

(13) Ausschuss für Gesundheit

und Soziale Sicherung

Ausschussdrucksache

0248(87)

vom 25.06.03

15. Wahlperiode

**Stellungnahme an den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages
zum Fraktions-Entwurf des Gesundheitssystemmodernisierungsgesetzes
aus Sicht des Apotheken- und Verfassungsrechts**

von

Dr. Heinz-Uwe Dettling, Stuttgart

INHALTSVERZEICHNIS

<u>A. Grundrechtswidrigkeit der Preisprivilegierung von Versand- und Kassenapotheken (§ 3a Abs. 2 AMPPreisV i.d.F.d. Art. 16 Nr. 4 GMG-E)</u>	6
<u>1. Verletzung der Grundrechte der Patienten auf Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG</u>	6
a) <u>Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG</u>	6
b) <u>Verletzung des Anspruchs auf Bereithaltung einer flächendeckenden, sicheren und rechtzeitigen Arzneimittelversorgung aus Art. 2 Abs. 2 GG</u>	10
aa) <u>Die vorgesehene Neuregelung</u>	10
bb) <u>Bedeutung und Auswirkungen der Neuregelung auf das System der Arzneimittelversorgung</u>	12
(1) <u>Verdrängung der Präsenzapotheke durch die Versandapotheke</u>	12
(2) <u>Die Folgen der Verdrängung der Präsenzapotheke durch die Versandapotheke für die Versorgung</u>	16
(a) <u>Keine sichere und rechtzeitige Versorgung durch Versandapotheken</u>	17
(b) <u>Keine hinreichend sichere Kontrolle beim Versand (Fehlen eines persönlichen Kontakts als Kontrollinstrument)</u>	22
c) <u>Ergebnis</u>	25
<u>2. Verletzung der Grundrechte der Versicherten aus Art. 14 Abs. 1 GG auf ein Versorgungssystem ohne Gesundheitsgefährdungen</u>	26
a) <u>Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG</u>	26
b) <u>Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG</u>	28
c) <u>Ergebnis</u>	29
<u>3. Verletzung der Grundrechte der Präsenzapotheker aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)</u>	29
a) <u>Eingriff in die Berufsfreiheit</u>	29
b) <u>Fehlende Rechtfertigung für die Begünstigung von Konkurrenten</u>	32
aa) <u>Fehlende Eignung</u>	32
bb) <u>Mildere Mittel</u>	35
cc) <u>Unzumutbarkeit</u>	35
c) <u>Ergebnis</u>	37

<u>B. Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG durch die Zulassung eines faktisch unkontrollierten Versandes von apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach Deutschland (§ 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG i.d.F.d. Art. 12 Nr. 4 GMG-E)</u>	37
1. <u>Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG</u>	37
a) <u>Notwendigkeit eines vertretbaren Schutzkonzepts</u>	37
b) <u>Keine effiziente behördliche Überwachung des grenzüberschreitenden Versands</u>	38
2. <u>Kein vertretbares Schutzkonzepts</u>	41
a) <u>Fehlen eines Schutzkonzepts im GMG-Entwurf</u>	41
b) <u>Anforderungen an ein vertretbares Schutzkonzept</u>	41
3. <u>Ergebnis</u>	42
<u>C. Grundrechtswidrigkeit der Änderung der Arzneimittelpreisverordnung insgesamt (Art. 16 GMG-E)</u>	43
1. <u>Die vorgesehenen Änderungen</u>	43
2. <u>Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für (Präsenz-)Apotheken und pharmazeutischen Großhandlungen</u>	44
3. <u>Die Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG</u>	45
a) <u>Fehlende Eignung</u>	45
aa) <u>Prognosemängel</u>	45
bb) <u>Wegfall der Regulierungszwecke</u>	46
b) <u>Fehlende Erforderlichkeit wegen des notwendige Vorrangs des Abbaus versicherungsfremder Leistungen</u>	47
c) <u>Unzumutbarkeit mangels Wettbewerbsneutralität</u>	49
4. <u>Ergebnis</u>	49
<u>D. Verstoß des verbleibenden Fremdbesitzverbotes gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Art. 13 Nr. 2 bis 4, Art. 14 Nr.2 GMG-E)</u>	50
1. <u>Verfassungsmäßigkeit des bisherigen Fremd- und Mehrbesitzverbots</u>	50
a) <u>Die bisherige Regelung</u>	50

b)	<u>Sinn und Zweck des Fremd- und Mehrbesitzverbots (Berufsbild des Apothekers als freier Beruf und Heilberuf)</u>	51
c)	<u>Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit</u>	53
d)	<u>Unveränderte Gültigkeit</u>	54
	<u>2. Die vorgesehene Zulassung des Mehrbesitzes</u>	55
	<u>3. Grundrechtswidrigkeit des verbleibenden Fremdbesitzverbotes</u>	56
a)	<u>Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG</u>	56
b)	<u>Verletzung des Grundrechts auf freie Berufswahl</u>	56
	<u>4. Ergebnis</u>	60
	<u>E. Gesamtergebnis</u>	60

Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG) der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN stellt es als sein vorrangiges Ziel dar, die Qualität der Gesundheitsversorgung nachdrücklich und dauerhaft zu verbessern. Der Entwurf will dazu u.a. als „starr“ und „verkrustet“ bezeichnete Strukturen „aufbrechen“¹.

Die Arzneimittelversorgung im allgemeinen und die Apotheken im speziellen sind von den vorgesehenen Umbauplänen in besonderem Maße betroffen. Gelten bislang die Prinzipien der Apothekenpflicht und des einheitlichen Abgabepreises für apothekenpflichtige Arzneimittel, das Versandverbot für apothekenpflichtige Arzneimittel und das Fremd- und Mehrbesitzverbot, so soll davon im Ergebnis nur noch die Apothekenpflicht übrig bleiben. Demgegenüber würden der einheitliche Abgabepreis, das Versandverbot und das Mehrbesitzverbot abgeschafft. Diese Maßnahmen hätten die **Abschaffung der Präsenzapotheke und damit der flächendeckenden, sicheren und rechtzeitigen Arzneimittelversorgung** zur Folge. Sie hätten ferner die **Abschaffung des bisherigen Berufsbildes des Apothekers als freier Beruf und Heilberuf** zugunsten des Berufsbildes eines bloßen (Katalogwaren-) Händlers zur Folge.

Es war deshalb zu prüfen, ob die damit verbundene, historisch einmalige und **völlige Neugestaltung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln** mit den Anforderungen vereinbar sind, die sich aus den Grundrechten ergeben. Ich komme zu dem Ergebnis, dass die in dem Entwurf vorgesehene Neugestaltung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln folgende Grundrechte verletzt:

- die Grundrechte der Patienten auf Schutz von Leben und Gesundheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG,

1

Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG), BT-Drs. 15/1170 vom 16.06. 2003, S. 1 f. (nachfolgend „GMG-E“).

