hiervon zu unterscheidenden finanziellen Anreiz im unmittelbaren Verhältnis zu seiner Apotheke, der zudem vom Urteil des EuGH vom 19.10.2016 gestützt ist.

Dies wird auch dadurch bestätigt, dass das BMG am 24.10.2006 selbst – also nach Einführung der Zuzahlung – einen Gesetzentwurf "Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens in der gesetzlichen Krankenversicherung" vorgelegt hat, mit dem das arzneimittelrechtliche Festbetragssystem auf Höchstpreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel umgestellt werden sollte. Zur Begründung hieß es u.a.:

*"Durch die Formulierung werden Arzneimittelpreise auf Höchstpreise umgestellt. Dies ermöglicht eine flexible Preisgestaltung und Wettbewerb im Handel, wovon Endverbraucher, Krankenversicherungen und andere Sozialleistungsträger profitieren. Der einheitliche Apothekenabgabepreis bleibt als Höchstpreis erhalten. Damit werden insbesondere die Endverbraucher im ländlichen Raum geschützt"*¹⁸.

Kurz zuvor hatte das BMG in einem "Übersichtspapier Preisregelungen in der GKV" für eine apotheken-individuelle Preisgestaltung geradezu geworben:

*"Die Handelszuschläge der AMPreisV werden Höchstzuschläge. Die Apotheke kann bei der Abrechnung mit der Krankenkasse künftig hierauf teilweise verzichten oder auf eigene Kosten Zuzahlungen ermäßigen".*¹⁹

Dass dieses Vorhaben der damaligen Regierungskoalition von CDU und SPD nicht umgesetzt wurde, lag nicht an versorgungs- oder sozialrechtlichen Bedenken des BMG, sondern am massiven Widerstand der Apothekerverbände. Die ABDA erklärte sich bereit, als "Opfer" für die Beibehaltung des Festpreissystems den Arzneimittelrabatt für Krankenkassen von 2 € auf 2,30 € zu erhöhen – inzwischen beträgt der Rabatt 1,77 €.

¹⁸ Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drs. 16/3100, S. 199

¹⁹ Eckpunktepapier 2006, Anlage 2 "Übersichtspapier Preisregelungen in der GKV" vom 31.08.2006

Ein Jahrzehnt nach dieser gesetzgeberischen Initiative von 2006 schreibt das gleiche BMG im aktuellen Referentenentwurf (GE S. 2 C. Alternativen):

"Eine Freigabe der Arzneimittelpreise hätte erhebliche Auswirkungen auf die flächendeckende und gleichmäßige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung. Auch die Funktionsfähigkeit der Steuerungsinstrumente (Zuzahlungen und Festbetragssystem) bei der Arzneimittelversorgung in der GKV, die wesentliche Aspekte der Arzneimittelversorgung im solidarisch finanzierten System der Gesundheitsversorgung sind, wäre betroffen".

Ein Fachministerium, welches innerhalb weniger Jahre diametral entgegengesetzte Positionen zu Grundsatzfragen der allgemeinen Gesundheitsversorgung vertritt und dabei nicht in der Lage zu einer empirisch-statistischen Unterstützung der Argumente ist, muss sich Zweifel an der Glaubwürdigkeit seiner Aussagen gefallen lassen.

Auch die tatsächlichen Verhältnisse auf dem deutschen Apothekenmarkt rechtfertigen in keiner Weise ein Versandhandelsverbot. Hierauf wird später im Einzelnen eingegangen. Summarisch lässt sich festhalten:

Im Jahr 2000 betrug die Zahl der Apotheken 21.592, im Jahr 2010 waren es 21.441 Apotheken. Im letzten Jahrzehnt ist die Zahl der Apotheken in Deutschland also nahezu konstant geblieben, obwohl der Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln seit 01.01.2004 zugelassen ist. Ebenso ist das Versorgungsverhältnis Einwohner je Apotheke stabil geblieben. Im Jahr 2000 wurden durchschnittlich 3.810 Einwohner pro Apotheke versorgt, 2015 waren es im Schnitt 4.044 Personen.

Zwischen 2010 und 2015 sank die Apothekenzahl um ca. 6,0 Prozent auf 20.249.²⁰ Wäre dieser Rückgang auf eine wachsende wirtschaftliche Bedeutung des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zurückzuführen, müsste sich dies in gestiegenen Umsatz- und Marktanteilszahlen niederschlagen. Tatsächlich liegt der Rx-Marktanteil der Versandapotheken jedoch seit ihrer Zulassung mit großer Konstanz bei ca. 1,0 Prozent; der Versandumsatz EU-ausländischer Versandapotheken mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln stagniert bei rund 400 Millionen €. Demgegenüber ist der Rx-Umsatz aller Apotheken zwischen 2003 und 2016 um rund 10 Milliarden € gestiegen. Im Klartext heißt dies: Der in den letzten Jahren zu beobachtende leichte Rückgang der Gesamtzahl von Apotheken hat nichts mit dem Versandhandel und der Gewährung von Boni zu tun. Die Gründe liegen in der Fehlallokation der Apotheken auf Grund des Festpreissystems, der Demographie der Apotheker, der Zurückhaltung junger Nachwuchsapotheker oder der Empfehlungspolitik der Standesorganisationen²¹. In zunehmendem Maße trägt auch das altersbedingte Ausscheiden von Ärzten ohne Praxisnachfolger vor allem in dünn besiedelten

²⁰ Die Zahlen sind der ABDA-Veröffentlichung "Die Apotheke - Zahlen, Daten, Fakten 2016" entnommen

²¹ Apotheke Adhoc, „Schmidt glaubt nicht an kleine Apotheken“, 10.05.2013.

<http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/nachricht-detail/pharmaziestudium-schmidt-apothekengruendung-lieber-zu-dritt/>

ländlichen Regionen ebenfalls dazu bei (zu wenige Ärzte für das wirtschaftliche Überleben einer Apotheke).

Angesichts solcher empirischen Befunde von einer "*zunehmenden Verschiebung der Marktanteile hin zu ausländischen Versandapotheken*" und einer damit einher gehenden "*Ausdünnung des bestehenden Netzes öffentlicher Apotheken*" zu sprechen, ist kein faktenbasiertes gesetzgeberisches Tun, sondern interessengeleitete Fiktion. Dies wird sogar in Fachpublikationen wie der "Pharmazeutischen Zeitung" eingeräumt.²²

Ebenso wenig wie die realen Marktverhältnisse gibt der Gesetzentwurf die pharmazeutischen Rahmenbedingungen des Versandhandels mit Arzneimitteln korrekt wieder. Es wird ein nahezu ehrabschneidendes Zerrbild von Versandapotheken gezeichnet. "*Heilberufliche Integrität*", "*Einhaltung hoher professioneller (auch berufsethischer) Standards*" und "*persönliche Beratung*" als Beitrag zu Therapietreue und Arzneimitteltherapiesicherheit werden allein deutschen Vor-Ort-Apothekern zugesprochen. Ausländische Versandapotheken sind dagegen Erfüllungsgehilfen von Kapitalgebern, deren Gewinnerwartung schwerer wiegt als das Wohl der Patienten (siehe Gesetzesentwurf insbes. S. 9, 5. Absatz).

Einem Gesetzentwurf, der mit solchen ebenso plumpen wie falschen Unterstellungen arbeitet, mangelt es ersichtlich an politischen und fachlichen Argumenten. Es genügt, zur Widerlegung darauf hinzuweisen, dass gemäß §§ 73 AMG, 11a ApoG Apotheken aus EU-Mitgliedstaaten nur dann Arzneimittel an deutsche Endverbraucher versenden dürfen, wenn das den Versandhandel betreffende nationale Apothekenrecht den deutschen Vorschriften entspricht. Dies hat das BMG für die Niederlande ausdrücklich bestätigt und demzufolge niederländischen Versandapotheken, die gleichzeitig eine Präsenzapotheke unterhalten, die Versandhandelserlaubnis nach § 11a ApoG erteilt.²³

Ergänzend sei angemerkt, dass sämtliche Mitgliedsapotheken des EAMSP das EU-Versandapothekenlogo als Sicherheitssiegel führen und nach der ISO Qualitätsnorm 9001 zertifiziert sind. Und während in Deutschland bereits 2004 für den Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln ein Qualitätssicherungssystem vorgeschrieben wurde (§ 11a Abs. 1 Nr. 2 ApoG), ist dies für Präsenzapotheken erst seit 2014 der Fall (§ 2a ApBetrO). Versandapotheken haben also mit einer qualitätsgesicherten Bevorratung und Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln wesentlich mehr Praxiserfahrung als Präsenzapotheken – nämlich genau 10 Jahre. Auch die sonstigen, vom Gesetzesentwurf aufgezählten angeblichen Qualitätsvorzüge von Vor-Ort-Apotheken, sind unzutreffend: Die bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere die § 17 Abs. 2a ApBetrO bzw. § 11a Abs. 1 ApoG erlegen Versandapotheken insoweit umfassende und Präsenzapotheken vergleichbare Pflichten auf.

²² Siehe PZ 45/2016, Artikel "Märchenstunde"

²³ BMG, Bekanntmachung der Übersicht zum Versandhandel mit Arzneimitteln nach § 73 Abs. 1 S. 3 AMG vom 5.7.2011)

Im Übrigen setzt sich das BMG, wie auch beim angeblich alternativlosen arzneimittelrechtlichen Festpreissystem, mit früher getroffenen eigenen Aussagen in Widerspruch. Noch 2012 hatte das Ministerium im Zusammenhang mit parlamentarischen Beratungen zur 16. AMG-Novelle betont:

"Der Bundesregierung liegen keine Hinweise vor, dass die Arzneimittelabgabe über den Versandhandel erhöhte Gefahren für die Arzneimittelsicherheit oder den Gesundheitsschutz von Patienten gegenüber der Arzneimittelabgabe in öffentlichen Präsenzapotheeken in sich birgt".²⁴

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung geht von einer qualitativen Gleichwertigkeit der Gesundheitsversorgung durch Versandapotheeken und Präsenzapotheeken aus. So heißt es in einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.10.2012 (BVerwG 3 C 25.11):

"Aus der Zulassung des Versandhandels lässt sich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Gefahren, die mit der Abgabe apotheekenpflichtiger Arzneimittel verbunden sind, zu einer veränderten Einschätzung gelangt wäre. Vielmehr zeigt sich darin das Bestreben, die Arzneimittelsicherheit und den Verbraucherschutz weiter zu erhöhen ... An die Bestellung im Versandhandel schließt sich die Kontrolle durch den Apotheker an, einschließlich der Prüfung, ob eine pharmazeutische Information und Beratung geboten ist. Erst nach der von ihm verantworteten Freigabe zum Versand folgt die Auslieferung und Aushändigung an den Kunden ... Abgesehen davon gelten auch im Versandhandel die allgemeinen Bestimmungen über Information und Beratung nach § 20 ApBetrO".

Die fachlichen und rechtlichen Mängel des Gesetzentwurfs sind so gravierend, dass sich die Frage stellt, ob ein auf dieser Basis verabschiedetes Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand haben würde. Jedenfalls für deutsche Versandapotheeken gilt das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) uneingeschränkt. Für EU-ausländische Versandapotheeken kommt ein Rückgriff auf Art. 2 GG (Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit) in Betracht, wobei insoweit grundsätzlich die gleichen Maßstäbe wie bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gem. Art. 12 GG anzulegen sind.

Ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ist nur dann verfassungsgemäß, wenn das Verbot zur Verfolgung der hierfür in Betracht kommenden Regelungszwecke geeignet und erforderlich ist. Wie oben dargelegt, geht der Gesetzentwurf von fundamental falschen Einschätzungen vor allem der Marktsituation, der gesundheitlichen Versorgungsrealität und der Qualifikation von Versandapotheeken aus. Unbewiesene bzw. unbeweisbare Behauptungen werden zur Grundlage weitreichender Entscheidungen gemacht, die nicht nur Versandapotheeken, sondern in der Folge viele Patienten betreffen würden, die wegen chronischer Erkrankungen oder eingeschränkter

²⁴ (Abruf 02.03.2017) [http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/politik/nachricht-detail-politik/bmg-rx-versandverbot-ist-verfassungswidrig/ „BMG: Rx-Versandverbot ist verfassungswidrig“](http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/politik/nachricht-detail-politik/bmg-rx-versandverbot-ist-verfassungswidrig/)

Mobilität auf den regelmäßigen Arzneimittelbezug durch Versandapotheken angewiesen sind. Dies sind, im Unterschied zu den allgemeinen und empirisch nicht belegten Ausführungen des Gesetzentwurfs, Fakten einer millionenfachen Lebensrealität.

Wir sind deshalb davon überzeugt, dass ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten wird. Davon war im Übrigen zumindest bis 2012 auch das federführende Ministerium überzeugt. In der bereits zitierten Stellungnahme des BMG zur 16. AMG-Novelle²⁵ heißt es als Antwort der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften: *Ein solches Verbot sei ein unberechtigter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und somit verfassungsrechtlich nicht realisierbar.*

Diese Einschätzung gilt umso mehr, als es entgegen der Behauptung des BMG, mildere und besser geeignete gesetzgeberische Mittel gäbe, die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln, insbesondere auch im akuten Krankheitsfall, zu sichern. Hierzu sind aus dem parlamentarischen Raum verschiedene Vorschläge gemacht worden, die einer ernsthaften Diskussion zugänglich sind.²⁶ Auch die 2006 von der damaligen Bundesregierung beabsichtigte Einführung eines Höchstpreissystems für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre geeignet, gerade die Wettbewerbsfähigkeit von Apotheken in ländlichen Regionen zu fördern und damit in Zukunft die flächendeckende Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

In gleicher Weise sind wir davon überzeugt, dass ein Gesetz auf der Basis des vorliegenden Gesetzentwurfs gegen EU-Recht verstößt und deshalb spätestens vom EuGH wieder aufgehoben werden wird. In seinem Urteil vom 19.10.2016 hat der EuGH in aller Klarheit darauf hingewiesen, dass

"das Bestehen einer tatsächlichen Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen ist ... Die insoweit vorgetragenen sehr allgemeinen Überlegungen reichen zum Nachweis der tatsächlichen Gefahr für die menschliche Gesundheit ... in keiner Weise aus" (Rn. 42);

"dem Gerichtshof entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung keine Belege dafür vorgelegt wurden, dass sich die Versandapotheken ohne eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen Preiswettbewerb liefern könnten, so dass wichtige Leistungen wie die Notfallversorgung in Deutschland nicht mehr zu gewährleisten wären, weil sich die Zahl der Präsenzapotheke in der Folge verringern würde. Insoweit ist

²⁵ Siehe Fußnote 7

²⁶ (Abruf 02.03.2017) <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2017/02/16/spd-experten-wollen-boni-verbieten-versandhandel-erhalten> „Boni-Deckel für 2 Jahre, Versandhandel bleibt“

auf die in Rn. 24 des vorliegenden Urteils angeführten anderen Wettbewerbsfaktoren als den Preis hinzuweisen, die den traditionellen Apotheken eventuell ermöglichen könnten, im Wettbewerb mit dem Versandhandel auf dem deutschen Markt konkurrenzfähig zu bleiben" (Rn. 39).