- die Grundrechte der gesetzlich Versicherten auf Vermeidung vermeidbarer Gesundheitsgefährdungen aus Art. 14 Abs. 1 GG und
- die Grundrechte auf Freiheit von diskriminierenden und sachlich nicht gerechtfertigten Beschränkungen der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

A. Grundrechtswidrigkeit der Preisprivilegierung von Versand- und Kassenapotheken (§ 3a Abs. 2 AMPreisV i.d.F.d. Art. 16 Nr. 4 GMG-E)

Die vorgesehene preisrechtliche Privilegierung von Versand- und Kassenapotheken verletzt sowohl die Grundrechte der Patienten und Versicherten als auch die Grundrechte der betroffenen Inhaber von Präsenzapotheken.

1. Verletzung der Grundrechte der Patienten auf Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG

Die durch § 3a Abs. 2 AMPreisV i.d.F.d. Art. 16 Nr. 4 GMG-E vorgesehene preisrechtliche Privilegierung von Versand- und Kassenapotheken führt zu einer weitest gehenden Verdrängung der Präsenzapotheken und Ausdünnung des Netzes lokaler Apotheken. Damit fehlt es an einer ausreichenden Infrastruktur für die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. § 3a Abs. 2 AMPreisV i.d.F.d. Art. 16 Nr. 4 GMG-E verletzt deshalb die Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 GG.

a) Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Grundrecht. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat dabei nicht nur Abwehrfunktion gegen staatliche Eingriffe, sondern begründet auch Schutzpflichten des Staates und seiner

Organe für die geschützten Rechtsgüter, deren Vernachlässigung mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.²

Nach der Edelfosin-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus dieser Schutzpflicht für den einzelnen zunächst ein Anspruch darauf, dass die öffentliche Gewalt **Vorkehrungen zum Schutz von Leben und Gesundheit** trifft, die „**nicht völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich**“ sind.³ Darüber hinausgehend muss der Staat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dort, wo es um das menschliche Leben als höchstem Wert geht, ein **vertretbares Schutzkonzept** verfolgen. Voraussetzung für die Einschätzung als „vertretbar“ ist, dass sich der Gesetzgeber des erreichbaren, für die gebotene verlässliche Prognose der Schutzwirkung des Konzepts wesentlichen Materials bedient und es mit der gebotenen Sorgfalt daraufhin auswertet, ob es seine gesetzgeberische Einschätzung hinreichend zu stützen vermag.⁴ Untätig darf der Gesetzgeber in diesem Bereich nur dann bleiben, wenn der Gefährdungsgrad für das elementare Rechtsgut von den zuständigen Stellen nachvollziehbar als extrem gering eingestuft wird.⁵

Ferner besteht Einigkeit darüber, dass sich aus der Schutzfunktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Zusammenspiel mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG ein verfassungskräftiger Individualanspruch auf staatliche Gewährung des Existenzminimums ableiten lässt.⁶ Allerdings ist umstritten, ob sich daraus

2 Vgl. dazu zuletzt etwa BVerfG, NJW 2003, 1236, 1237 – vorläufige Kostenübernahme für lebensrettende Medikamente.

3 Vgl. BVerfG, NJW 1997, 3085 – Edelfosin; siehe auch BVerfG, NJW 1998, 2961, 2962 – Nichtraucherchutz durch den Gesetzgeber; BVerfG, NJW 1987, 2287 – Aids-Bekämpfung; Wiedemann, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar, 2002, Rn. 375 zu Art. 2 Abs. 2 GG.

4 BVerfGE 88, 203, 263 – Schwangerschaftsabbruch II.

5 BVerfG, NJW 1998, 975 – Flug zum Saturn.

6 Vgl. BVerfGE 82, 60, 80; Wiedemann, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar, 2002, Rn. 347 zu Art. 2 Abs. 2 GG; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, 4. Auflage 1999, Rn.

auch ein Anspruch gegen den Staat auf Gewährleistung einer medizinischen Mindestversorgung ergibt, die dem einzelnen die gesundheitliche Grundlage seiner Existenz sichert.⁷ Zwar ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im allgemeinen kein mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbarer Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen⁸, also hinsichtlich des „Wie“ einer Behandlung und Versorgung.

Dies schließt jedoch nicht aus, dass jedenfalls ein Anspruch hinsichtlich des „Ob“ einer Behandlung und Versorgung im Falle von (lebensgefährdenden) Erkrankungen besteht. Für einen solchen **grundrechtlichen Leistungsanspruch auf Bereithaltung von ausreichenden Behandlungs- und Versorgungsleistungen, also eines hinreichenden Systems der Versorgung im Krankheitsfall überhaupt** spricht auch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1984, die den Schutz in Fällen von Krankheiten zu einer der Grundaufgaben des Staates erklärt und zugleich ausführt, der Gesetzgeber sei ihr nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz des Großteils der Bevölkerung Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt hat.⁹ Entsprechend gehen auch diejenigen in der Literatur, die originären Leistungsansprüchen aus Art. 2 Abs.

195 zu Art. 2 Abs. 2 GG; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 6. Auflage 2002, Rn. 69 zu Art. 2 GG; Nettesheim, Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Verwaltungsarchiv 2002, 315, 334.

7 Bejahend Wiedemann, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz-Mitarbeiterkommentar, 2002, Rn. 376 zu Art. 2 Abs. 2 GG; verneinend dagegen Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 6. Auflage 2002, Rn. 69 zu Art. 2 GG; zurückhaltend auch Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage 2003, Rn. 224 zu Art. 2 GG.

8 Vgl. BVerfG, NJW 1997, 3085 – Edelfosin. In Extremfällen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sogar verfassungsunmittelbare Ansprüche auf Bereitstellung *spezieller* Gesundheitsleistungen abgeleitet, vgl. BVerfG, NJW 1999, 857, 857 f. – Absehen von der nach den sozialrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Eigenbeteiligung für zahnärztliche Behandlungskosten; vgl. ferner BVerfG, NJW 2003, 1236, 1237 – vorläufige Kostenübernahme für lebensrettende Medikamente.

9 Vgl. BVerfG, BVerfGE 68, 193, 209 – Zahntechniker-Innung.

2 Satz 1 GG im Gesundheitssystem skeptisch gegenüberstehen, davon aus, dass der Gesetzgeber ein **funktionsfähiges Gesundheitssystem als solches** zu errichten hat.¹⁰

Nach alledem ist davon auszugehen, dass sich aus dem Recht auf staatliche Absicherung des Existenzminimums aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip auch ein Anspruch auf eine hinreichende staatliche Gesundheitsvorsorge allgemeiner Art ergibt, das vom Einzelnen durch Verfassungsbeschwerde eingefordert werden kann.¹¹

Zur staatlichen Gesundheitsvorsorge gehört auch die Versorgung mit Arzneimitteln. In Zusammenhang mit der Arzneimittelversorgung ist das gesundheitliche Existenzminimum dann betroffen, wenn für den Patienten (lebens-)notwendige Arzneimittel nicht mehr sicher rechtzeitig verfügbar sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg fehlt es an einer **ordnungsgemäßen Versorgung**, wenn **Arzneimittel nicht innerhalb einer Stunde - gerechnet für den Hin- und Rückweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln - erreichbar** sind.¹²

Daraus wird ersichtlich, dass ein Versorgungssystem jedenfalls dann **nicht mehr den grundrechtlichen Anforderungen genügt, wenn Arzneimittel nicht sicher und erst mit einem zeitlichen Vorlauf von Tagen verfügbar** sind. Da die sichere und rechtzeitige Verfügbarkeit von Arzneimitteln notfalls innerhalb einer Stunde nur dann gewährleistet ist, wenn ein hinreichend

10 Vgl. Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage 2003, Rn. 224 zu Art. 2 GG; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, 1996, Rn. 58 zu Art. 2 Abs. 2 GG.