Diese und andere Belegstellen zeigen, dass ein nach Artikel 34 AEUV verletzender Gesetzentwurf nur dann europarechtskonform ist, wenn dafür empirisch und wissenschaftlich nachprüfbare Tatsachen als Rechtfertigungsgrund i.S. von Artikel 36 AEUV vorgelegt werden können. Dieser Vorgabe entzieht sich die Bundesregierung erneut und in gleichem Maße wie bei dem vom EuGH am 19.10.2016 entschiedenen Fall. Das Vorgehen bestärkt uns in der Annahme, dass eigentlicher und einziger Zweck des Gesetzentwurfs die "Ruhigstellung" der Apothekerlobby in den Monaten bis zur Bundestagswahl ist.

Der Vorwurf, dass ausländische Versandapotheken gewinnorientierte Kapitalgesellschaften sind, erschließt sich uns nicht. Der Gesetzesentwurf auf Seite 9 Abs. 5:

„Dies wiederum eröffnet ausländischen Versandapotheken, für die zudem das Fremdbesitzverbot nicht gilt und die deshalb als gewinnorientierte Kapitalgesellschaften agieren können, die Möglichkeit, insbesondere in dünn besiedelten Gebieten mit lückenhafter stationärer Apothekenstruktur oder auch bei Engpässen in der Lieferbarkeit von Arzneimitteln erhöhte Preise durchzusetzen.“

Gewinnorientierung ist ein wesentlicher Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft. Das gilt auch für die deutschen öffentlichen Apotheken. Gewinnperspektive ist der Antrieb zu mehr und besserer Leistung, auch der Apotheker. Nur so wird in der Sozialen Marktwirtschaft Wohlstand generiert. Im Gesetzesentwurf heißt es dazu:

Dass Apotheker durch die Gewinnperspektive ihre unternehmerischen Leistungen zum Nutzen der Nachfrager optimieren, zeigt der in Kapitel 4 dargestellte Konzentrationsprozess. Selbst die Verbandsvertreter weisen auf die Notwendigkeit von Verdienst und Gewinnerzielung hin (s. Abschnitt 4.3). Zudem betreiben rund 17.000 Apotheker in Deutschland zwei der führenden genossenschaftlichen Pharmagroßhändler. „*Jede einzelne Apothekerin, jeder einzelne Apotheker stärkt über die hohe Intensität der Zusammenarbeit und über die Vergabe des Umsatzes die NOWEDA als ihr/sein eigenes Wirtschaftsunternehmen.*“²⁷ Die Sanacorp will als Apotheker-Genossenschaft zu einer der führenden Pharmahandelsgruppen in Europa heranwachsen.²⁸ Die Sanacorp eG ist die 100 prozentige Muttergesellschaft der Sanacorp Pharmaholding AG, die wiederum 50 Prozent an der italienischen Sanastera S.p.A. hält. „*Die Sanacorp Pharmaholding AG setzt sich mit ihrem Einfluss bei der Sanastera S.p.A. dafür ein, dass sich die operativen Pharmagroßhandelsgesellschaften in Deutschland, Frankreich und Belgien wirtschaftlich*

²⁷ Noweda Geschäftsbericht 2015 / 2016

²⁸ (Abruf 02.03.2017) https://www.sanacorp.de/content/de/unternehmen/ueber_uns/werteorientierung/index.jsp#

erfolgreich entwickeln. Dabei werden auch die Belange sowie Interessen der in der Sanacorp eG Pharmazeutische Großhandlung organisierten selbstständigen Apothekerinnen und Apotheker angemessen berücksichtigt. Eine ertragsorientierte Ausrichtung der operativen Gesellschaften trägt entscheidend dazu bei, dass diese jährlich eine Ausschüttung aus den erwirtschafteten Jahresergebnissen an die Sanastera S.p.A. vornehmen können.“²⁹ Deutsche Apotheker betreiben daher gewinnorientierte Kapitalgesellschaften, die auch in anderen EU-Märkten wachsen wollen.

Im Übrigen weist es auf die Unkenntnis des Gesundheitsministers hin, wenn er die Formulierung des „Durchsetzens höherer Preise“ verwendet. In den seit über 100 Jahren im deutschen Gesundheitswesen verankerten System von Höchstpreisen (bis 1976) und von Festpreisen können keine „erhöhten Preise“ auf dem Apothekenmarkt („Endverbraucher“) durchgesetzt werden. Bei allen Reformmodellen mit einer gewissen Flexibilisierung geht es um die Variationen von Preisbestandteilen im Rahmen eines Höchst- oder Festpreises. Entsprechendes gilt auch für Boni.

Darüber hinaus räumt Bundesgesundheitsminister Gröhe mit der Aussage im Referentenentwurf zur lückenhaften Apothekenstruktur in dünn besiedelten Gebieten ein, dass dieses Problem im Rahmen der derzeitigen Apothekenstruktur und -politik nicht zu lösen ist.

Betrachtet man die Apothekenstruktur näher, fällt auf, dass auf die Apotheker in den nächsten Jahren eine Demografie-Welle zurollt. Laut den aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamt (Destatis) sind knapp über 40 Prozent der Apotheker und Apothekerinnen in Deutschland über 50 Jahre alt. 16 Prozent sind sogar über 60 Jahre alt. Die demografischen Veränderungen schlagen sich somit direkt auf die Apotheken und das Apothekenpersonal nieder. Neben der rückläufigen Entwicklung der Apothekenzahlen, wächst auch die Konkurrenz um den qualifizierten Nachwuchs, der oft eine veränderte Lebensvorstellung vom Beruf „Apotheker“ hat. Viele junge Apotheker wählen nicht die Selbstständigkeit sondern bevorzugen eine Anstellung in der Industrie. Dies zeigt sich auch anhand der Altersstruktur. Im Bereich der Industrie, Verwaltung, Fachorganisationen und Wissenschaft liegt das Durchschnittsalter der Apotheker bei 41,5 Jahren.³⁰

²⁹ Sanacorp Pharmaholding AG, Geschäftsbericht (Lagebericht), Seite 17

³⁰ Statista: Durchschnittsalter berufstätiger Apotheker in Deutschland nach Geschlecht im Jahr 2015 (in Jahren)

4. Ökonomische Bewertung – Lage und Perspektive des deutschen Apothekensystems

4.1. Die Fehlallokation der Apotheken durch das Festpreissystem

Die flächendeckende Arzneimittelversorgung durch Apotheken wird maßgeblich durch die Zahl und die Verteilung der Ärzte im Raum gesteuert. Allein die Ärzte bestimmen mit ihren Verordnungen ausschließlich nach medizinisch-therapeutischen Kriterien Art und Menge der von den Patienten anzuwendenden Rx-Arzneimittel. Der Apotheker erfüllt ohne jeden eigenen Entscheidungsspielraum den Willen des Arztes. Eine Apotheke kann daher nur dort existieren, wo es eine hinreichende Anzahl von Ärzten mit einem für die wirtschaftliche Existenz der Apotheke ausreichenden Wert bzw. Menge an Verordnungen gibt. Wo in einem Raum nicht genügend Ärzte praktizieren, kann keine Apotheke existieren. Die Apotheke folgt dem Arzt – nicht umgekehrt.³¹

Obwohl sich insbesondere in ländlichen Regionen und z.T. auch in altindustriellen strukturproblematischen Räumen eine Unterversorgung mit Ärzten abzeichnet, ist die ärztliche Versorgung in Deutschland grundsätzlich flächendeckend gesichert.³² Damit müsste derzeit auch die Arzneimittelversorgung noch in allen Teilräumen funktionsfähig sein.³³

Dabei trägt das rigide Festpreissystem entscheidend dazu bei, dass dort, wo eine hohe Arztdichte festzustellen ist, zu viele Apotheken ihren Standort begründen. Ein Teil dieser Apothekenunternehmen, vor allem in Ballungsräumen, entwickeln sich jedoch zu wirtschaftlich schwachen Apotheken, die u.U. von einer Schließung bedroht sind. Ein flexibler Preis oder Preisbestandteil wie der Apothekenzuschlag hätte diese Apotheker gewarnt, sich bei einer niedrigen Verdienstspanne in der ökonomischen Risikozone anzusiedeln.³⁴ Mit einer Standortwahl in weniger verdichteten Regionen mit Apothekenbedarf wäre es wirtschaftlich schwachen Apothekern möglich, ihre Existenz zu sichern.

³¹ (Abruf 02.03.2017) <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/72960/Kein-Arzt-heisst-oft-auch-kein-Apotheke>

³² Richtlinie über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung, (Abruf 02.03.2017) <http://www.kbv.de/html/bedarfsplanung.php>

³³ (Abruf 02.03.2017) https://www.abda.de/fileadmin/assets/Pressetermine/2016/TdA_2016/ABDA_ZDF_2016_Brosch.pdf, Seite 10, „Zu den Ursachen gehören neben dem Wettbewerb der Apotheken untereinander auch die gesundheitspolitischen Rahmenbedingungen. Die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln ist derzeit dennoch nicht gefährdet.“

³⁴ S. dazu verschiedene wissenschaftliche Beiträge zur optimalen räumlichen Allokation von Apotheken. Eine Zusammenfassung bietet Wichter, Hans-Dieter „Zur Frage der Störung der optimalen Allokation der Apotheken im Raum durch feste Preise für Arzneimittel und deren Analyse in wirtschaftswissenschaftlichen Beiträgen“ in: Kern, Hannes; Würtenberger, Thomas; Wichter, Hans-Dieter: Arzneimittelversorgung in Deutschland. Rechtliche und wirtschaftliche Überlegungen zur Bedeutung von Ärzten, Apotheken und Gebietskörperschaften bei der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, Norderstedt 2015, S. 113 - 134

Dieser Zusammenhang ist seit längerem wissenschaftlich untersucht und zum Gegenstand von Reformvorschlägen gemacht worden. Hierzu gehören die sicher auch im Bundesgesundheitsministerium bekannten Beiträge der Monopolkommission und des Sachverständigenrates zur Begutachtung im Gesundheitswesen.³⁵ Die Kritiker des bestehenden Systems stellen im Zusammenhang mit der aus ihrer Sicht nicht optimalen Allokation von Apotheken fest, dass es zu wenige unmittelbare finanzielle Anreize für Apotheker gibt. Der Preis, auch als regionaler Allokationsmechanismus für Apotheken und damit gleichzeitig als Steuerungsinstrument für die Optimierung der Distribution von Arzneimitteln im Raum, spielt wegen der festen Arzneimittelpreise im deutschen Rx-Distributionssystem keine Rolle. Daraus entsteht das von den Kritikern identifizierte Ungleichgewicht der Apothekenzahl zwischen Ballungsräumen und ländlichen Regionen. Als Lösung des Problems der Fehlallokationen ist das zuerst von der Monopolkommission diskutierte Modell der Apothekentaxe entwickelt worden. Hierbei müsste die derzeit geltende Regelung der Zuzahlung des Patienten zu den Arzneimittelkosten nach § 61 SGB V abgeschafft werden.³⁶ Die jeweilige Einzelleistung des Apothekers, etwa bei der Beratung oder bei einer Lieferung zum Patienten, hätte dann der Verbraucher an Stelle der bisherigen Zuzahlung selbst zu vergüten.³⁷ Die Höhe des limitierten Preisbestandteiles kann der Apotheker selbst bestimmen und für einen begrenzten Preiswettbewerb nutzen. Eine Apothekentaxe zwischen 0 und 10 € ersetzt so die Zuzahlung und würde zu einem individuellen Wettbewerbsparameter des Apothekers: „*Die Apothekentaxe stärkt den Wettbewerb zwischen den Apotheken und stellt den Apotheken einen Preis für die Leistung als Wettbewerbsparameter zur Verfügung*“.³⁸

³⁵ (Abruf 02.03.2017) <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2017/01/26/monopolkommission-fordert-rx-boni-zwischen-2-50-und-5-euro> „Monopolkommission fordert Rx-Boni zwischen 2,50 und 5 Euro“ (Abruf 02.03.2017) <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/11/03/wirtschaftsweise-fuer-mehr-apotheken-wettbewerb> „Wirtschaftsweise für Apothekenketten und Preiswettbewerb“

³⁶ S. Wichter, „Zur Frage der Störung..., in: Kern-Würtenberger-Wichter >, a.a.O. S. 125 ff. Nach § 61 SGB V betragen Zuzahlungen, die der Versicherte zu leisten hat, 10 Prozent vom Abgabepreis, mindesten 5 € und höchstens 10 €. Dies bedeutet, dass die Zuzahlung im Rahmen 5 bis 10 € der gefühlte Preis des Patienten ist. Ein Preiswettbewerb zwischen den Apotheken wäre bei geltendem Recht im Wesentlichen durch den Höchstbetrag begrenzt. Eine Verbesserung der Allokationsfunktion des Preises könnte allerdings durch die Erweiterung der Spanne erreicht werden.

³⁷ Coenen, Michael; Haucap, Justus et al., a.a.O., S. 29 ff. S. auch Monopolkommission: „Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!“, hier zitiert nach der Drucksache des Deutschen Bundestages: „Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005“ Deutscher Bundestag. Drucksache 16/2460 vom 25.08. 2006. Die Monopolkommission hat das von Coenen, Haucap et al. aufgegriffene Modell erstmalig in diesem Hauptgutachten XVI von 2006 vorgeschlagen. Zwar räumte sie dort ein, dass eine „...Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel [...] unter den momentan geltenden Regelungen nicht sinnvoll [wäre]“. Allerdings bestehe angesichts der Arzneimittelkostenübernahme durch die Krankenkassen kein Anreiz für den Patienten, eine besonders günstige Apotheke zu suchen (S. 418, Ziffer 1166). Daher prüfte die Monopolkommission neben einem Selektivvertragsmodell, eine am System des Preiswettbewerbes orientierte Lösung. In der Größenordnung der Zuzahlung des Patienten nach § 61 SGB V. Der Patient soll in der Lage sein, durch Nutzung einer günstig anbietenden Apotheke seinen Beitrag zur Finanzierung des Arzneimittels zu senken (S.419, Ziffer 1170). Dabei wird die Zuzahlung abgeschafft. Dafür hat der Patient dem Apotheker eine apothekeindividuelle Pauschale zu zahlen. Diese kann der Apotheker variieren und für den Preiswettbewerb nutzen (S. 149, Ziffer 1171 ff.). Die Monopolkommission hat diesen Vorschlag in ihrem Hauptgutachten XVIII von 2010 erneut aufgegriffen. S. Monopolkommission: „Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen“, hier zitiert nach der Drucksache des Deutschen Bundestages: „Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009“ Deutscher Bundestag Drucksache 17/2600 vom 22. 07. 2010, S. 59 ff. Ziffer 46 ff.