11 Vgl. Nettesheim, Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Verwaltungsarchiv 2002, 315, 325, allerdings mit stärkerer Betonung des Menschenwürdeaspekts aus Art. 1 Abs. 1 GG.

12 Vgl. BVerwGE 45, 331, 339, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, NJW 1995, 1631 f.; vgl. ferner Dettling/Lenz, Der Arzneimittelvertrieb in der Gesundheitsreform 2003 – Eine apotheken- und verfassungsrechtliche Analyse, 2003, S. 18 ff.

dichtes Netz an öffentlichen (Präsenz-)Apotheken und den sie zeitnah versorgenden pharmazeutischen Großhändlern besteht,¹³ ist davon auszugehen, dass sich für den einzelnen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein **Leistungsanspruch auf Bereithaltung einer flächendeckenden, sicheren und rechtzeitigen Arzneimittelversorgung** gegen den Staat ergibt.¹⁴

b) Verletzung des Anspruchs auf Bereithaltung einer flächendeckenden, sicheren und rechtzeitigen Arzneimittelversorgung aus Art. 2 Abs. 2 GG

Den verfassungsrechtlichen Anspruch der Patienten auf Gewährleistung einer flächendeckenden, sicheren und rechtzeitigen Arzneimittelversorgung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V. mit dem Sozialstaatsprinzip erfüllt der GMG-Entwurf nicht.

aa) Die vorgesehene Neuregelung

Art. 16 Nr. 4 GMG-E sieht die Einfügung eines § 3a Abs. 2 Satz 1 AMPreisV vor, nach dem dann, wenn eine Krankenkasse oder einer ihrer Verbände mit Apotheken für den Versand von Arzneimitteln oder für die Abgabe von Arzneimitteln in vertraglich vereinbarten Versorgungsformen (§129 Abs. 5a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch) Vereinbarungen über den für den Versicherten maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis trifft, abweichend von § 3 AMPreisV dieser Preis bei der Abgabe zu berücksichtigen ist. Entsprechend sieht Art. 12 Nr. 5 b) GMG-E die Aufhebung des § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG vor, nach dem für apothekenpflichtige Arzneimittel ein einheitlicher Abgabepreis zu gewährleisten ist.

13 Vgl. etwa zur Abgabenvergünstigung für Arzneimittelgroßhändler im Hinblick auf deren gemeinschaftlichen Aufgaben in Frankreich und deren gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit EuGH, EuZW 2002, 48 ff.

14 Vgl. Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 77.

Korrespondierend hierzu soll in § 129 SGB V durch Art. 1 Nr. 74 c) GMG-E ein Abs. 5a eingefügt werden. Danach können die Krankenkassen oder ihre Verbände mit Apotheken für den Versand von Arzneimitteln oder für die Abgabe von Arzneimitteln in vertraglich vereinbarten Versorgungsformen den für den Versicherten maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis abweichend von den Preisvorschriften aufgrund des Arzneimittelgesetzes vereinbaren.

Die dadurch vorgesehene preisliche Privilegierung von Versandapotheken und Apotheken, mit denen Vereinbarungen für die Abgabe von Arzneimitteln in vertraglich vereinbarten Versorgungsformen geschlossen wurden (nachfolgend „Kassenapotheken“), wird ergänzt durch die Einfügung eines § 62a SGB V Bonus für Versicherte durch Art. 1 Nr. 24 GMG-E. Abweichend von § 31 Abs. 3 Satz 1 und 4 SGB V i.d.F.d. Art. 1 Nr. 10 b) GMG-E leisten danach „Versicherte, die an einem Hausarztssystem nach § 67, an einem strukturierten Behandlungsprogramm bei chronischen Krankheiten nach § 137f oder an einer integrierten Versorgung nach § 140a teilnehmen, für die Dauer der Teilnahme an die abgebende Stelle zu jedem zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung verordneten Arznei- und Verbandmittel als Zuzahlung für kleine Packungsgrößen 2 Euro je Packung, für mittlere Packungsgrößen 3 Euro je Packung und für große Packungsgrößen 4 Euro je Packung, jedoch jeweils nicht mehr als die Kosten des Mittels“. Demgegenüber sehen § 31 Abs. 3 Satz 1 und 4 SGB V i.d.F.d. Art. 1 Nr. 10 b) GMG-E als Zuzahlung für kleine Packungsgrößen 4 Euro je Packung, für mittlere Packungsgrößen 6 Euro je Packung und für große Packungsgrößen 8 Euro je Packung vor.

Die Bevorzugung der Versand- und Kassenapotheken wird schließlich komplettiert durch Art. 13 Nr. 5 GMG-E. Danach wird in § 11 Abs. 1 ApoG ein Satz 2 eingefügt. Nach diesem Satz 2

gilt das Verbot der Rezeptzuweisung des § 11 Abs. 1 (Satz 1) ApoG nicht, soweit auf Grund von Verträgen nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch oder zu vereinbarten Versorgungsformen für Apotheken anderes festgelegt wird. Damit wird Ärzten die Möglichkeit eingeräumt, Rezepte unter Umgehung des Rechts der Patienten auf freie Apothekenwahl direkt bestimmten Versand- oder Kassenapotheken zuzuleiten.

bb) Bedeutung und Auswirkungen der Neuregelung auf das System der Arzneimittelversorgung

(1) Verdrängung der Präsenzapotheke durch die Versandapotheke

Die vorgenannten Bestimmungen eröffnen den Krankenkassen und ihren Verbänden die Möglichkeit, mit einigen wenigen Versandapotheken Verträge über die Versorgung von Versicherten, die an vereinbarten Versorgungsformen teilnehmen, abzuschließen und damit den Umsatz mit Arzneimitteln im wesentlichen auf einige wenige Apotheken zu konzentrieren. Die Krankenkassen und ihre Verbände werden im Interesse kurzfristiger Effekte dieser Verlockung des Gesetzgebers selbstverständlich sofort „nachgeben“.

Die Konzentration auf einige wenige Versandapotheken ist dabei ökonomisch sinnvoll, weil dadurch bei den ausgewählten Apotheken eine hohe Nachfrage gepoolt wird, die sich wiederum in entsprechend niedrigen Preisen niederschlägt. Darüber hinaus ist für die Kassen der Verwaltungsaufwand um so geringer, je weniger Vertragspartner sie hat.