³⁸ Ibid., S. 33

Die in der wissenschaftlichen Diskussion beklagte, durch das Festpreissystem begründete Fehlallokation der Apotheken im Raum, lässt sich mit einigen letztverfügbar Zahlen für das Jahr 2015 nachweisen.

Nach den Angaben der ABDA erwirtschaftete eine durchschnittliche Apotheke im Jahre 2015 einen Gesamtumsatz von 2,110 Millionen € ohne Mehrwertsteuer (2,511 Millionen € mit Mehrwertsteuer). Bei einem ebenfalls von der ABDA ausgewiesenen Anteil des Rx-Umsatzes von 83,3 Prozent am Gesamtumsatz belief sich dieser Rx-Umsatzbestandteil auf knapp 1,758 Millionen € (2,092 Millionen € mit Mehrwertsteuer).³⁹ Für das Jahr 2015 wird der durchschnittliche Wert der Verordnungen eines niedergelassenen ambulanten Arztes mit Kassenzulassung und unter Berücksichtigung von privaten Patienten auf 310.075 € geschätzt (Durchschnitt aller Fachgruppen der insgesamt 143.431 niedergelassenen Kassenärzte ohne Zahnärzte).⁴⁰ Damit benötigte die Durchschnittsapotheke zur Realisierung ihres Rx-Umsatzes von 2,092 Millionen € nach dieser Rechnung mit der ABDA-Durchschnittsapotheke die Verordnungen von 6,75, also knapp 7 Ärzten (Durchschnitt aller Fachgruppen). Wird die Zahl von den im Jahre 2015 bundesweit 143.431 praktizierenden Ärzten der ambulanten kassenärztlichen Versorgung (ohne Zahnärzte) auf die Zahl der 20.249 Apotheken umgelegt, kommen 7,08 Ärzte, also 7 Ärzte auf eine Apotheke – exakt die Zahl der Ärzte, die eine durchschnittliche Apotheke für ihren Umsatz benötigt. Eine Apotheke mit einem ausgewogenen „Mix“ an 7 Ärzten aller Fachgruppen ist sicher aufgestellt. Wenn die deutschen Vor-Ort-Apotheken optimal im Raum, d.h. kongruent mit der regionalen Ärzteallokation verteilt wären, hätte jede Apotheke den Durchschnittsumsatz erzielt. Die Apothekenallokation wäre optimiert gewesen. Keine Apotheke mit einem durchschnittlichen Rx-Umsatz müsste damit aus dem Markt ausscheiden.

Von dieser optimalen Allokation der Apotheken mit einem sicheren Bestand einer jeden Apotheke ist das Apothekensystem jedoch weit entfernt. Die ABDA selbst beklagt: „Rund 60 Prozent der Apotheken erreichen den durchschnittlichen Umsatz nicht, während einzelne große Unternehmen weit oberhalb des Durchschnitts liegen“.⁴¹ Apotheken mit z.T. deutlich

³⁹ (Abruf 05.03.2017) ABDA: Die Apotheke. Zahlen. Daten. Fakten 2016, Berlin o.J., Im Internet: https://www.abda.de/fileadmin/assets/Pressetermine/2016/TdA_2016/ABDA_ZDF_2016_Brosch.pdf, S. 51

⁴⁰ Diese Zahlen basieren auf den Zahlen der Gesundheitsberichterstattung des Bundes: Statistisches Bundesamt und Robert-Koch-Institut, Website Gesundheitsberichterstattung des Bundes (gbe-bund.de), Tabelle „Arzneimittel, die zu Lastender Krankenversicherung verordnet wurden. (Umsätze und definierte Tagesdosen (DDD)). Gliederungsmerkmale: Jahre, Deutschland, Fachgruppe der verordnenden Ärztinnen und Ärzte, Jahr 2015. (Abruf 05.02.2017)Im Internet: http://www.gbe-bund.de/oowa921-install/servlet/oowa/aw92/dboowasys921.xwdevkit/xwd_init?gbe.isgbetol/xs_start_neu/&p_aid=i&p_aid=56070703&nummer=169&p_sprache=D&p_indsp=-&p_aid=47545034. Erfasst sind hier nur die RX-Arzneimittel, die in öffentliche Apotheken zu Lasten der GKV abgegeben werden. Basis der Tabelle sind die Daten für den AOK-Arzneimittelindex. Die Ermittlung der prozentualen Anteile von GKV Ausgaben und anderer Träger von Arzneimittelausgaben (insbesondere PKV) basieren im Wesentlichen auf Berechnungen mit den GKV-Rechnungsergebnissen 2015: Bundesministerium für Gesundheit, Gesetzliche Krankenversicherung. Endgültige Rechnungsergebnisse 2015, Stand 23. Juni 2016 (Datenquelle KJ 1), im Internet (Abruf 05.03.2017):

https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KJ1_2015.pdf. S. 6-7.

⁴¹ Ibid., S. 30.

unterdurchschnittlichen Umsätzen weisen nach, dass es eine mangelnde Kongruenz zwischen der räumlichen Verteilung der Ärzte und der Apotheken gibt.

Wie bereits weiter oben erwähnt, haben die Monopolkommission (2005) und der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (2014) die Ursache für die durch die deutlichen Umsatzdifferenzen nachgewiesene Ungleichverteilung und die Fehlallokation der Apotheken festgestellt und analysiert: Ursache ist wesentlich das rigide Festpreissystem, das jegliche räumliche Steuerung wenigstens durch Preisbestandteile wie eine Funktionsänderung der Apothekenzuschläge verhindert.

Die Wirkung des starren Festpreissystems liegt darin, dass Apotheken mit Standortvorteilen und vielen Ärzten im Umfeld immer reicher werden, solche in ungünstiger Lage mit wenigen Ärzten im Einzugsbereich immer ärmer. Die Folge sind eine beschleunigte Schließung von Apotheken und insbesondere die zunehmende Apothekenkonzentration. So wird die hohe Apothekendichte in Ballungsräumen zum einen durch Festpreise gefördert. Eigentümer wirtschaftlich kleinerer Apotheken sind dort mit einem niedrigen Subsistenzumsatz zufrieden und haben keinen Anreiz, sich räumlich zu verändern und etwa eine vakant werdende Landapotheke zu übernehmen. Preise senden keine Warnung aus, dass die Apotheke nicht zu halten ist. Ein flexibles Preissystem etwa auf der Basis eines variablen Apothekenzuschlages böte ihnen die Chance, mit der Landapotheke die Einkommenssituation nachhaltig zu verbessern (vgl. das oben erwähnte Apothekentaxenkonzept der Monopolkommission).

4.2. Apothekenkonzentration und Apothekenschwund als Folge des Festpreissystems

Mit dem Festpreissystem, der Ungleichverteilung der Apothekenumsätze und dem Ausscheiden wirtschaftlich schwacher Apotheken aus dem Markt schreitet auch die Apothekenkonzentration voran. Das spiegelt sich zum einen in den Zahlen von Apothekenunternehmen (rechtlich eigenständige Einheit mit und ohne Filialen als Apothekenbetriebe). Zum anderen wird dies auch in den Zahlen der Umsatzkonzentration deutlich.

Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass die Zahl der selbständigen Einzelapotheken zwischen 2008 und 2015 um 22 Prozent auf 12.851 Unternehmen zurückging. Die Zahl der Apothekenunternehmen mit (bis zu drei) Filialen nahm im gleichen Zeitraum um 37 Prozent auf 3.117 Apothekenunternehmen zu („Kleine Apothekenketten“). Die Intensität der Konzentration zeigt sich besonders deutlich an der Entwicklung der Apothekenketten mit drei Filialen: Zunahme von 97 auf 276 Unternehmen (fast Verdreifachung) mit insgesamt 1.104 Betrieben

insgesamt.⁴² Damit ist auch das Bild von 20.249 Apotheken im Sinne von Einzelunternehmen irreführend. In Wirklichkeit gibt es 15.968 selbständig handelnde Apothekenunternehmer.

Mit der Beibehaltung des rigidten Festpreissystems werden sich unternehmerische sowie räumliche Apothekenkonzentrationsprozesse beschleunigen. Das Festpreissystem fördert die Immobilität von 60 Prozent der Apotheker mit unterdurchschnittlichen Umsätzen, die sich zunächst durch feste Rx-Preise geschützt wähnen. Tatsächlich erhalten sie durch das unflexible Preissystem wirtschaftlich falsche Signale.

TABELLE 1: ANZAHL DER APOTHEKEN (INSGESAMT, EINZELAPOTHEKEN, HAUPTAPOTHEKEN MIT 1, 2 UND 3 FILIALEN), JAHRE 2008 BIS 2015⁴³

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Anzahl Apotheken insgesamt (Prozent)	21.602 (100%)	21.548 (100%)	21.441 (100%)	21.238 (100%)	20.921 (100%)	20.662 (100%)	20.441 (100%)	20.249 (100%)
Anzahl Einzelapotheken Unternehmen = Betrieb (Prozent)	16.468 (76,2%)	15.821 (73,4%)	15.277 (71,2%)	14.788 (69,5%)	14.181 (67,8%)	13.690 (66,3%)	13.223 (64,7%)	12.851 (63,5%)
Anzahl Hauptapotheken (Unternehmen und Betrieb) mit 1 Filiale (Betrieb) In Klammer Betriebe igs. (Prozent)	1.812 (3.624) (16,8%)	1.920 (3.840) (17,8%)	2.057 (4.114) (19,2%)	2.097 (4.194) (19,6%)	2.135 (4.270) (20,4%)	2.172 (4.344) (21,0%)	2.187 (4.374) (21,4%)	2.229 (4.458) (22,0%)
Anzahl Hauptapotheken (Unternehmen und Betrieb) mit 2 Filialen (Betr.) In Klammer Betriebe igs. (Prozent)	374 (1.122) (5,2%)	445 (1.335) (6,2%)	466 (1.398) (6,6%)	512 (1.536) (7,2%)	538 (1.614) (7,7%)	568 (1.704) (8,2%)	592 (1.776) (8,7%)	612 (1.836) (9,1%)
Anzahl Hauptapotheken (Unternehmen und Betrieb) mit 3 Filialen (Betr.) In Klammer Betriebe igs. (Prozent)	97 (388) (1,8%)	138 (552) (2,6%)	163 (652) (3,0%)	180 (720) (3,4%)	214 (856) (4,1%)	231 (924) (4,5%)	267 (1.068) (5,2%)	276 (1.104) (5,4%)

⁴² Tabelle 1: ANZAHL DER APOTHEKEN (INSGESAMT, EINZELAPOTHEKEN, HAUPTAPOTHEKEN MIT 1, 2 UND 3 FILIALEN), JAHRE 2008 BIS 2015

⁴³ Quellen: ABDA (Hg.): Schrift „Die Apotheke Zahlen. Daten. Fakten 2008“ bis „Die Apotheke Zahlen. Daten. Fakten 2016“, Jahrgänge 2008 bis 2016

Parallel zu der Unternehmens- bzw. Betriebskonzentration ist auf Grund der oben dargestellten Fehlallokation der Apotheken und des Festpreissystems auch eine Umsatzkonzentration festzustellen. Große Apothekenunternehmen mit Filialbetrieben in besten Lagen mit einem dichten Ärzteamfeld können einen Umsatz von mehreren Millionen € verbuchen. Die Apotheken mit einem unterdurchschnittlichen Umsatz bleiben die Mehrheit, die sich zwischen 60 Prozent und 70 Prozent bewegt. Dies wird an Hand der Tabelle 2 deutlich.

TABELLE 2: APOTHEKEN IN DEUTSCHLAND NACH UMSATZGRÖSSENKLASSEN (JAHRE 2013 BIS 2015⁴⁴

Umsatzgrößenklasse	Anzahl der Apotheken			Anteil der Apotheken in Prozent		
	2013	2014	2015	2013	2014	2015
0 bis unter 750.000 €	1.302	879	648	6,3	4,3	3,2
750.000 bis unter 1.000.000 €	1.694	1.737	1.539	8,2	8,5	7,6
1.000.000 bis unter 1.250.000 €	2.645	2.514	2.065	12,8	12,3	10,2
1.250.000 bis unter 1.500.000 €	2.913	2.432	2.450	14,1	11,9	12,1
1.500.000 bis unter 1.750.000 €	2.421	2.473	2.491	12,2	12,1	12,3
1.750.000 bis unter 2.000.000 €	2.149	2.208	2.227	10,4	10,8	11,0
2.000.000 bis unter 2.250.000 €	1.839	2.105	1.883	8,9	10,3	9,3
2.250.000 bis unter 2.500.000 €	1.653	1.431	1.640	8,0	7,0	8,1
2.500.000 bis unter 2.750.000 €	930	1.104	1.255	4,5	5,4	6,2
2.750.000 bis unter 3.000.000 €	764	777	891	3,7	3,8	4,4
3.000.000 bis unter 3.250.000 €	496	695	709	2,4	3,4	3,5
3.250.000 bis unter 3.500.000 €	351	429	607	1,7	2,1	3,0
3.500.000 bis unter 3.750.000 €	310	327	384	1,5	1,6	1,9
3.750.000 bis unter 4.000.000 €	207	204	283	1,0	1,0	1,4
4.000.000 bis unter 4.250.000 €	186	266	182	0,9	1,3	0,9
4.250.000 bis unter 4.500.000 €	124	163	202	0,6	0,8	1,0
4.500.000 bis unter 4.750.000 €	82	82	162	0,4	0,4	0,8
4.750.000 bis unter 5.000.000 €	103	102	101	0,5	0,5	0,5
Über 5.000.000 €	351	490	547	1,7	2,4	2,7

In und unter der Größenklasse des Durchschnittes im Jahre 2013 (1.887 Millionen €) lagen 64 Prozent der 20.662 Apotheken. Im Jahre 2014 waren es bei weniger Apotheken und einem Durchschnittsumsatz von 2.024 Millionen € 70 Prozent der 20.441 Apotheken. Im Jahre 2015 betrug die Prozentzahl bei einer gesunkenen Gesamtzahl von 20.249 knapp 66 Prozent. Die Umsatzkonzentration auf Grund der Festpreise und der Fehlallokation dürfte zum weiteren Ausscheiden von Apotheken aus dem Marktgeschehen beitragen.