§ 62a SGB V gibt den Kassen und ihren Verbänden das notwendige Druckmittel an die Hand, um ihre Versicherten zum Bezug ihrer Arzneimittel von den von ihnen ausgesuchten Versandapotheken zu zwingen. Gerade bei weniger vermögenden, älte-

ren Leuten mit hohem Arzneimittelverbrauch können sich die durch § 62a SGB V möglichen Einsparungen schnell auf 100,-- € pro Monat und mehr belaufen. Der Druck auf die Versicherten, bei den billigen „Kassenapotheken“ und nicht bei den Präsenzapotheken zu beziehen, wird dadurch sehr hoch.

Über dieses „Zuzahlungsprivileg“ hinaus wird die Verdrängung der Präsenzapotheken durch das vorgesehene „Zuweisungsprivileg“ für Versand- und Kassenapotheken gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 ApoG (neu) vollends sichergestellt. Dieses erlaubt es Ärzten, Rezepte der Versicherten einzubehalten und direkt bestimmten Versand- und Kassenapotheken zur Belieferung zuzuleiten. Sofern die Ärzte nicht schon anderweitig Grund zur Zuweisung von Rezepten an bestimmte Versand- und Kassenapotheken haben, ist damit zu rechnen, dass sie von den Kassen mit dem Hinweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V dazu gezwungen werden.

Die Versandapotheken nehmen für sich in Anspruch, allein vom Sortiment her betrachtet ca. 95% der Arzneimittel liefern zu können. Hinzu kommt, dass auf ca. 20 % der Versicherten etwa 80 % des Arzneimittelumsatzes entfallen.¹⁵ Bei diesen 20 % der Versicherten und 80 % des Arzneimittelumsatzes handelt es sich in aller Regel um solche Patienten - insbesondere etwa chronisch Kranke -, die ihren Bedarf grundsätzlich „planen“ und für eine rechtzeitige Bestellung bei einer Versandapotheke sorgen können. Gilt die Arzneimittelpreisverordnung für Versandapotheken nicht und werden die Versicherten darüber hinaus durch finanziellen Druck (Zuzahlungsprivileg) oder direkte Zuleitung von Rezepten an die Versand- und Kassenapotheke durch den Arzt (Zuweisungsprivileg) dazu gezwungen, ihre Arzneimittel bei Ver-

15 Vgl. Nink/Schröder, Der Arzneimittelmarkt in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schwaabe/Paffrath (Hrsg.), Arzneiverordnungsreport 2002, 2003, S. 853 ff., 888.

sandapotheken zu beziehen, führt dies zwingend zu einer **nahezu vollständigen Verlagerung des Umsatzes mit apothekenpflichtigen (einschließlich verschreibungspflichtigen) Arzneimitteln auf Versandapotheken**. Den Präsenzapotheken bliebe dann nur noch das „Spontan- und Akutgeschäft“ sowie das Geschäft mit kleinstpreisigen Arzneimitteln, deren Bestellung auf dem Versandwege sich nicht lohnt, bei denen aber auch der absolute Spannenbetrag gering ist.

Der Umsatz mit verschreibungs- und einfach apothekenpflichtigen Arzneimitteln machte im Jahre 2002 ca. 92% des Gesamtumsatzes von Apotheken in Höhe von 31,1 Mrd. € aus und belief sich damit auf ca. 28,5 Mrd. €. ¹⁶ Bis zu 95% von ca. 28,5 Mrd. €, also ein Betrag von bis zu ca. 26,2 Mrd. €, der sich bislang auf die ca. 21.500 Präsenzapotheken in Deutschland verteilte, entfielen damit auf Versandapotheken. Da der Umsatz mit dem Randsortiment in der Regel nur ein „Mitnahmeumsatz“ des Umsatzes mit verschreibungs- und einfach apothekenpflichtigen Arzneimitteln ist, würde auch dieser Umsatz von im Jahre 2002 ca. 2,7 Mrd. € entsprechend miniaturisiert. Der bislang auf die ca. 21.500 deutschen Präsenzapotheken entfallende Umsatz von 31,1 Mrd. € sänke auf bis zu 5% hiervon herab, also auf einen Gesamtumsatz von noch 1,55 Mrd. € anstelle von 31,1 Mrd. €.

Es entspricht schon den unausweichlichen Gesetzen des Marktes und stellt den Grundpfeiler der marktwirtschaftlichen Ordnung schlechthin dar, dass bei identischer Produktqualität derjenige Anbieter im Wettbewerb gewinnt, der das Produkt zu einem niedrigeren Preis anbietet. Hinzu kommt im vorliegenden Fall der Zwang für die Versicherten aufgrund des Zuzahlungsprivilegs und des Zuweisungsprivilegs, bei Versand- und Kassenapotheken

16 Vgl. ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände, Die Apotheke Zahlen Daten Fakten 2002, Abbildung 10 A Umsatzstruktur der Apotheken gemessen in Umsatzwerten (verschreibungspflichtige Arzneimittel: 21,9 Mrd. € = 70,1 %; einfach apothekenpflichtiger Arzneimittel: 6,6 Mrd. € = 21,2%).

ken zu beziehen, die die Präsenzapotheke trotz eigentlich besserer Leistung (zeitnahe und persönliche Versorgung vor Ort) im Wettbewerb künstlich chancenlos macht.

Angesichts dieses **massiven Drucks des Gesetzgebers hin zum Bezug bei der Versandapotheke** ist es keinesfalls „zu pessimistisch“ anzunehmen, dass sich der Arzneimittelumsatz um bis zu 95 % auf Versandapotheken verlagern würde. Dies bedeutete, dass bis zu 95 % der bislang ca. 21.500 Apotheken, also bis zu 20.425 Apotheken nicht überlebensfähig und damit zur Schließung gezwungen wären. Damit könnten im Extremfall **nur noch ca. 1.000 Präsenzapotheken überleben**. Bei ca. 80 Mio. Einwohnern bedeutete dies eine Dichte von 1 Apotheke pro ca. 75.000 Einwohner. Demgegenüber versorgte bislang in Deutschland eine Apotheke im Durchschnitt 3.800 Einwohner. Der EG-Durchschnitt liegt bei 3.300 Einwohnern.¹⁷

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach dem GMG-Entwurf grundsätzlich jede öffentliche (Präsenz-)Apotheke auch in den Versandhandel einsteigen kann. Wirtschaftlich bestehen kann sie im Versandhandel mit seinem größeren Aufwand logistischer Art nur bei entsprechenden Mengen, weshalb sich im Bereich des Versandhandels abgesehen von Nischenanbietern eine hoch konzentrierte Marktstruktur herausbilden wird, die vom Massengeschäft lebt. Die Struktur der Apotheken (Einzelhandel) wird deshalb künftig so sein, wie sie heute schon im insoweit vergleichbaren pharmazeutischen Großhandel besteht.

Die öffentliche Präsenzapotheke kann nicht einmal dadurch einen partiellen Ausgleich gewinnen, dass sie sich – wie es in anderen, unreglementierten Märkten der Fall wäre – ihren gegenüber der Versandapotheke besseren Abgabeservice durch höhe-

17 Vgl. Diener, Apothekenwirtschaftsbericht 2001, Pharmazeutische Zeitung 2002, 2168, 2178.

re Preise vergüten lässt. Ein solcher „Leistungszuschlag“ kann von der öffentlichen (Präsenz-)Apotheke nicht erhoben werden, weil sie insoweit auch nach oben an die Vorgaben der Arzneimittelpreisverordnung gebunden ist.

(2) Die Folgen der Verdrängung der Präsenzapotheke durch die Versandapotheke für die Versorgung

In den meisten EG-Mitgliedstaaten ist durch Konzessionssysteme die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch Apotheken gewährleistet¹⁸. Demgegenüber besteht in Deutschland im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für Apotheken keine Niederlassungsregulierung. Etwaige Existenzgefährdungen der Apotheken namentlich auf dem Land, aus denen sich eine Gefährdung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung und damit der Volksgesundheit ergäbe, werden wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert durch weniger tiefgreifende Regelungen zur Berufsausübung, insbesondere den Grundsatz der einheitlichen Arzneimittelabgabepreise gemäß § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG in Verbindung mit den Regelungen der Arzneimittelpreisverordnung verhindert.¹⁹

Diese mittelbare Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung wird durch den GMG-Entwurf aufgegeben, ohne dass die flächendeckende Versorgung anderweitig sichergestellt würde. Der Entwurf fördert im Gegenteil als künftigen Normalfall die Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel im Wege des Versandes anstelle der Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel in der Präsenzapotheke, obgleich die Versandapotheke die Leistungen der

18 Vgl. dazu etwa Ress/Ukrow, Niederlassungsrecht von Apothekern in Europa, 1991, S. 42 ff., 144 ff.; Bauer, Pharma-Länder-Dossiers - Die Arzneimittelversorgung in Europa, 2001, S. 19, 30 ff.

19 Vgl. zum Niederlassungsrecht BVerfGE 7, 377, 439, 424. Vgl. zur Aufgabe der Arzneimittelpreisverordnung, eine ausreichende Arzneimittelversorgung zu sichern, BVerfG, Pharmazeutische Zeitung 1982, S. 239 f.

Präsenzapotheke nicht einmal annähernd ersetzen kann. Dennoch ist der Entwurf wie gesehen darauf angelegt, dass die Versandapotheken den Präsenzapotheken die finanzielle Grundlage entziehen und damit de facto die zeit- und ortsnahe Versorgung durch Präsenzapotheken weitestgehend abgeschafft wird.

(a) Keine sichere und rechtzeitige Versorgung durch Versandapotheken

(Präsenz-)Apotheken sind gemäß § 15 der Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung ApBetrO) verpflichtet, die zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Arzneimittel, insbesondere die in Anlage 2 zur Apothekenbetriebsordnung aufgeführten **Arzneimittel** in einer Menge **vorrätig zu halten, die mindestens dem durchschnittlichen Bedarf für eine Woche entspricht**. Sie sind gemäß § 17 Abs. 4 ApBetrO verpflichtet, **Verschreibungen** von Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, Zahnheilkunde oder Tierheilkunde berechtigt sind, unverzüglich **auszuführen (Kontrahierungszwang)**.

Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ApBetrO muss eine Apotheke ständig, grundsätzlich auch zu Ladenschlusszeiten, **dienstbereit** sein. Gemäß § 4 Abs. 2 Ladenschlussgesetz hat die nach Landesrecht zuständige Landesbehörde jedoch für eine Gemeinde oder für benachbarte Gemeinden mit mehreren Apotheken anzuordnen, dass während der allgemeinen Ladenschlusszeiten abwechselnd ein Teil der Apotheken geschlossen sein muss. Gemäß § 23 Abs. 2 ApBetrO kann die zuständige Behörde Apotheken von der Verpflichtung zur Dienstbereitschaft u.a. für die Dauer von Sonnabenden befreien.

Um die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten, setzt dies jedoch nach der Rechtsprechung des

Bundesverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg voraus, das die **nächste Apotheke innerhalb einer Stunde - gerechnet für den Hin- und Rückweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln - erreichbar** ist.²⁰

Diese Regelungen werden durch den **mittelbar als Niederlassungsregulierung wirkenden einheitlichen Abgabepreis** erst sinnvoll. Sie setzen nämlich voraus, dass eine Apotheke überhaupt innerhalb angemessener Zeit erreichbar ist. Die Pflicht zur Vorratshaltung, zur Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf Verschreibungen und zur Dienstbereitschaft macht keinen Sinn, wenn die vorrätig haltende, abgabe- und dienstbereite Apotheke so weit entfernt ist, dass ihre Dienste von den Patienten gar nicht in Anspruch genommen werden können. **Erst der einheitliche Abgabepreis ermöglicht aber eine annähernd gleichmäßige Verteilung von Apotheken auf die Gesamtfläche der Bundesrepublik Deutschland** und insbesondere auch die Existenz von Apotheken in ländlichen Räumen, so dass die Pflicht zur Vorratshaltung, zur Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf Verschreibungen und zur Dienstbereitschaft auch tatsächlich in Anspruch genommen und umgesetzt²¹ werden können.

Ohne den einheitlichen Abgabepreis als Garant für eine flächendeckende Versorgungsstruktur funktioniert das Versorgungssystem somit nicht. Insbesondere können Versandapotheken die ordnungsgemäße, zeit- und ortsnahe Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht gewährleisten. Die **Versandapotheken** sind nach dem Entwurf weder verpflichtet noch faktisch in der Lage, innerhalb ihres Einzugsbereiches, also der gesamten

20 Vgl. BVerwGE 45, 331, 339, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, NJW 1995, 1631 f.

21 Der einheitliche Abgabepreis ist insbesondere auch Voraussetzung für den in § 17 Abs. 4 ApBetrO vorgesehene Kontrahierungszwang. Denn ohne die staatliche Festsetzung des Preises könnte ein Kaufvertrag an der mangelnden Einigung über den Preis scheitern.

Bundesrepublik Deutschland, die Erhältlichkeit eines Arzneimittels innerhalb einer Stunde zu gewährleisten. Nach § 11a Nr. 3 ApoG i.d.F.d. Art.13 Nr. 3 GMG-E muss die Versandapotheke vielmehr nur sicherstellen, dass sie *„innerhalb von zwei Arbeitstagen nach Eingang der Bestellung das bestellte Arzneimittel versendet, soweit (sie) das Arzneimittel in dieser Zeit zur Verfügung hat...“* In aller Regel wird der Patient damit sein **Arzneimittel frühestens vier Tage nach der ärztlichen Verschreibung** erhalten. Einzurechnen ist nämlich der Postlauf für das Rezept hin zur Versandapotheke, die dortige Bearbeitungszeit von gesetzlich zwei **Arbeitstagen** und der Postlauf für das Arzneimittel zum Patienten. Die von der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gestellte Anforderung von einer Stunde ist deshalb selbst im Idealfall nicht im Entferntesten einzuhalten.