⁴⁴ Quellen: ABDA (Hg.) „Die Apotheke. Zahlen Daten Fakten 2013“, Berlin, o.J., S. 24 f. für das Jahr 2013. ABDA (Hg.) „Die Apotheke. Zahlen. Daten. Fakten 2015“, Berlin, o.J., S. 30, für das Jahr 2014. ABDA (Hg.) „Die Apotheke. Zahlen. Daten. Fakten 2016“, Berlin, o.J., S.53 für das Jahr 2015. Absolute Zahlen zurückgerechnet auf Basis Prozentsätze und Gesamtzahl. Daher Abweichungen in der Summation auf Grund Rundungen

4.3. Zur Verstärkung der Fehlallokation und des Apothekenschwundes durch Empfehlungen aus den Apothekerverbänden

Die Apothekerverbände beklagen immer wieder, dass Apotheker, die in den Ruhestand gehen, keinen Nachfolger finden.⁴⁵ Sie weisen auch darauf hin, dass immer weniger junge Nachwuchsapotheker den Schritt in die Selbstständigkeit wagen. Sie ziehen es vor, eine Position als angestellter Pharmazeut zu suchen.⁴⁶ Dabei empfehlen Vertreter von Verbänden und Kammern allerdings den in das Berufsleben eintretenden Apothekern, die Übernahme oder Gründung wirtschaftlich starker Apothekenunternehmen anzustreben.

So wurde von dem Nachrichtenportal apotheken adhoc unter dem Titel „*Schmidt glaubt nicht an kleine Apotheken*“ berichtet, dass der Präsident der ABDA Friedemann Schmidt bei der Tagung des Bundesverbandes der Pharmaziestudierenden in Deutschland (BPhD) den Studenten empfohlen habe, „*in eine große Apotheke in guter Lage und mit guter Frequenz zu investieren. Auch in den kommenden Jahren würden weitere kleinere Betriebsstätten schließen müssen.*“ Er wird weiter wörtlich zitiert: „*Die Kollegen werden versuchen, ihnen diese anzudrehen. Lassen Sie sich aber nicht so eine kleine Bude gegen Warenlager aufschwatzen.*“ Weiter führt er aus, dass eine „*Ein-Mann-Show*“ nicht reiche. Eine Apotheke solle man nicht allein, sondern mit anderen zusammen übernehmen. Er wird dann wieder wörtlich zitiert: „*Bei den Ärzten gibt es den Trend zu größeren Versorgungseinheiten. Diese Frage stellt sich auch für uns*“.⁴⁷

Auch regionale Apothekenkammern und Apothekenverbände⁴⁸ kümmern sich um das Thema der Apothekengründung oder Apothekenübernahme durch Nachwuchskräfte. Die Deutsche Apotheker Zeitung berichtet von einem Existenzgründerworkshop der Apothekenkammer Nordrhein. Bei dieser Veranstaltung haben Experten und

⁴⁵ (Abruf 04.04.2016) MK Kreiszeitung, „Bislang kein Nachfolger für Pr. Ströher Aue-Apotheke“
<https://www.kreiszeitung.de/lokales/minden-luebbecke/rahden-ort53276/bislang-kein-nachfolger-stroehler-aue-apotheke-6279083.html>

(Abruf 10.09.2016) Apotheke Adhoc, „Doch kein Happy End für Apotheke“
<http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/nachricht-detail/personalmangel-apothekernachfolge-suche-mit-happy-end-1/>

(Abruf 08.02.2017) IKZ Online, „Kein Nachfolger für die Apotheke Auf der Höhe“
<http://www.ikz-online.de/staedte/essen/kein-nachfolger-fuer-apotheke-auf-der-hoehe-id209538397.html>
 Märkische Allgemeine Zeitung, Interview mit Jens Dobbert, „Wir verkaufen keine gewöhnlichen Produkte“, 01.03.2017

⁴⁶ Pharmazeutische Zeitung, „Wir müssen junge Menschen begeistern“, 37/2014.
<http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=54043>
 Mittelbayrische, „Heilfroh über jede Nachwuchskraft“, 15.06.2016.
<http://www.mittelbayerische.de/region/schwandorf/gemeinden/schwandorf/heilfroh-ueber-jede-nachwuchskraft-22800-art1391872.html>

Radio Lippe, „Weniger Apotheken“, 04.01.2016.
<https://www.radiolippe.de/nachrichten/archiv-lokales/detailansicht/weniger-apotheken.html>

⁴⁷ (Abruf 02.03.2017)<http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/nachricht-detail/pharmaziestudium-schmidt-apothekengruendung-lieber-zu-dritt/?t=1>

⁴⁸ (Abruf 01.03.2017) Apotheke Adhoc, „Wenn der Verband die Ehefrau abwirbt“
<http://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/apothekenpraxis/nachricht-detail-apothekenpraxis/gruenderseminare-wenn-der-apothekerverband-die-ehefrau-abwirbt/>

Unternehmensberater beim Kauf einer Apotheke auf die Bedeutung von Standortfaktoren wie Einwohnerzahl, Kaufkraft und Alter hingewiesen. „*Das Verschreibungsvolume der Ärzte die Nähe zu Frequenzbringern wie Post, Einkaufszentren oder anderen großen Geschäften seien ebenfalls über den Erfolg entscheidende Faktoren.*“ Das sind Kriterien, die auf prosperierende Ballungsräume zugeschnitten sind.⁴⁹

Eine solche Politik der Empfehlungen an junge Apotheker ist unter wirtschaftlichen Kriterien zwar nachvollziehbar, jedoch verstärkt sie den Trend, dass die Attraktivität kleiner Apotheken mit tendenziell niedrigen Umsätzen insbesondere im ländlichen Raum weiter sinkt. Die Fehlallokation der Apotheken wird verstärkt. Dies zeigt auch, dass die Verantwortlichen zumindest in Verbänden und Kammern große Unternehmenseinheiten mit hoher Finanzkraft fördern, ohne eine Antwort auf die Frage der Versorgungssicherheit in der Zukunft zu haben. Daher weisen sie in ihrer Hilflosigkeit angesichts sinkender Apothekenzahlen darauf hin, dass die Versorgungssicherheit noch nicht gefährdet ist, selbst wenn bis zu 5.000 Einwohner auf eine Apotheke entfallen (umgerechnet entspricht dies gut 16.000 Apotheken).⁵⁰

4.4. Ergebnis: Die Notwendigkeit der Flexibilisierung des Apothekensystems

Der Weg hin zu einer besseren Verteilung der Apotheken im Raum ist bereits aufgezeigt worden. Ohne eine Flexibilisierung von Bestandteilen des Arzneimittelpreises wird es keine Tendenz zur Verbesserung der Allokation der Apotheken im Raum geben. Ohne diese Flexibilisierung gibt es keinen Anreiz, eine wirtschaftlich schwache Apotheke im Ballungsgebiet aufzugeben und eine Apotheke in einem „unattraktiven“ ländlichen Raum zu übernehmen oder zu gründen. Allerdings wäre für die Apothekenpolitik damit die Frage der Optimierung einer sicheren, zukunftsorientierten und verbraucherfreundlichen Versorgung mit Rx-Arzneimitteln sicher noch nicht gelöst. Hierzu ist auf einer breiten Ebene zu diskutieren, wie die Zukunft dieser Versorgung aussehen und organisiert werden muss. Dazu gehören Themen wie Telepharmazie im Kontext der Telemedizin, moderne Logistik oder das Management der pharmazeutischen Betreuung multimorbider Menschen. All dies wird nicht mit der Ladentheke der Offizin des 19. Jahrhunderts gelöst werden können. Dazu bedarf es moderner Systeme, zu denen auch die Versandapotheke mit ihrem modernen Liefer-, Beratungs- und Betreuungsmanagement gehört.

⁴⁹ Arzbach, Verena; Rücker, Daniel: „Sicher in die Selbständigkeit“, Artikel in Pharmazeutische Zeitung online, Ausgabe 25/2015, im Internet (Abruf 25.01.2017) unter <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=58453>

⁵⁰ Lagebericht, Friedemann Schmidt, Präsident der ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände, Eröffnung DAT, Düsseldorf 01. Oktober 2015, S. 8.

5. Keine Apothekenschließungen und Gefährdung der Versorgungssicherheit durch Rx-Boni EU-ausländischer Versandapotheken

5.1. Die Erfahrung der Jahre 2004 bis 2012

Das zentrale Argument von Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe auf der Basis von Behauptungen der Interessenvertreter der ABDA und weiterer Apothekerverbände lässt sich wie folgt fassen: Der durch Boni EU-ausländischer Versandapotheken erzielte gesamtwirtschaftliche Zugewinn dieser Versandapotheken an Rx-Umsatz gehe den deutschen öffentlichen Apotheken verloren. Deren „*wirtschaftliche Einbußen*“ seien so hoch, dass dies „*zur Aufgabe vor allem wirtschaftlich schwächer aufgestellter Apotheken in weniger begünstigten Lagen führen kann*“.⁵¹ Wenn das derzeit bestehende Netz von Vor-Ort-Apotheken auf Grund von Boni ausgedünnt werde, sei damit uno actu die flächendeckende Arzneimittelversorgung gefährdet.

Dieser Zusammenhang ist empirisch nicht nachweisbar. Es gibt hierfür keinerlei Erkenntnisse. Dies gilt zunächst für den Zeitraum der Jahre 2004 bis 2012, in der von EU-ausländischen Versandapotheken Boni gewährt wurden.

Der Rx-Umsatz auf dem deutschen Apothekenmarkt im Jahre 2003, d.h. vor der Zulassung des Rx-Versandhandels im Jahr 2004, betrug 24,10 Milliarden €.⁵² Bis zum letzten „Boni-Jahr“ 2012 ist der Rx-Versandhandelsumsatz von EU-Versandapotheken auf maximal 400 Millionen € gestiegen.⁵³ Im selben Jahr betrug der Rx-Umsatz auf dem deutschen Apothekenmarkt 34,10 Milliarden €. Damit betrug der Anteil der Versandapotheken im EU-Ausland am Rx-Apothekenumsatz insgesamt maximal 1,17 Prozent, eher weniger. In einer Periode von acht Jahren ist es trotz einer Gewährung von Boni den Versandapotheken nicht gelungen, einen höheren Marktanteil zu erzielen.

Der marginale Anteil und die geringe Wachstumsdynamik des Versandhandels, selbst mit Boni, werden auch bei einer Betrachtung der jährlichen Rx-Umsatzanteile (GKV) deutlich. Wie aus der folgenden Tabelle hervorgeht, lag der durchschnittliche Rx-Anteil der Jahre 2004 bis 2011 bei etwa 0,94 Prozent. Die Entwicklung in diesem achtjährigen Zeitraum belegen Zahlen aus der Antwort der Bundesregierung auf die „Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE“ vom 10. 09. 2012. In der aktuellen „Kleinen Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE

⁵¹ Referentenentwurf (Feb 2017) Seite 12.

⁵² (Abruf 02.03.2017) Statistisches Bundesamt, Website Gesundheitsberichterstattung des Bundes (gbe-bund.de), Tabelle „Nettoumsatz (in Mrd. €) und Arzneimittelumsatz (in Mio. Packungen) öffentlicher Apotheken. Gliederungsmerkmale: Jahre, Deutschland, Sortimentsbereich, 1986 – 2015, im Internet: http://www.gbe-bund.de/oowa921-install/servlet/oowa/aw92/WS0100/_XWD_PROC?_XWD_2/2/XWD_CUBE.DRILL/_XWD_30/D.000/3722.. Hier dargestellt nur verschreibungspflichtige Arzneimittel

⁵³ Die Zahlen der EU-ausländischen Versandapotheken basieren auf Primärerhebungen des Verbandes Europäischer Versandapotheken und seiner Mitglieder auf der Basis langjähriger Erfahrungen auf diesem Markt.

GRÜNEN“ vom Februar 2017⁵⁴ konnte die Bundesregierung zu dem Sachverhalt keine Angaben mehr machen.

TABELLE 3: ANTEIL DES VERSANDHANDELS AN DEN AUSGABEN DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG (GKV) AN ARZNEI- UND VERBANDMITTELN INSGESAMT IN PROZENT⁵⁵:

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
0,4	0,6	0,8	0,9	1,0	1,2	1,3	1,3

Zwischen 2003 und 2012 betrug der Zuwachs des Rx-Umsatzes im Bereich der deutschen Apotheken 10 Milliarden €. Bei den EU-ausländischen Versandapotheken waren es maximal 400 Millionen €. Damit betrug der Anteil des Versandes am Zuwachs über diesen Zeitraum 4,0 Prozent. Wenn von gesamtwirtschaftlichen Rx-Umsätzen ausgegangen wird, hatte eine deutsche Apotheke im Jahre 2003 im Durchschnitt einen Rx-Umsatz von 1,131 Millionen € (21.305 Apotheken). Im Jahre 2012 waren es 1,630 Millionen € (20.921 Apotheken). Der Zuwachs betrug 0,499 Millionen € (Jahresdurchschnitt 62.375 €). Werden die 400 Millionen € Rx-Umsatzwachstum EU-ausländischer Versandapotheken auf eine Apotheke im Jahre 2012 umgerechnet, so wären dies 0,019 Millionen € oder 3,8 Prozent des Zuwachses in den 8 Jahren Versandhandel mit Boni (Jahresdurchschnitt: 2.375 €). Das ist ein marginaler Betrag, insbesondere in Anbetracht der langen Phase von acht Jahren. Wegen eines marginal verminderten Umsatzzuwachses schließt keine, auch keine noch so kleine Apotheke. Als Beweis hierfür ist die Tatsache anzusehen, dass in den dynamischen Anfangsjahren des Rx-Versandhandels zwischen 2003 und 2008 die Zahl der deutschen öffentlichen Apotheken um fast 300 Unternehmen bzw. Betriebe gestiegen ist. Keine Apotheke musste schließen. Das Gegenteil war der Fall. Danach hat sich der Rückgang der Apothekenzahl seit 2009 erst mit der Beendigung der Bonusgewährungen im Jahre 2012 beschleunigt. Auch dies zeigt noch einmal deutlich, dass der Rückgang der Apothekenzahl nichts mit dem Versandhandel und der Gewährung von Boni zu tun hat.

5.2. Die aktuellen Erfahrungen und Perspektiven

Zwischen den Jahren 2012 und 2016 stagnierte der Rx-Umsatz der EU-ausländischen Versandapotheken bzw. war rückläufig. Es waren keine Steigerungen zu verzeichnen, der Rx-Umsatz blieb auf dem Niveau von 300 bis 400 Millionen €. Im Zusammenhang mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. Oktober 2016 berichteten die Medien ausführlich über den Rx-Versandhandel und die Bedeutung der Entscheidung für deutsche Patienten

⁵⁴ Drucksache 18/11095, Deutscher Bundestag

⁵⁵ Drucksache 17/10628, Deutscher Bundestag – 17. Wahlperiode, Seite 4

bzw. Verbraucher. Im Mittelpunkt standen die Boni und die Vorteile für die Nachfrager nach Arzneimitteln. Diese Berichterstattung musste nach allen wissenschaftlichen Erkenntnissen über Werbung und Öffentlichkeitsarbeit eine hohe Werbewirksamkeit entfalten.

Gleichwohl hielten sich die Nachfragezuwächse trotz dieses Medienechos und Werbemaßnahmen der Versandapothen in Grenzen. Hinzu kam, dass die ABDA eine teilweise polemische und massive Kampagne mit zum Teil postfaktischen Aussagen gegen den Versandhandel betrieb und weiter betreibt. Dabei nutzte der Apothekerverband bereits seit langem gewonnene Erkenntnisse über das Verbraucherverhalten auf dem Arzneimittelmarkt. So ergab eine 2012 veröffentlichte Studie des Institutes für Handelsforschung in Köln, dass die öffentliche Apotheke eine große Bedeutung für die Patienten bzw. Kunden hat: „*Über 90 Prozent der Bundesbürger wünschen sich auch zukünftig die Apotheke als schnell und leicht zu erreichenden Ansprechpartner und Wegweiser im Gesundheitswesen.*“ Eine Stammapotheke haben 79 Prozent der Verbraucher, bei den älteren Menschen sind es sogar 92 Prozent. Der Apotheker ist nicht nur als Berater, sondern auch als Gesprächspartner bei allgemeinen Gesundheitsfragen gewünscht.⁵⁶ Dies zeigt, dass die sozio-kulturellen Rahmenbedingungen und das Verbraucherverhalten den Versandhandel deutlich erschweren. Trotz Boni wird er auch langfristig keine signifikanten Umsatzsteigerungen oder Marktanteilsverschiebung realisieren können.

Die Umsatzentwicklung November 2016 bis Februar 2017, d.h. mit Beginn des ersten vollen Monates nach der Verkündung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes am 19. Oktober 2016, spiegelt dies wider. Nach den bisherigen Erkenntnissen und Verkaufszahlen sowie unter Einbezug des Anteils des Versandhandels an den Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung an Arznei- und Verbandmitteln in den Jahren 2004 bis 2012 zeichnet sich eine eher verhaltene Perspektive ab.

Im Bereich der EU-Versandapothen kann seit November 2016 nur eine monatliche Zuwachsrate beim Rx-Umsatz von rund 1 Prozent mit eher abnehmender Tendenz festgestellt werden. Es ist daher für 2017 insgesamt von einem monatlichen Wachstum von etwa 1,0 Prozent auszugehen. Damit dürfte sich im ersten Jahr nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes eine geschätzte Wachstumsrate des Rx-Umsatzes von rund 10,0 Prozent ergeben.

Gemäß dieser Projektion dürfte der Rx-Umsatz EU-ausländischer Versandapothen im ersten Jahr nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in absoluten Zahlen von maximal 400 Millionen € auf maximal 440 Millionen € im Jahre 2017 steigen. Der Rx-Umsatz deutscher Vor-Ort-Apothen ist im Durchschnitt der Jahre 2012 bis 2015 um jährlich gut 5,0 Prozent gestiegen. Wird diese Wachstumsrate auch für 2016 und 2017 zugrunde gelegt, so ergäbe sich für 2017 ein Rx-Umsatz von 43,9 Milliarden € der deutschen Apotheken. Damit

⁵⁶ (Abruf 28.02.2017) Hier zitiert aus der Wiedergabe der wesentlichen Ergebnisse durch den Apothekerverband Nordrhein <http://www.av-nr.de/index.php?id=334>

würde der gesamte Rx-Umsatz des EU-ausländischen Versandhandels lediglich einen Anteil von 1,0 Prozent am Rx-Gesamtumsatz umfassen. Das ist weniger als in der gesamten Periode 2004 bis 2012 (s.o. 1,17 Prozent). Der Anteil von erstattungsfähigen Arzneimitteln, die durch EU-ausländische Versandapotheken bezogen wurden, lag den Angaben des Dachverbandes der Betriebskrankenkassen zufolge im Jahr 2016 für die GKV von Januar bis September 2016 bei 0,95 Prozent.⁵⁷ Für das gesamte Jahr 2015 betrug dieser Anteil 0,94 Prozent.⁵⁸

Diese Perspektive für 2017 bedeutet für eine durchschnittliche Apotheke, dass sie bei einer Erwartung eines aus den gesamtwirtschaftlichen Umsatzzahlen der ABDA (2015: 2.360 Millionen €) hergeleiteten und mit einer Wachstumsrate von 5,0 Prozent hochgeschätzten Gesamtumsatzes je Apotheke in Höhe von 2.634 Millionen € im Jahre 2017 allenfalls 2.000 € oder 0,076 Prozent dieses Gesamtumsatzes durch den Versandhandel u.U. weniger einnehmen würde (Annahme: 20.000 Apotheken in 2017). Sie steigt in jedem Fall ihren Umsatz zwischen 2016 und 2017 um 0,132 Millionen € oder rund 5,0 Prozent.

Wenn der von der ABDA ausgewiesene Gesamtumsatz einer Durchschnittsapotheke von 2.110 Millionen € (ohne Mehrwertsteuer, 20.249 Apotheken) im Jahre 2015 auf die gesamtwirtschaftliche Ebene hochgerechnet und mit jährlich 5,0 Prozent auf das Jahr 2017 hochgerechnet würde, so ergäbe sich ein Gesamtumsatz von 2.355 Millionen € je Apotheke (ohne Mehrwertsteuer, 20.000 Apotheken). Wird diese Zahl zugrunde gelegt, wären es 0,07 Prozent des Gesamtumsatzes, der ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer weniger eingenommen würde. Die Steigerung des Umsatzes einer durchschnittlichen öffentlichen Apotheke von 2016 auf 2017 würde in diesem Falle 0,118 Millionen € oder gut 5,0 Prozent betragen.

Keine öffentliche Apotheken, auch keine in den niedrigsten Umsatzgrößenklassen wird angesichts dieser marginalen Beträge auf Grund des Versandhandels aus dem Marktgeschehen ausscheiden. Der oben zitierte, im Referentenentwurf dargestellte Zusammenhang zwischen dem Zugewinn von Versandapotheken auf Grund von Boni und „*wirtschaftliche(n) Einbußen*“ der öffentlichen Apotheken seien so hoch, dass dies „*zur Aufgabe vor allem wirtschaftlich schwächer aufgestellter Apotheken in weniger begünstigten Lagen führen kann*“, ist völlig aus der Luft gegriffen.

Dies hat auch der Europäische Gerichtshof erkannt und in seiner Entscheidung vom 19.10.2016 maßgeblich berücksichtigt: „*Hinsichtlich der Geeignetheit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung zur Erreichung der angeführten Ziele ist festzustellen, dass das auf die Notwendigkeit der Gewährleistung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung mit verschreibungspflichtigen*

⁵⁷ BKK Dachverband e.V., Publikation Zahl des Monats März 2017

⁵⁸ (Abruf 05.03.2017) Berechnet aus: Bundesministerium für Gesundheit, Gesetzliche Krankenversicherung. Endgültige Rechnungsergebnisse 2015, Stand 23. Juni 2016 (Datenquelle KJ 1), im Internet: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KJ1_2015.pdf S. 6-7.

Arzneimitteln in ganz Deutschland gestützte Argument nicht in einer Weise untermauert worden ist, die den in Rn. 35 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen genügt. Insbesondere wird, wie der Generalanwalt in Nr. 51 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, mit den in der vorliegenden Rechtssache vorgebrachten allgemeinen Aussagen zu dieser Frage nicht dargetan, inwiefern durch die Festlegung einheitlicher Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel eine bessere geografische Verteilung der traditionellen Apotheken in Deutschland sichergestellt werden kann.“⁵⁹

Es ist gelebte Praxis, dass das Gesamtvolume des Rx-Marktes, welches vom ärztlichen Verschreibungsvolumen abhängt, nur bedingt über den therapeutischen Bedarf hinaus ausweitbar ist. Daher nehmen Versandapotheken mit ihren verkauften Mengen den inländischen Apotheken in marginalem Umfang Marktanteile ab. Damit widerspricht der Bundesgesundheitsminister seiner weiter oben mehrfach gemachten Aussage, Versandapotheken würden auf Grund einer reinen Gewinnabsicht zu einem unbegründeten Rx-Mehrkonsum verleiten. Allein dies zeigt, dass die Begründung des Versandhandelsverbotes nicht nur empirisch und sachlich unbegründet ist. Sie enthält auch schwerwiegende Widersprüche.

6. Rechtliche Bewertung

Die rechtliche Begründung des geplanten Rx-Versandhandelsverbots im Referentenentwurf („Begründung“) genügt nicht ansatzweise den Anforderungen, die an die verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung eines Rx-Versandhandelsverbots zu stellen sind.

Versandapotheken, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union haben und in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Endverbraucher mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auf dem Versandwege beliefern („EU-Versandapotheken“) können sich erfolgreich auf einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit sowie die Europäische Warenverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 34, 36 AEUV berufen.

Zwar hatte der EuGH mit seiner Entscheidung vom 11.12.2003 (Rs. C-322/01 – Deutscher Apothekerverband e.V. gegen 0800DocMorris NV u.a. - „DocMorris I“) festgestellt, dass ein Verbot des RX-Versandhandels grundsätzlich möglich ist. Diese Aussage ist jedoch zum einen auf die erstmalige Einführung eines Rx-Versandhandelsverbots zu beziehen, um die es hier nicht geht.

Zum andern müssen auch nach dem EuGH die Voraussetzungen des Art. 36 AEUV erfüllt sein, was nicht der Fall ist. Der Referentenentwurf lässt keine ausreichenden Gründe

⁵⁹ EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 37

erkennen, die den Eingriff in die Europäische Warenverkehrsfreiheit, der zweifelsfrei (auch) durch ein Rx-Versandhandelsverbot gegeben wäre, rechtfertigen könnten. Die Begründung ignoriert die Feststellungen des EuGH-Urturts vom 19.10.2016 – C-148/15 („EuGH-Urtur“), die sich zwar expressis verbis nur auf die Preisbindung beziehen, aber darüber hinaus nicht nur Auswirkungen auf andere derzeitige gesetzliche Regelungen, die die Preisbindung flankieren (wie z.B. die Werbeverbote des § 7 HWG, zu diesen sogleich) haben, sondern auf ein Rx-Versandhandelsverbot entsprechend angewendet werden können, weil der Referentenentwurf im Wesentlichen dieselben Argumente, die schon die Preisbindung nicht rechtfertigen könnten, nunmehr zur Rechtfertigung des (noch einschneidenderen) Rx-Versandhandelsverbots heranziehen will. Dies begründet zugleich einen nicht berechtigten Eingriff in die nach dem Grundgesetz garantierte Berufsausübungsfreiheit, auf die sich auch EU-Versandapotheke erfolgreich berufen können.

Im Einzelnen:

6.1. Positive Erfahrungen mit dem Rx-Versandhandel und Situation in anderen Mitgliedsstaaten

Ein Rx-Versandhandelsverbot ist bereits in Ansehung der durchweg positiven Erfahrungen seit der Zulassung des Rx-Versandhandels im Jahr 2004 nicht erforderlich. Darüber hinaus ist angesichts des nicht mehr weg zu denkenden Beitrags von in- und EU-ausländischen Versandapotheke zur Arzneimittelversorgung in der Bundesrepublik – insbesondere in abgelegenen Regionen – unverhältnismäßig. Dem Rx-Versandhandel ist insoweit vielmehr „Bestandsschutz“ zu gewähren.

Der Referentenentwurf führt aus:

1. „Deutschland schließt sich damit den 21 Mitgliedstaaten der Europäischen Union an, die in ihrem nationalen Recht ein Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Humanarzneimitteln verankert haben. Weiterhin wird die Zustellung von Arzneimitteln durch Apothekenpersonal vom Versandhandel abgegrenzt.“

In den genannten 21 Mitgliedstaaten der EU war der Rx-Versandhandel bisher nicht zugelassen. Das unterscheidet die dortige Rechtslage jeweils von der deutschen. In Deutschland ist der Versandhandel seit 2004 zugelassen. Es hat in den vergangenen 13 Jahren keine Probleme mit der Arzneimittelsicherheit gegeben. Der Versandhandel erfüllt die Bedürfnisse eines kleinen Segmentes der Rx-Nachfrage. Insofern hat der deutsche Gesetzgeber die Freiheit der Entscheidung von verantwortungsvollen Patienten und Verbrauchern respektiert. Der Rx-Versandhandel hat keine deutschen öffentlichen

Apotheken vom Markt verdrängt und wird auch in Zukunft kein Grund für Apothekenschließungen sein. Das von Bundesminister Gröhe auf Drängen der ABDA betriebene Verbot ist eine rein protektionistische Maßnahme, die dem Wesen und Kern der „Sozialen Marktwirtschaft“ diametral entgegensteht. Es ist ein wirtschaftlicher und rechtlicher Unterschied, ob ein gut funktionierendes und unbeanstandetes Distributionssystem von vorne herein nicht zugelassen wird oder ob es aus rein protektionistischen Gründen auf Verlangen von Interessengruppen verboten wird.

Der Verweis auf die Nichtzulassung in Mitgliedstaaten der EU ist auch insofern irreführend, als in vielen dieser Staaten die Apothekensysteme als Ganzes anders geregelt und organisiert sind. In Frankreich etwa gibt es noch das System der Apothekenbezirke.⁶⁰ Die Erlaubnis für den Betrieb einer Apotheke erfolgt durch den Generaldirektor der Agence régionale de Santé (ARS) (regionale Gesundheitsbehörde) im Einvernehmen mit den staatlichen Behörden des Departements, dem Ordre national des Pharmaciens sowie Repräsentanten der Apothekergewerkschaften („syndicats pharmaceutiques représentatifs“). Die Zahl der zugelassenen Apotheken hängt von der Einwohnerzahl der Kommune ab. Der ausschließlich für OTC zugelassene Versandhandel ist erst sehr spät (2012/2013) nach großem Widerstand der Regierung und der Apothekerverbände sowie nach Prozessen rechtlich geregelt worden. Tatsächlich ist er von sehr geringer Bedeutung. Trotz des Systems der Apothekenbezirke und der Regulierungen wird auch in Frankreich der Apothekenschwund in ländlichen Regionen und die Schließung von Apotheken in Ballungsräumen beklagt.⁶¹ Auch hier könnte der Rx-Versandhandel eine sinnvolle Ergänzung der Sicherstellung der Versorgung bedeuten. Aber in Frankreich sind die von Interessengruppen organisierten Widerstände angesichts der etatistischen Tradition größer. Das Beispiel Frankreich zeigt, dass staatliche Regulierung gegen den Markt zu Strukturverwerfungen zu Lasten der Verbraucher führt.