Hinzu kommt, dass die Versandapotheke hinsichtlich ihrer Versandtätigkeit nicht dem Kontrahierungszwang unterliegt. Denn ihre Lieferverpflichtung steht unter dem **Vorbehalt der Verfügbarkeit**. Daraus ergibt sich mittelbar auch, dass sie nicht wie eine Präsenzapotheke dazu verpflichtet ist, einen Wochenbedarf vorrätig zu halten.

Aus alledem ergibt sich, dass **Versandapotheken nicht in der Lage sind, eine flächendeckende, sichere und rechtzeitige Arzneimittelversorgung zu gewährleisten**. Die Belieferung durch eine Versandapotheke ist unsicher, weil sie keinem Kontrahierungszwang, keiner Lieferpflicht und keiner, an ihrem Einzugsgebiet gemessenen Bevorratungspflicht unterliegt. Es kann dem Patienten deshalb ohne weiteres passieren, dass ihm die Versandapotheke irgendwann mitteilt, das Arzneimittel sei nicht verfügbar. Der Patient muss sich dann um ein neues Rezept und die Belieferung durch eine andere Apotheke bemühen. Derartige Verhältnisse sind bei Arzneimittel offenkundig untragbar.

Darüber hinaus sind Versandapotheken auch nicht in der Lage, eine ordnungsgemäß rechtzeitige Versorgung zu gewährleisten. Letzteres setzt nach der Rechtsprechung die Erreichbarkeit einer Apotheke und damit die Erhältlichkeit von Arzneimitteln innerhalb einer Stunde voraus. Diese Anforderungen können Versandapotheken naturgemäß nicht erfüllen und müssen Versandapotheken nach dem Entwurf auch nicht erfüllen.

Eine Arzneimittelversorgung, die sich im wesentlichen auf eine **Versorgung durch Versandapotheken** stützt, wäre demnach zum Schutz von Leben und Gesundheit „**völlig ungeeignet und völlig unzulänglich**“ im Sinne der Edelfosin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Während der Gesetz- und Verordnungsgeber bei Einführung des Grundsatzes des einheitlichen Abgabepreises in § 78 AMG als Grundlage der Preisregulierung und bei der Festsetzung der Preisspannen gerade auch auf die Sicherung der Existenz der an der Arzneimitteldistribution Beteiligten abgestellt hat, um die ordnungsgemäße, flächendeckende Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten²², will der GMG-Gesetzgeber diese Sicherung nunmehr aufgeben und darüber hinaus sogar durch die einseitige Preisprivilegierung der Versandapotheken gezielt beseitigen, **ohne irgendwelche anderweitigen Vorkehrungen für die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln vorzusehen.**

Ein **Schutzkonzept**, das sich im wesentlichen auf eine Versorgung durch Versandapotheken stützt, ist darüber hinaus auch **nicht „vertretbar“** im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Aus der Begründung des GMG-Entwurfes

22

Vgl. die Amtliche Begründung zum Gesetz über Regelungen auf dem Arzneimittelmarkt vom 24.08.1976, abgedruckt bei Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, unter M 32; Amtliche Begründung zur Verordnung über Preisspannen für fertige Arzneimittel, BR-Drs. 112/77, S. 7 ff.; vgl. ferner BVerfG, Pharmazeutische Zeitung 1982, 239, 240; NJW 2002, 3693, 3694 f.; BGH, Urteil vom 22.02.1984 – I ZR 13/82 –, GRUR 1984, 748, 749; Bauer, Preisbindung auf dem Arzneimittelmarkt und der pharmazeutische Großhandel, PZ 1979, 2518

ergibt sich nicht einmal ansatzweise, dass sich der Gesetzgeber überhaupt mit den Folgen der preislichen Privilegierung von Versandapotheken, der sich daraus ergebenden Verdrängung der Präsenzapotheken und der sich daraus ergebenden Beseitigung der Infrastruktur für die flächendeckende, sichere und rechtzeitige Versorgung der Bevölkerung befasst hat.

Die Begründung zur Freistellung des Versands von Arzneimitteln in der Preisbindung im neuen § 3a AMPreisV erschöpft sich in einer beschreibenden Wiedergabe des neuen Gesetzeswortlauts. Zur sozialversicherungsrechtlichen Regelung in § 129 Abs. 5a SGB V wird lediglich ausgeführt, dass hierdurch das Vertragsprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung gestärkt werde. Das Spannungsverhältnis der Zulassung eines nicht preisregulären Arzneimittelversandhandels im Wettbewerb zu einem preisgebundenen System öffentlicher (Präsenz-)Apotheken wird nicht einmal angesprochen. Die Begründung zu den entworfenen Gesetzesänderungen im Arzneimittelgesetz (§ 43 AMG) und in der Apothekenbetriebsordnung (§ 17 ApBetrO), die den Versand aufgrund einer behördlichen Erlaubnis zulassen, können naturgemäß zur gleichzeitigen Aufgabe der Preisbindung nichts beitragen und tun dies auch nicht.

Wenn ein Gesetzentwurf in so krasser Weise eine greifbare Konfliktlage ignoriert, ist schon zweifelhaft, ob er überhaupt eine verlässliche Prognose der Schutzwirkung seines neuen Konzeptes angestellt hat und sich dazu des wesentlichen Materials bedient hat. Ausschließen kann man jedenfalls, dass die Verfasser des GMG dieses Material mit der gebotenen Sorgfalt ausgewertet haben.

Auch materiell genügt der GMG-Entwurf nicht dem Vertretbarkeitsmaßstab. Für den neu zugelassenen Versandhandel steht aufgrund der Ausgestaltung seines Lieferstandards im GMG-Entwurf fest, dass er eine flächendeckende Arzneimittelversor-

gung weder in der gebotenen Liefersicherheit noch in der gebotenen Zeitnähe leistet.

Das – nicht vorhandene – Konzept des Gesetzgebers wäre auch nicht mit dem Hinweis auf die noch vorhandenen Präsenzapotheken zu „retten“. Denn wie gesehen zielt der Entwurf gerade darauf ab, soviel Umsatz wie möglich auf Versandapotheken zu verlagern, den Präsenzapotheken damit die finanzielle Grundlage zu entziehen und die Präsenzapotheken damit auf „kaltem Wege“ abzuschaffen. Leistungen von Präsenzapotheken können deshalb nicht als Bestandteil des Schutzkonzeptes des Gesetzgebers berücksichtigt werden.

(b) Keine hinreichend sichere Kontrolle beim Versand (Fehlen eines persönlichen Kontakts als Kontrollinstrument)

Die Abgabe von Arzneimitteln ist ferner nicht nur unter dem Aspekt der fehlenden Liefersicherheit, sondern auch unter dem Aspekt der Wirksamkeit und damit der Arzneimittelsicherheit i.S.d. § 1 AMG unsicher.