Im Gegensatz zu Frankreich etwa hat sich in Schweden der Versandhandel sowohl mit OTC als auch mit Rx zu einer wichtigen Ergänzung des Apothekensystems entwickelt. Mit der großen Apothekenreform von 2009 wurden Staatsmonopol und Apothekenbezirke abgeschafft, Kapitalgesellschaften als Eigentümer von Apotheken und Apothekenketten sowie der Rx- und OTC- Versandhandel zugelassen.⁶² Die Anzahl der Apotheken ist in den

⁶⁰ Vgl zu den folgenden Ausführungen Ordre national des pharmacies: „Pharmacie“, Artikel auf der Website des Ordre national veröffentlicht unter <http://www.ordre.pharmacien.fr/Le-pharmacien/Secteurs-d-activite/Pharmacie>, (Abruf 1.3.2017). Zur Rechtsgrundlage vgl. Code de la santé publique, Article L 5125-3, im Internet veröffentlicht unter <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20170301> (Abruf 1.3.2017). Vgl auch Service-public fr.: Artikel auf der Website des französischen Staates: „Conditions d'ouverture d'une pharmacie“, veröffentlicht im Internet unter <http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F13777.xhtml> (Abruf 1.3.2017)

⁶¹ Le Parisien: „Une pharmacie ferme tous les trois jours“, Artikel vom 13. Juni 2013, veröffentlicht im Internet unter <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/une-pharmacie-ferme-tous-les-trois-jours-13-06-2013-2891627.php>, (Abruf 1.3.2017)

⁶² Anell, Anders; Glenngård, Anna H.; Merkur, Sherry: Health System Review Sweden. Reihe Health Systems in Transition, Vol. 14, No. 5, 2012, im Internet: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/164096/e96455.pdf (Abruf 01.03.2017), S. 92 ff, S. 103 ff. und S. 113. Zu den gesetzlichen Grundlagen: Lag (2009: 366) om handel med läkemedel, Gesetzesammlung des schwedischen Reichstages: Sveriges Riksdag>Website>Dokument & lagar>Lag (2009: 366) om

sechs Jahren seit der Apothekenreform um knapp 48 Prozent gestiegen. Damit sank die Zahl der Einwohner je Apotheke von gut 10.000 vor der Reform auf derzeit unter 7.200.⁶³ Natürlich ist in diesem dünn besiedelten Staat die Apothekendichte in den weiten ländlichen Räumen sehr gering. Aber die Versorgungslage hat sich durch Verkaufsstellen und in Teilbereichen auch den Versandhandel (4 Prozent des Umsatzes)⁶⁴ deutlich gebessert. Schweden, wie auch Norwegen und Finnland, sind Staaten, die den Rx-Versandhandel als wichtige Ergänzung zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln nutzen. Ähnliches gilt für Großbritannien und Dänemark.

6.2. Kein überschießender Wettbewerbsvorteil von EU-Versandapotheken gegenüber inländischen Präsenzapothenen infolge des EuGH-Urteils

Der Referentenentwurf führt weiter aus:

2. „*Mit einem Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, wird zudem die sich aus dem Urteil des EuGH ergebende Ungleichheit zwischen inländischen (Versand-)Apotheken und Versandapotheken mit Sitz im EU-Ausland beseitigt. Die sich aus dem Urteil unmittelbar ergebende Rechtslage führt zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil der inländischen Apotheken gegenüber den Versandapotheken mit Sitz im EU-Ausland.“*

Die in der Begründung monierte Ungleichheit von in- und EU-ausländischen Versandapotheken ist unter verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten:

Der Europäische Gerichtshof stellt in seinem Urteil vom 19.10.2016 ausdrücklich fest, dass durch eine Preisbindung EU-ausländische (Versand-)Apotheken gegenüber den deutschen (Versand)Apotheken benachteiligt werden

„Nach alledem ist festzustellen, dass sich die Festlegung einheitlicher Abgabepreise, wie sie in der deutschen Regelung vorgesehen ist, auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirkt als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken.“⁶⁵

handel met läkemedel. Im Internet: http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/swensk-forfattningssamling/lag-2009366-om-handel-med-lakemedel_sfs-2009-366 (Abruf 01.03.2017).

⁶³ S. Tabelle in: Sveriges Apoteksförening (Hg.): Branschrapport 201, Stockholm, o.J., im Internet: <http://www.sverigesapoteksforening.se/wp-content/uploads/Branschrapport-2016.pdf> (Abruf 22.08.2016), S. 6

⁶⁴ Ibid. S. 2

⁶⁵ EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 26

Eine, wie im Gesetzesentwurf angenommene, Ungleichheit ist somit gerade nicht gegeben. Vielmehr stellt der Wegfall der Preisbindung gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen EU ausländischen Apotheken und inländischen Apotheken her und beseitigt einen rechtswidrigen Zustand der Marktzugangsbehinderung für EU ausländische Apotheken.

Sollte es Ziel des Gesetzentwurfes sein, die daraus resultierende – nach der Entscheidung des EuGH rechtmäßige – „Inländerdiskriminierung“ zu beseitigen, ist der Gesetzgeber auch hier an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden. Das mildeste, gleich geeignete Mittel ist jedoch nicht ein Verbot des kompletten Rx-Versandhandels, sondern den Wegfall der Preisbindung auch auf deutsche Apotheken anzuwenden.

Die Begründung interpretiert die Rechtsfolgen aus dem EuGH-Urteil falsch. Richtig ist zwar, dass es infolge des EuGH-Urteils faktisch zu einer Inländerdiskriminierung dergestalt gekommen ist, das sich inländische Apotheken nach wie vor an die Preisbindung halten müssen. Unzutreffend ist aber, dass dies „*einen erheblichen Wettbewerbsnachteil der inländischen Apotheken gegenüber den Versandapotheken mit Sitz im EU-Ausland*“ zur Folge haben soll. Anders ausgedrückt: Der Wettbewerbsvorteil, den freie Rx-Preise für EU-Versandapotheken darstellen sollen, gleicht nur jene Wettbewerbsnachteile von EU-Versandapotheken aus, die EU-Versandapotheken originär gegenüber inländischen Apotheken wegen des gegebenen Standortnachteils infolge des sog. Fremdbesitzverbotes haben, das überhaupt erst den Anlass für die Vorlagefragen an den EuGH im Verfahren C-148/15 und im Übrigen auch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik gegeben hatte. Der Referentenentwurf versucht, die nunmehr halbwegs ausgewogene Wettbewerbssituation erneut zugunsten von inländischen Apotheken zu verschieben, indem EU-Apotheken der Zugang zum deutschen Rx-Markt gänzlich verwehrt werden soll. Schon insoweit käme es infolge eines Rx-Versandhandelsverbots zu einem erneuten Eingriff in die Europäische Warenverkehrsfreiheit, der nicht gerechtfertigt ist. Der Referentenentwurf verkennt insoweit auch, dass das Europarecht eine Inländerdiskriminierung nach Art. 3 GG rechtfertigen kann⁶⁶.

Aus dem Referentenentwurf selbst geht zudem hervor, dass das Rx-Versandhandelsverbot „*die uneingeschränkte Anwendung des einheitlichen Abgabepreises*“ sichere. Das Rx-Versandhandelsverbot bringt EU-Versandapotheken damit um jenen Wettbewerbsvorteil, den die Europäische Kommission – bestätigt vom EuGH-Urteil – EU-Versandapotheken notwendigerweise gerade erst zugestanden hat. Das geplante Rx-Versandhandelsverbot setzt sich damit in offenen Widerspruch zum EuGH-Urteil.

⁶⁶BVerfG, Urteil v.04.02.2010 – 1 BvR 2514/09, Rn. 16.

6.3. Ohne weiteres keine Vorsorgenotwendigkeit im Hinblick auf die sog. flächendeckende Arzneimittelversorgung in der Bundesrepublik erkennbar

Ziel eines Rx-Versandhandelsverbots sei es, die bestehende flächendeckende, wohnortnahe und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln, insbesondere auch im akuten Krankheitsfall, weiterhin zu gewährleisten. Auch diese pauschale Behauptung ist jedoch weder verfassungs- noch gemeinschaftsrechtlich ausreichend. Richtig ist zwar, dass der EuGH festgestellt hat⁶⁷, dass die (hier: vermeintliche) Notwendigkeit der Gewährleistung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in ganz Deutschland einen Grund i.S.d. Art. 36 AEUV darstellen könnte. Das EuGH-Urteil hat allerdings (hinsichtlich der dort im Streit stehenden Preisbindung) gleichzeitig festgestellt, dass der deutsche Gesetzgeber keine ausreichenden Nachweise für die vermeintliche Vorsorgenotwendigkeit, d.h. ausreichende Anhaltspunkte für eine entsprechende Gefährdungslage erbracht hat. In Rn. 42 des EuGH-Urtells wird insbesondere festgestellt, dass das

„Bestehen einer tatsächlichen Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen ist“.

Entsprechende ausreichende Nachweise lässt der Referentenentwurf allerdings nicht erkennen.

6.4. Ohne weiteres kein gesteigertes Sicherungsbedürfnis der sozialen Sicherungssysteme der Bundesrepublik erkennbar

Laut der Begründung solle ein Rx-Versandhandelsverbot neben der Gewährleistung der sog. flächendeckenden Versorgung erreichen, dass die Steuerungsfunktion der sozialversicherungsrechtlichen Zuzahlungsregelungen und des Festbetragssystems nicht durch den mit Boni verbundenen Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus anderen Staaten unterlaufen und damit das etablierte, auf dem Solidargedanken basierende System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) gefährdet werde.

Der EuGH hatte allerdings schon in seiner „DocMorris I“-Entscheidung insoweit festgestellt, dass weder der dortige Kläger, noch die Mitgliedsstaaten Argumente für die Erforderlichkeit vorgebracht hatten, die ein „Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln in Deutschland, was verschreibungspflichtige Arzneimittel angeht, durch Gründe des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit oder der Intaktheit des nationalen

⁶⁷ EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 37

Gesundheitswesens“ rechtfertigen könne. Der Referentenentwurf lässt nichts Gegenteiliges erkennen. Angeführt werden im Referentenentwurf insoweit im Wesentlichen (erneut) nur finanzielle Gründe, die - wie u.a. auch der Generalwalt in seiner Stellungnahme in der Rechtsache C-148/15 v. 02.06.2015⁶⁸ in Rn. 41/42 zutreffend ausführt – für sich genommen keinen Rechtfertigungsgrund i.S.d. Art. 36 AEUV darstellen können⁶⁹. Nur eine „erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“ kann insoweit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, die aus der Begründung nicht hervorgeht. Zwar steht den Mitgliedsstaaten eine entsprechende Einschätzungsprärogative zu, diese wird aber keinesfalls grenzenlos gewährt. Wie das EuGH-Urteil insoweit zu Recht festgestellt hat⁷⁰, hat der Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung des Hindernisses für den freien Warenverkehr auf ein zwingendes Erfordernis des Gemeinwohls beruft, den Nachweis zu erbringen, dass seine Regelung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels ist⁷¹. Dies muss erst recht gelten, als die Rechtfertigung ausnahmsweise auf eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit oder der Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens gestützt werden soll, die nicht festzustellen ist, jedenfalls nicht aufgrund von Preisvorteilen, die EU-Versandapothen ihren deutschen Kunden gewähren.

Eine entsprechende Gefährdungslage, die eine Unterbindung des seit über 12 Jahren etablierten und bewährten (grenzüberschreitenden) Rx-Versandhandel rechtfertigen könnte, lässt der Referentenentwurf nicht erkennen; dies erst recht nicht, wenn man bedenkt, dass der Rx-Versandhandel nach wie vor nur über einen verschwindend geringen Rx-Marktanteil verfügt. Im Jahr 2009 entfielen auf den Versandhandel von RX nur gut 1,0 Prozent der gesamten Arzneimittelausgaben der GKV⁷². Nach Feststellungen des Bundeskartellamts im Jahr 2010 von „*weit unter 5,0 Prozent*“; Versandapothen hätten eine „*geringe Marktstellung*“ im RX-Bereich⁷³. Im November 2014 waren dies lediglich 0,7 Prozent⁷⁴. Der

⁶⁸ Abrufbar unter:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179324&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&cc=first&part=1>

⁶⁹ vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C-120/95, a.a.O.; v. 21.10.1999 C-67/98, Slg. 1999 I Seite 7289 Rn. 35 ff.; v. 6.11.2003, C-243/01, Slg. 2003, I 13031; v. 8.9.2010, C-46/08; BVerwG, Urteil v. 24.11.2010 - 8 C 14.09, NVwZ 2011, 554, Rn. 77, 80).

⁷⁰ Vgl. Rn. 35 unter Verweis auf sein Urteil vom 23.12.2015, „*The Scotch Whisky Association*“, C-333/14, EU:C:2015:845, Rn. 54 m.W.N.)

⁷¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 8.11.1979 – C-251/78, Rn. 24, BeckEuRS 1979, 74790 ; v. 23.10.1997 - C-157/94 - Slg 1997, I-5699; v. 19. 6. 2003 - C-420/01, Slg. 2003, I-6445, Rn. 30; v. 7.6.2007 – C-254/05, Rn. 36, BeckEuRS 2007, 449955; v. 10.2.2009 - C-110/05, a.a.O; v. 4.3.2011 – C-258/10 Rn. 29, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0258&from=EN>).

⁷² Vgl. Sonderbericht der Deutschen Bank Research vom 15.8.2011 „*Deutsche Apotheken - Umsatzwachstum trotz vieler Herausforderungen*“, abrufbar unter: www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000277112/Deutsche+Apotheken%3A+Umsatzwachstum+trotz+vieler+He.PDF

⁷³ Vgl. Fallbericht des Bundeskartellamts vom 15.9.2010, Az. B3-59/10, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Fusionskontrolle/2010/B3-59-10.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Umsatzanteil von EU - Versandapotheken dürfte noch geringer sein. Wie aber sollen Vergünstigungen, die im Rx-Versandhandel gewährt werden, welcher lediglich 1 Prozent der gesamten Arzneimittelausgaben der GKV ausmacht, den Bestand inländischer Vor-Ort-Apotheken gefährden? Zumal im Jahr 2013 der Rx-Absatz im Versandhandel um 2,5 Prozent gesunken ist⁷⁵. Der momentan niedrige Anteil des Versandhandels in der Bundesrepublik (erst recht des Rx-Versandhandels EU-ausländischer Versandapotheken) ist im Wesentlichen Folge des in der Bundesrepublik etablierten Verbraucherverhaltens, die ärztliche Verschreibung in der nächstgelegenen Präsenzapotheke einzulösen. Allein deswegen ist weder damit zu rechnen, dass der Marktanteil des Rx-Versandhandels aufgrund der Gewährung von Preisvorteilen bei Gelegenheit des Rx-Erwerbs in Zukunft steigen wird, noch ist im Bereich der Akut- und Notfallversorgung vorstellbar, dass Rx-Preiswettbewerb künftig zu einer signifikanten Verdrängung von inländischen Apotheken führt.