Zwar sieht der Entwurf in § 11a ApoG i.d.F.d. Art. 13 Nr. 6 GMG-E die Notwendigkeit eines Qualitätssicherungssystems vor. Dieses Qualitätssicherungssystem betrifft jedoch nur Vorkehrungen gegen Transportrisiken. Das Versandverbot soll aber ebenso wie das Apothekenmonopol selbst²³ die zu leichte Erhältlichkeit von Arzneimitteln und damit das Risiko des Fehl- und Mehrgebrauchs, insbesondere das Risiko der Tablettensucht vermindern. Die Aufhebung des Versandverbotes führt zu einer

23 Vgl. BVerfGE 9, 73 ff., 79 f.

leichten Erhältlichkeit von Arzneimitteln und **verführt damit zu einem Fehl- und Mehrgebrauch von Arzneimitteln.**²⁴

Das Versandverbot soll ferner eine möglichst sichere, kontrollierte Abgabe von Arzneimitteln vor Ort an den Patienten persönlich durch qualifiziertes Personal ermöglichen, das den Patienten und den verschreibenden Arzt möglichst kennt und das umgekehrt der Patient kennt. Wie wichtig eine derartige Kontrolle vor Ort **im persönlichen Kontakt** ist, zeigen die vielfältigen Beispiele von Problemen, Irrtümern und Missverständnissen in Zusammenhang mit Arzneimitteln, die tagtäglich im Alltag von Apotheken vorkommen. **Besonders häufig** sind hier **Arzneimittel- oder Wirkstoffverwechslungen durch Ärzte**, die ein Arzneimittel aufgrund seiner Bezeichnung **irrtümlich für ein Generikum** eines bestimmten Originalarzneimittels halten und verordnen, obwohl es **in Wirklichkeit für eine ganz andere Indikation** bestimmt ist. In solchen Fällen sehen Apotheker aufgrund des persönlichen Kontakts häufig sofort, wenn der Patient in die Apotheke kommt, dass das irrtümlich verordnete Arzneimittel nicht das wirklich Gewollte ist. Häufig sind ferner **Personenverwechslungen (verschiedene Familienmitglieder), Darreichungsverwechslungen, Dosierungsirrtümer**, etc., die nur durch den persönlichen Kontakt von Apotheker und Patient aufgedeckt werden können. Die Nichtentdeckung solcher Fehler kann für die Gesundheit oder gar das Leben der Betroffenen gravierendste Folgen haben. Häufig können Patienten – die zumeist ältere Menschen sind - auch bestimmte Darreichungsformen wie etwa Trockensäfte oder Inhalationslösungen für Vernebler ohne Hilfe und Erklärung der Handhabung vor Ort in der Apotheke nicht anfertigen oder anwenden. Eine Vielzahl

24

Es ist deshalb kein Zufall, sondern typisch, dass **Versandapotheken** wie die niederländische Internet-Apotheke DocMorris hauptsächlich von dem Vertrieb von **Potenzmitteln wie Viagra** leben, vgl. dazu das Interview des Gründers von DocMorris, Ralf Däinghaus, „Wir tricksen die Apotheker aus“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung Nr. 16 vom 20. April 2003, S. 31.

von Fehlern und Anwendungsproblemen in Zusammenhang mit Arzneimitteln können daher von Versandapotheken, die auf anonyme Massenaussendungen ausgerichtet sind, strukturell nicht aufgedeckt oder behoben werden.²⁵

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass auch in der Präsenzapotheke Arzneimittel nicht immer persönlich abgeholt werden.²⁶ Ist ein **Versorgungssystem auf eine Versorgung durch Präsenzapotheken ausgerichtet**, ist die **Wahrscheinlichkeit** hinreichend groß, dass die **weit überwiegende Zahl** der Fälle durch **persönliche Abholung** durch den Patienten in der Apotheke abgewickelt wird. Damit ist in der weit überwiegenden Zahl der Fälle eine höchstmögliche Sicherheit gewährleistet. Lässt ein System jedoch den Versand zu oder fördert es gar den Versand durch entsprechende wirtschaftliche Anreize, wird der Normalfall die anonyme, massenweise Aussendung von Arzneimitteln, bei dem auf die Kontrolle vor Ort und damit eine der wichtigsten Sicherheitsvorkehrungen generell verzichtet wird. Ein solches System hat aber eine andere, geringere Qualität.

Daran ändert auch die durch Art. 14 Nr. 5 c) GMG-E vorgesehene Einfügung eines Abs. 2a Satz 2 in § 17 ApBetrO nichts. Zwar darf danach die Versendung nicht erfolgen, wenn zur sicheren Anwendung des Arzneimittels ein Informations- oder Beratungsbedarf besteht, der auf einem anderen Wege als einer persönlichen Information oder Beratung durch einen Apotheker nicht erfolgen kann. Das Problem besteht jedoch darin, dass der Apotheker einen Handlungsbedarf, insbesondere Informationsbedarf oder die Notwendigkeit einer Rückfrage beim Arzt erst durch den

25 Vgl. auch die aktuelle Serie der Deutschen Apotheker Zeitung Arzneimittelsicherheit im Apothekenalltag „Was Apotheker tagtäglich für die Arzneimittelsicherheit leisten“, DAZ 2003, 2172 ff.; „Verordnung falscher Arzneimittel - ein Problem mit vielen Gesichtern“, DAZ 2003, 2408 ff.; „Falsche und skurrile Angaben auf Rezepten“, DAZ 2003, 2657 ff.

26 Vgl. dazu auch Dettling, Schlussanträge in Sachen DocMorris – Generalanwältin contra EuGH, Handelsware contra Heilmittel, PharmR 2003, 192, 196.

persönlichen Kontakt mit dem Patienten, für den das Arzneimittel bestimmt ist, erkennen kann. Die Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 steht damit nur auf dem Papier und kann so gut wie keine praktische Wirkung entfalten.

c) Ergebnis

Die preisliche Privilegierung von Versand- und Kassenapotheken gegenüber Präsenzapotheken in § 3a Abs. 2 AMPreisV, ergänzt durch das Zuzahlungsprivileg in § 62a SGB V und das Zuweisungsprivileg in § 11 Abs. 1 Satz 2 ApoG jeweils i.d.F.d. GMG-Entwurfs, bewirkt einen Systemwechsel hin zu einer Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch Versandapotheken und weg von einer Versorgung durch Präsenzapotheken. Durch diese Maßnahmen werden die Präsenzapotheken als Rückgrat der Infrastruktur für die flächendeckende, sichere und rechtzeitige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln finanziell „ausgehungert“ und zur Aufgabe gezwungen. Das verbleibende System der Versorgung durch Versandapotheken ist zu einer sicheren und rechtzeitigen Versorgung weder faktisch in der Lage noch rechtlich gezwungen.

Das vom GMG-Entwurf angestrebte System der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch Versandapotheken ist deshalb nicht geeignet, den nach Art. 2 Abs. 2 GG erforderlichen Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung ausreichend zu gewährleisten. Die Bestimmungen des GMG-Entwurfs zur Privilegierung von Versand- und Kassenapotheken gegenüber Präsenzapotheken, insbesondere § 3a Abs. 2 AMPreisV verletzen deshalb das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG. Diese Verletzung kann von jedermann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.