Wie bereits oben dargestellt, helfen freie Rx-Preise EU-Versandapotheken lediglich, ihren Standortnachteil gegenüber inländischen Präsenzapothenen, der infolge des Fremdbesitzverbotes (§ 8 ApoG) besteht, auszugleichen.

Der Referentenentwurf selbst behauptet lediglich eine vermeintlich „steigenden Relevanz des Versandhandels“ und will eine „zunehmende Verschiebung der Marktanteile“ erkennen, die tatsächlich nicht existiert. Zahlen hierzu werden bezeichnenderweise nicht genannt. Die aktuellen Marktanteile des Rx-Versandhandels sind weit davon entfernt, in der Lage zu sein, die sog. flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in der Bundesrepublik zu gefährden oder gar die sozialen Sicherungssysteme der Bundesrepublik aus dem Gleichgewicht bringen.

Vielmehr sollte der Rx-Versandhandel als sinnvolle Ergänzung des Präsenzapotheekennetzes verstanden werden. So sieht es auch das EuGH-Urteil⁷⁶:

„Ganz im Gegenteil legen einige Unterlagen, auf die sich die Kommission stützt, nahe, dass mehr Preiswettbewerb unter den Apotheken die gleichmäßige Versorgung mit Arzneimitteln dadurch fördern würde, dass Anreize zur Niederlassung in Gegenden gesetzt würden, in denen wegen der geringeren Zahl an Apotheken höhere Preise verlangt werden könnten.“

Freie Preise setzen also Anreize, dass sich Versorgungslücken schließen und führen gerade nicht zu einem vermeintlich „ruinösen Preiswettbewerb“ zwischen EU-Versandapotheken und inländischen Apotheken, der die sog. flächendeckende Versorgung oder die „sozialen Sicherungssysteme“ der Bundesrepublik gefährden könnte. Im Übrigen ist ein

⁷⁴Vgl. Recke/Arentz „Apothekenmarkt in Deutschland – hohe Regulierungsanforderungen als Gefahr für die Versorgungssicherheit?“, Otto-Wolff-Discussion Paper 06/2014 (November 2014), S. 8, abrufbar unter: www.otto-wolff-institut.de/Publikationen/DiskussionPapers/OWIWO_DP_06_2014.pdf

⁷⁵Vgl. Artikel DAZ-Online v. 17.2.2014 „RX-Versand büsst drei Prozent ein“, abrufbar unter: www.deutsche-apotheker-zeitung.de/wirtschaft/news/2014/02/17/rx-versand-buesst-drei-prozent-ein/12101.html.

⁷⁶EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 38

Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel auch deshalb nicht erforderlich, da sich die genannten Ziele auch durch zulässige preisrechtliche Regelungen erreichen lassen würden.

6.5. § 7 HWG

Der Referentenentwurf führt weiter aus, dass die „*Regelungen der Arzneimittelpreisverordnung...untrennbar mit den Rabattverböten nach dem Heilmittelwerbegesetz verknüpft (§7 HWG i.V.m. AMPreisVO)*“ seien. Diese Aussage ist ausschließlich insoweit richtig, als § 7 HWG in seiner derzeitigen Fassung infolge des EuGH-Urteils der europarechtskonformen Auslegung, namentlich einer entsprechenden Einschränkung bedarf. Man kann nicht EU-Versandapothen gestatten sich mittels freier Preise einen angemessenen Zugang zum deutschen Rx-Markt zu verschaffen, dann aber die Zulässigkeit von der Art und Weise wie ein Preisvorteil gewährt wird, abhängig machen. Erst recht kann man nicht den Zugang zum deutschen Rx-Markt gänzlich versperren. Entsprechend bezieht sich das Urteil des EuGH auch auf § 7 HWG (Urteil vom 19.10.2016, Rs. C- 148/15, Rz. 8).

Dass das EUGH-Urteil unmittelbare Auswirkungen auf § 7 HWG haben muss, wird zudem an Folgendem deutlich: Das heilmittelwerberechtliche Verbot des § 7 HWG soll nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers „sicherstellen“, „dass die Vorschriften der AMPreisV eingehalten werden und die Apotheken diejenigen Handelszuschläge erhalten, die ihnen aufgrund der in dieser Verordnung festgesetzten Handelszuschläge zustehen“⁷⁷. Das Verbot dient also der Durchsetzung des Arzneimittelpreisrechts und letztlich der mit der weitgehenden Fixierung der Handelsmargen von Apotheken und Großhändlern bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln verfolgten sozialpolitischen und fiskalischen Zielen⁷⁸.

6.6. Vermeintliche Alleinstellungsmerkmale inländischer Präsenzapothen

Der Referentenentwurf hebt an einigen Stellen vermeintliche Alleinstellungsmerkmale inländischer Präsenzapothen hervor, die zudem der Richtigstellung bedürfen. Obgleich Präsenzapothen nicht abgesprochen werden soll, dass sie einen integralen Teil in der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung spielen, verfügen sie nicht, jedenfalls aber nicht in dem im Referentenentwurf behaupteten Ausmaß über Alleinstellungsmerkmale gegenüber EU-Versandapothen.

⁷⁷Vgl. Gesetzesbegründung RegE AVWG BT-Drs 16/194 S. 11; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum 3. AMRÄndG, BT-Drs. 17/13770, S. 21.

⁷⁸Vgl. insgesamt Gröning/Mand/Reinhart, Heilmittelwerberecht, Stand: Januar 2015, § 7 Rn. 22.

6.6.1. Nacht- und Notdienst; Katastrophenlagen

Richtig ist, dass EU-Versandapotheke in der Bundesrepublik keinen Nacht- und Notdienst leisten. Dies dürfen EU-Versandapotheke wegen des sog. Fremdbesitzverbotes (§ 8 ApoG), das ihnen als Kapitalgesellschaft verbietet, eine deutsche Präsenzapotheke zu führen oder sich an einer solchen zu beteiligen, aber auch gar nicht. Demgegenüber verschweigt der Referentenentwurf, dass EU-Versandapotheke freiwillig in den Nacht- und Notdienstfonds entsprechend einer deutschen Apotheke einzahlen und so einen wichtigen Beitrag zur Finanzierung der Nacht- und Notdienstvergütung leisten. Der Nacht- und Notdienstfonds des Deutschen Apothekerverbands e. V., der den Nacht- und Notdienstfond führt (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 ApoG), hat mit dem EAMSP für mehrere EU-Versandapotheke bereits im Juni 2014 einen entsprechenden Vertrag über die Abführung der vereinbarten Erhöhungsbeiträge gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 AMPreisV geschlossen.

Das EuGH-Urteil hat die Nacht- und Notfallversorgung ebenfalls nicht als Argument gelten lassen⁷⁹:

„Zu dem auf eine qualitativ hochwertige Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gestützten Argument ist festzustellen, dass dem Gerichtshof entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung keine Belege dafür vorgelegt wurden, dass sich die Versandapotheke ohne eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen Preiswettbewerb liefern könnten, so dass wichtige Leistungen wie die Notfallversorgung in Deutschland nicht mehr zu gewährleisten wären, weil sich die Zahl der Präsenzapotheke in der Folge verringern würde. Insoweit ist auf die in Rn. 24 des vorliegenden Urteils angeführten anderen Wettbewerbsfaktoren als den Preis hinzuweisen, die den traditionellen Apotheken eventuell ermöglichen könnten, im Wettbewerb mit dem Versandhandel auf dem deutschen Markt konkurrenzfähig zu bleiben.“

Eine Gefahr für die sog. flächendeckende Versorgung ist auch in Katastrophenfällen nicht zu befürchten. Das vermeintliche Argument der Begründung, Präsenzapotheke seien gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 ApoBetrO verpflichtet, Arzneimittel in einer Menge vorrätig zu halten, die mindestens dem durchschnittlichen Bedarf für eine Woche entspricht, verfängt schon deswegen nicht, weil bei Auftreten eines etwaigen Notstands in der Arzneimittelversorgung, die Gemeinde selbst gehalten ist, Notapotheke einzurichten und zu betreiben, §§ 16, 17 ApoG.

⁷⁹EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 39

6.6.2. Pharmazeutische Beratung; heilberufliche Verantwortung; Arzneimittelsicherheit

EU-Versandapotheken kommen inhaltlich genauso wie inländische Präsenzapotheke – und im Übrigen unabhängig von der streitigen Frage, ob die Regelungen der Apothekenbetriebsordnung („ApoBtrO“) überhaupt auf EU-Versandapotheken anwendbar sind – inhaltlich den Beratungspflichten und Qualitätsanforderungen gemäß §§ 11a Apothekengesetz sowie §§ 17 und 20 ApBetrO nach.

6.6.2.1. Regelungen im Sitzstaat

Dass EU-Versandapotheken, die z.B. ihren Sitz in den Niederlanden haben, den von den vorgenannten Vorschriften aufgestellten Anforderungen genügen, dokumentiert bereits die „*Bekanntmachung der Übersicht zum Versandhandel mit Arzneimitteln nach § 73 Absatz 1 Satz 3 des Arzneimittelgesetzes*“ des Bundesministeriums der Gesundheit vom 05.07.2011.

Zudem entsprechen die gesetzlichen Regelungen, die EU-Versandapotheken in ihrem Sitzstaat zu beachten haben, nicht nur weitestgehend den in der Bundesrepublik bestehenden Regelungen, sondern gehen über diese teilweise sogar hinaus. So bieten EU-Versandapotheken schon heute Wechselwirkungsprüfungen an, die weit umfangreicher sind, als es die gesetzlichen Regelungen erfordern, die im Einfuhrmitgliedsstaat gelten. EU-Versandapotheken, die in den Niederlanden ansässig sind, sind z.B. zur Speicherung der Medikationsgeschichte des Kunden verpflichtet.

Nach Artikel 2.2 der Niederländischen Apothekennorm NAN 2006 wird vom niederländischen Apotheker verlangt, dass er eine Patientendatei pflegt, in der der Arzneimittelverbrauch und zumindest relevante persönliche und klinische Daten enthalten sind⁸⁰. Nach der sog. „*Richtlijn Overdracht*“ haben „*Anbieter von Dienstleistungen im Gesundheitswesen*“ regelmäßig zu kontrollieren, ob die ihnen vorliegenden Patientendaten vollständig sind und noch stimmen. Dies soll eine möglichst vollständige Wechselwirkungsberatung und nachhaltige Arzneimittelsicherheit gewährleisten⁸¹. Demgegenüber findet die Wechselwirkungsprüfung in der deutschen Präsenzapotheke in

⁸⁰ Vgl. Art. 2.2 („*Medikationsüberwachung*“) 2.2.2 S. 2 NAN 2006 (sinngemäße Übersetzung ins Deutsche): „*Die Apotheke hält die Abarbeitung von festgestellten und vermuteten Risiken fest.*“; Art. 2.5.1 NAN 2006 (sinngemäße Übersetzung ins Deutsche): „*Die Apotheke hält Daten bezüglich der pharmazeutischen Fürsorge- und Dienstleistung sämtliche Daten in einer Patientendatei fest, sodass diese in der Zukunft sicher und wirksam gewährleistet ist und übertragen werden kann*“, abrufbar in niederländischer Sprache unter: http://www.knmp.nl/downloads/nan_2006.pdf.

⁸¹ Sinngemäße Übersetzung ins Deutsche: „*1. Bei jedem Kontakt mit einem Verschreiber ist immer eine aktualisierte Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten, „*auf der das ärztliche Handeln basieren muss*“; „*2. Bei einer Notaufnahme ist so schnell wie möglich, aber spätestens innerhalb von 24 Stunden, eine aktualisierte Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten; „*3. Bei einer Übertragung auf das nächste Kettenglied ist so schnell als für eine verantwortete Gesundheitspflege erforderlich, aber spätestens innerhalb von 24 Stunden, die aktuelle Medikationsübersicht verfügbar*“ zu halten; weiter heißt es: „*Der Apotheker ist für die sichere Aushändigung und Überwachung der dem Patient verschriebenen Arzneimittel*“ verantwortlich. „*Er organisiert die Prozesse so, dass die Medikationsübersicht bei jeder Übertragung von einem Verschreiber auf einen anderen Verschreiber immer aktuell ist*“.

der Regel nur auf das Einzelrezept beschränkt statt. Der deutsche Apotheker muss außerdem auf die mündlichen Angaben des Kunden, etwa zu dessen aktueller Medikation vertrauen⁸².

6.6.2.2. Arzneimittelsicherheit und pharmazeutische Beratung

Bei Bestellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel bei EU-Versandapotheken ist höchste Arzneimittelsicherheit und pharmazeutische Beratungsqualität gewährleistet. Das Rezept des Arztes wird durch qualifizierte Mitarbeiter der EU-Versandapotheke kontrolliert, eingehend geprüft und erst dann wird das Arzneimittel ausgegeben. Bei den führenden EU-Versandapotheken für rezeptpflichtige Arzneimittel (DocMorris N.V. und Europa Apotheek Venlo B.V.) sind weit über 100 Apotheker und qualifiziertes pharmazeutisches Personal angestellt, um die Kunden telefonisch, per Mail oder auch per Brief entsprechend zu beraten. Kunden können über eine kostenfreie Servicenummer anrufen und sich auf diese Weise jederzeit durch pharmazeutisches Personal in deutscher Sprache umfassend über das gewünschte Produkt, vergleichbare Medikamente oder eventuelle Neben- und Wechselwirkungen informieren. Zudem können Einnahmeinformationen auch schriftlich mitgeteilt werden. Aufgrund umfangreicher computergestützter Dokumentationsmöglichkeiten können EU-Versandapotheken pharmazeutisch präzise die bisherigen Bestellungen verschreibungspflichtiger Arzneimittel darstellen und insofern den Kunden intensiv betreuen. Jede Bestellung mit rezeptpflichtigen und rezeptfreien Medikamenten wird hinsichtlich Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten genau kontrolliert und der Kunde über etwaige Wechselwirkungen informiert. Außerdem wird überprüft, inwieweit bereits frühere Bestellungen und Belieferungen mit verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln erfolgt sind. Diese werden mit in die pharmazeutischen Prüfprozesse eingebunden.

Zudem stellt sich die persönliche Betreuung des Patienten in der Präsenzapotheke nicht in allen Fällen als vorteilhaft dar, denn bei Versandapotheken hat der Patient unabhängig von den Öffnungszeiten der Präsenzapotheke⁸³ die Möglichkeit *jederzeit* Bestellungen vorzunehmen. Im Internet oder per Telefon kann er zudem einen noch „diskreteren“ Bestellvorgang vornehmen, als in einer Präsenzapotheke, besonders in den Fällen, in denen es für einen Patienten unangenehm sein könnte, über seine Krankheit mit dem pharmazeutischen Personal persönlich zu sprechen oder nach einem bestimmten

⁸²Vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 ApoBrO: „Die Beratung muss die notwendigen **Informationen** über die sachgerechte Anwendung des Arzneimittels umfassen, soweit erforderlich, auch über eventuelle Nebenwirkungen oder Wechselwirkungen, **die sich aus den Angaben auf der Verschreibung sowie den Angaben des Patienten oder Kunden ergeben**, und über die sachgerechte Aufbewahrung oder Entsorgung des Arzneimittels.“ (Hervorhebung d.d. Verf.).

⁸³Gem. § 23 Abs. 1 ApBetrO sind Apotheken i. d. Bundesrepublik v. d. ständigen Dienstbereitschaft ganz oder teilweise montags bis sonnabends v. 0:00 Uhr bis 8:00 Uhr, montags bis freitags v. 18:30 Uhr bis 24:00 Uhr, sonnabends v. 14:00 Uhr bis 24:00 Uhr, am 24. u. 31. Dezember von 14:00 Uhr bis 24:00 Uhr u. sonntags u. an gesetzlichen Feiertagen befreit.

Arzneimittel zu fragen. Existierte nicht die Möglichkeit, verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem Versandwege zu bestellen und sich liefern zu lassen, würde der Patient aus Scham möglicherweise davon absehen, dass verschreibungspflichtige Arzneimittel überhaupt zu beziehen.

6.6.2.3. EU-Versandapothekenlogo

Bereits in der Vergangenheit trug darüber hinaus das bundesdeutsche DIMDI-Logo, das vom Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information, einem Institut im Geschäftsbereich des Bundesgesundheitsministeriums, vergeben wurde, zu mehr Transparenz beim Versand- bzw. Internethandel mit Arzneimitteln bei. Das DIMDI-Logo war ein Sicherheitslogo, das nur solche Apotheken führen durften, die im Versandapothekenregister erfasst waren. Dort wurden wiederum nur behördlich zum Versandhandel zugelassene Apotheken geführt. Aus dem DIMDI-Logo ist nunmehr das sog. EU-Versandapothekenlogo geworden. Dieses basiert auf der Richtlinie 2011/62/EU sowie der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 699/2014, die zum 01.07.2015 in allen Mitgliedsstaaten gilt und die das DIMDI-Logo abgelöst hat. So wird das Vertrauen des Verbrauchers in (EU)-Versandapotheken weiter gestärkt. Klickt der Kunde das EU-Versandapothekenlogo auf der Internetseite der EU-Versandapotheke an, gelangt er zum Registereintrag der Behörde des Mitgliedsstaats, in dem die EU-Versandapotheke zugelassen ist.

6.6.2.4. Organisationsformen von EU-Versandapotheken

Dass EU-Versandapotheken, wie der Referentenentwurf zu Unrecht meint, allein deswegen, weil sie gegebenenfalls als Kapitalgesellschaft organisiert sind, nicht die notwendige heilberufliche Verantwortung an den Tag legen, ist nicht nachvollziehbar. Ohne weiteres kann hiervon nicht ausgegangen werden. Zwischen einer z.B. in den Niederlanden zugelassenen Apotheke, welche auch einen Versandhandel betreibt und einer deutschen Vor-Ort-Apotheke bestehen, abgesehen von der Gesellschaftsform, keine Unterschiede. Auch EU-Versandapotheken haben selbstverständlich einen verantwortlichen Apotheker und unterliegen der Aufsicht des Mitgliedsstaates, in dem sie zugelassen sind. Zugelassene EU-Versandapotheken versenden zudem ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland zugelassene, dort verkehrsfähige Originalarzneimittel.

Soweit der Referentenentwurf EU-Versandapotheken, die in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert sind, ins Blaue hinein unterstellt, dass sich diese maßgeblich an Gewinnerwartungen der Kapitalgeber zu orientieren habe, verkennt der Referentenentwurf, dass Apotheken neben ihrem öffentlichen Versorgungsauftrag grundsätzlich auch am Wirtschaftsleben teilnehmen und als Wirtschaftseinheiten zueinander im Wettbewerb stehen. Aus diesem Umstand allein, lässt sich aber nicht ins Blaue hinein

eine verminderte „*heilberufliche Verantwortung*“ schließen. Das vermeintliche Argument, Präsenzapotheken würden einen „*niedrigschwälligen Zugang zu benötigten Gesundheitsdienstleistungen einschließlich der Selbstmedikationsberatung*“ bieten und damit Ärztinnen und Ärzte entlasten, verfängt ebenso wenig. Zum einen sei klargestellt, dass Apotheker keine ärztlichen Tätigkeiten ausüben dürfen. Zum anderen „*entlasten*“ insoweit auch EU-Versandapotheke mit Ihren interaktiven Online-Informationsangeboten und innovativen (Beratungs-) Angeboten wie z.B. dem sog. „*Video-LiveChat*“ der DocMorris N.V., der dem Kunden videotestzte pharmazeutische Echtzeitvideoberatung bietet, ebenso. Die im Referentenentwurf behauptete „*Lotsenfunktion*“ ist damit kein exklusives Attribut deutscher Präsenzapotheke.

6.6.3. Keine Gefahr von Arzneimittel Fehl- und Mehrgebrauch

Dass ein Rx-Versandhandelsverbot notwendig wäre, um einer vermeintlichen Gefahr von Arzneimittelfehl- und Mehrgebrauch entgegenwirken zu müssen, ist ebenso wenig erkennbar. Freie Preise im Rx-Versandhandel lassen keinen Arzneimittelfehl- und Mehrgebrauch befürchten. Die Ausführungen im Referentenentwurf erfolgen ein weiteres Mal ins Blaue hinein. Ausreichende Nachweise für diese Behauptung sucht man auch an dieser Stelle vergebens. Das EuGH-Urteil stellt demgegenüber unmissverständlich fest⁸⁴:

„*Auch der geltend gemachte Zusammenhang zwischen den im Ausgangsverfahren festgelegten Abgabepreisen und einer daraus resultierenden Verringerung der Gefahr, dass Patienten versuchen, Druck auf Ärzte auszuüben, um Wunschverschreibungen zu erhalten, erweist sich nicht als ein den in Rn. 35 des vorliegenden Urteils“ angeführten Voraussetzungen genügender Beleg“.*

Die ebenso pauschale wie durch nichts belegte Behauptung, durch das Versandhandelsverbot werde verhindert, dass „*Patienten bewusst Verzögerungen des Therapiebeginns in Kauf nehmen, um einen Bonus bei der beliefernden Apotheke zu erhalten*“ ist ebenso fernliegend. Sie erfolgt ebenso ins Blaue hinein und unterschätzt zudem die Willensbildung des durchschnittlich verständigen Verbrauchers. In diesem Zusammenhang ist auf Rn. 42 des EuGH-Urteils hinzuweisen, in dem ausgeführt wird:

„*Zum Vorbringen des ZBUW und der deutschen Regierung, dass sich der Patient, der sich in einem gesundheitlich geschwächten Zustand befindet, nicht veranlasst sehen dürfe, erst eine Marktanalyse durchzuführen, um die Apotheke zu ermitteln, die das gesuchte Arzneimittel zum günstigsten Preis anbiete, ist Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht darauf hinzuweisen, dass das Bestehen einer tatsächlichen anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom*

⁸⁴ EuGH, C 148/15 vom 19. Oktober 2016, Rz. 41

14. Juli 1994, van der Veldt, C-17/93, EU:C:1994:299, Rn. 17). Die insoweit vorgetragenen sehr allgemeinen Überlegungen reichen zum Nachweis der tatsächlichen Gefahr für die menschliche Gesundheit, die sich daraus ergeben soll, dass der Verbraucher versuchen kann, sich zu einem geringeren Preis mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu versorgen, in keiner Weise aus.“

Zudem: Der Preis eines verordneten Arzneimittels hat keine Auswirkung darauf, welche Menge des Arzneimittels an den Patienten abgegeben wird. Mit dem Verschreibungs- vorbehalt zugunsten des Arztes (§ 48 AMG), seinen Berufspflichten (MBO-Ä), den Kontrollpflichten der Apotheker (u.a. §§ 17 Abs. 5 S. 1 ApBetrO, 129 Abs. 1 SGB V) sowie der Apothekenpflicht (§ 43 AMG) hat der Gesetzgeber schon alles Erforderliche getan, um dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung zu genügen, namentlich eine sachgerechte Medikation sicherzustellen. Der Verbraucher wird insoweit vor keine Wahl gestellt, die seine Gesundheit gefährden könnte. Ob der Verbraucher sich unterschiedlichen Preisen für dasselbe verschreibungspflichtige Arzneimittel gegenüberstellt oder nicht, spielt im deutschen Gesundheitssystem für die Frage nach der Sicherheit des Arzneimittelkonsums keine Rolle. In Rn. 41 des EuGH-Urteils führt der EuGH in diesem Zusammenhang aus:

„Auch der geltend gemachte Zusammenhang zwischen den im Ausgangsverfahren festgelegten Abgabepreisen und einer daraus resultierenden Verringerung der Gefahr, dass Patienten versuchen, Druck auf Ärzte auszuüben, um Wunschverschreibungen zu erhalten, erweist sich nicht als ein den in Rn. 35 des vorliegenden Urteils angeführten Voraussetzungen genügender Beleg.“

6.6.4. Herstellung von Rezepturarzneimitteln

Es sei zudem klargestellt, dass die Herstellung von Rezepturarzneimitteln auch kein Alleinstellungsmerkmal einer inländischen Präsenzapotheke ist. So bieten z.B. die führenden EU-Versandapothen ihren Kunden ebenfalls Rezepturarzneimittel auf dem Versandwege an und dürfen dies nach deutschem Recht auch⁸⁵. In Rn. 40 des EuGH-Urteils führt der EuGH zutreffend aus, dass der deutsche Gesetzgeber (auch insoweit) keinerlei Nachweise erbracht hat, die darauf schließen lassen, dass Wahrnehmung von Gemeinwohlverpflichtungen durch freie Rx-Preise negativ beeinflusst werden:

„Ferner liegen dem Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache keine hinreichenden Nachweise dafür vor, dass sich ein Preiswettbewerb bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nachteilig auf die Wahrnehmung bestimmter Gemeinwohlverpflichtungen wie die Herstellung von Rezepturarzneimitteln und die Bereitstellung eines gewissen Vorrats und Sortiments an Arzneimitteln durch die traditionellen Apotheken auswirken würde. Wie der Generalanwalt in Nr. 47 seiner

⁸⁵BGH, Urteil vom 14.04. 2011 - I ZR 129/09 - Versand von Defekturarzneimitteln, Tz. 27, GRUR 2011, 1165 (1167).

Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, könnte sich im Gegenteil herausstellen, dass für die traditionellen Apotheken, wenn sie sich einem Preiswettbewerb der Versandapotheke gegenübersehen, ein Anreiz bestünde, solche Aktivitäten zu entfalten.“

6.7. Rechtliches Fazit

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf strebt das deutsche Gesundheitsministerium in Reaktion darauf, dass der EuGH die Preisbindung für EU-Versandapotheke gekippt und für eine ausgleichende Wettbewerbssituation zwischen EU-Versandapotheke und inländischen Vor-Ort-Apotheke gesorgt hat, nach wir vor nichts weiter an, als Bestandsschutz für deutsche Apotheke zulasten insbesondere von EU-ausländischen, aber auch deutschen Versandapotheke und des Verbrauchers zu betreiben. Es geht schlicht darum, den deutschen Arzneimittelmarkt nunmehr insgesamt von grenzüberschreitenden Rx-Lieferungen an Endverbraucher abzuschotten, wodurch jeglicher Wettbewerb im Rx-Bereich zwischen EU-Versandapotheke und inländischen Vor-Ort-Apotheke unterbunden wird. Der Referentenentwurf macht hieraus auch gar kein Geheimnis. So heißt es in diesem:

„Das Verbot des Versandhandels bewirkt im Ergebnis, dass sich ein Preis- und Rabattwettbewerb seitens der ausländischen Versandapotheke bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nicht entfalten kann.“

Dies ist aus den vorstehend dargelegten Gründen verfassungs- und europarechtswidrig und nicht nur vor dem Hintergrund, dass sich der Rx-Versandhandel in der Bundesrepublik seit mehr als 12 Jahren bewährt hat, nichts anderes, als eine protektionistische, europarechts- und verfassungswidrige Überreaktion, die nicht zuletzt in Ansehung des Europäischen Integrationsprozesses sichtlich antiquiert erscheint. Dass der günstige und vor allem grenzüberschreitende Bezug von Waren „online“ auch vom Europäischen Verordnungsgeber gewollt ist, zeigt sich an dessen „Digital Market“- Strategie. Die Europäische Kommission hat im Rahmen ihrer „Digital Market Agenda“ betont, dass es zugunsten eines einzigen Europäischen Binnenmarktes, notwendig sei, sowohl Beschränkungen im physikalischen als auch im Online-Markt zu beseitigen⁸⁶.

Ausreichende Tatsachen, die hinreichende Gründe im Sinne des Art. 36 AEUV begründen könnten, ein Rx-Versandhandelsverbot verfassungs- und europarechtlich zu rechtfertigen, sind nicht erkennbar. Vor diesem Hintergrund darf ein in dieser Form verabschiedeter Entwurf langfristig, ggf. über verfassungsrechtlichen Eilrechtsschutz auch kurzfristig, keinen Bestand haben. In diesem Zusammenhang überrascht schließlich nicht, dass der aktuelle Referentenentwurf bezeichnenderweise gerade nicht auf vermeintliche Rx-

⁸⁶ „A Digital Single Market Strategy for Europe“, COM(2015)192, Ziff. 4.3. v. 06.05.2015.

Transportgefahren abstellt. Das BVerfG hatte in seiner sog. Impfstoffentscheidung bereits festgestellt, dass solche nicht erkennbar sind⁸⁷.

⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 11.02.2003 - Az.: 1 BvR 1972/00 sowie 1 BvR 70/01.