2. Verletzung der Grundrechte der Versicherten aus Art. 14 Abs. 1 GG auf ein Versorgungssystem ohne Gesundheitsgefährdungen

Dasselbe ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 GG für die in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten. Sie sind gesetzlich gemäß §§ 5, 220 ff. SGB V zur Leistung von Beiträgen verpflichtet.

a) Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG

Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG werden das Eigentum und das Erbrecht gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar bislang noch nicht positiv festgestellt, dass die aus Krankenversicherungsbeiträgen folgenden Leistungsansprüche vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst werden.²⁷ Dass dem so ist, kann sich aber auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsgehalt von sozialrechtlichen Ansprüchen letztlich nicht in Zweifel ziehen lassen.²⁸

Die gefestigte, zur Rentenversicherung entwickelte allgemeine Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsgehalt von sozialversicherungsrechtlichen Positionen stellt auf die beiden konstituierenden Merkmale „erhebliche Eigenleistungen“ und „Beitrag zur Existenzsicherung“ ab.²⁹ Beide Merkmale sind bei den krankenversicherungsrechtlichen Ansprüchen jedenfalls der Beiträge leistenden, gesetzlich Versicherten ebenso gegeben. Dies räumen selbst diejenigen ein, die an-

27 Vgl. BVerfG, NJW 1997, 2444, 2445. Hier wird für den Anspruch auf Krankengeld offen gelassen, ob er vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst wird oder ob Leistungskürzungen insoweit lediglich am Prüfungsmaßstab des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechts- und Sozialstaatsgebots zu messen sind.

28 Zutreffend Egger, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Gesundheitsreform, SGB 2003, 76, 77.

29 Vgl. BVerfGE 64, 87, 101; BVerfGE 69, 272, 298 und 304.

sonsten der Einbeziehung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche in die Eigentumsgarantie kritisch gegenüberstehen.³⁰

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Eingriffe in die grundrechtlich geschützten, sozialversicherungsrechtlichen Positionen u.a. möglich, wenn sie dazu dienen, die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Systems im Interesse aller zu erhalten, zu verbessern oder veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen. Sofern die gesetzliche Regelung dem Zweck des Gemeinwohls dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt, Leistungen zu kürzen, den Umfang von Ansprüchen oder Anwartschaften zu vermindern oder diese umzugestalten.³¹

Andererseits darf der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Eigentums nicht nach Belieben verfahren. Für das **Ausmaß seiner Gestaltungsfreiheit sind Eigenart und Funktion des Eigentumsobjekts von maßgeblicher Bedeutung**. Insbesondere sind dem Gesetzgeber enge Grenzen gezogen, soweit es um die Funktion des Eigentums als Sicherung der Freiheit des Einzelnen geht.³²

Diese Grundsätze müssen erst recht dann gelten, wenn die geschützte Eigentumsposition nicht „nur“ die Freiheit, sondern sogar Leben und Gesundheit schützen soll. Sinn und Zweck der Beiträge der Versicherten ist es, ihre notwendige Versorgung im Krankheitsfall zu gewährleisten. **Regelungen des Versorgungssystems, die zu vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen der Versicherten führen, höhlen die Funktion der**

30 Vgl. etwa Deppenheuer, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, 4. Auflage 1999, Rn. 184 zu Art. 14 GG einerseits und 186 ff. andererseits zu Art. 14 GG.

31 Vgl. BVerfG, NJW 1997, 2444, 2445 im Anschluss an BVerfGE 53, 257, 293.

32 Vgl. BVerfGE 64, 87, 101.

Beiträge und der sich daraus ergebenden Versorgungsansprüche aus. Sie sind deshalb mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar.³³

b) Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG

Im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die Arzneimittelversorgung verletzt die preisliche und sonstige Privilegierung der Versandapotheken auch den **grundrechtlich geschützten Anspruch der Versicherten auf ein Versorgungssystem ohne vermeidbare Gesundheitsgefährdungen.**

Zunächst fehlt es insoweit schon an einem hinreichend legitimen Zweck für den Eingriff in die Eigentumsposition. Die einseitige Freistellung des zugelassenen Versandhandels von der Preisbindung wird nicht mit der Notwendigkeit der Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenkassen oder deren Anpassung an veränderte wirtschaftliche Bedingungen begründet. Der GMG-Entwurf spricht nur von einer „Liberalisierung der Arzneimittelpreisverordnung“. Eine **privilegierende „Liberalisierung“** ist aber schon deshalb **kein legitimer Zweck**, weil der Gesetzgeber die die ordnungsgemäße Versorgung bewerkstelligenden Präsenzapotheken **ungerechtfertigt benachteiligt.**

Durch den GMG-Entwurf **verlieren die gesetzlich Versicherten darüber hinaus die durch das bisherige System des Arzneimittelvertriebs in Deutschland gewährleistete, flächendeckende, sichere und rechtzeitig Arzneimittelversorgung.** Die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Maßstäbe für eine ordnungsgemäße Versorgung werden nicht mehr eingehalten

33 Vgl. dazu auch Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 94 f.

und weit unterschritten.³⁴ Dadurch werden die Versicherten vermeidbaren Gesundheitsgefährdungen ausgesetzt.

c) Ergebnis

Das Preisprivileg eines Arzneimittelversandhandels, wie es der GMG-Entwurf einführen will, verletzt nach alledem auch die Eigentumsgarantie der gesetzlich Versicherten aus Art. 14 Abs. 1 GG.

3. Verletzung der Grundrechte der Präsenzapotheker aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)

a) Eingriff in die Berufsfreiheit

Die Freistellung des Versandhandels von der allgemeinen Preisbindung stellt für die weiterhin preisgebundenen Inhaber von Präsenzapotheken einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit dar. Sie betrifft zumindest die Berufsausübung, im Hinblick auf die **fehlende Wettbewerbsneutralität und ihre Auswirkungen** für voraussichtlich 90% der derzeit selbständigen Apotheker sogar die **Berufswahl**.

Einer Betroffenheit der Berufsfreiheit der Präsenzapotheker durch die privilegierende Freistellung des Arzneimittelversandes von der Preisbindung kann nicht entgegeng gehalten werden, es fehle an einem Eingriff mit berufsregelnder Tendenz. Zwar ist unbestritten, dass die grundrechtliche Gewährleistung der Berufsfreiheit weder vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren schützt noch einen Anspruch auf Erfolg im Wett-

³⁴ Vgl. dazu BVerwGE 45, 331, 338 f.; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, NJW 1995, 1631 f. -

bewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten gewährleistet.³⁵

Eine solche Betrachtungsweise würde aber nicht nur faktisch zu kurz greifen. Sie ließe auch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts außer Betracht. Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Entscheidungen vom 29. November 2000 „Liberalisierungs-Regelungen“ geprüft und ihnen berufsregelnde Tendenz zugesprochen. Es ging um Gesetze, mit denen die Tarifbindung der im Binnenschiffverkehrsverkehr tätigen Personen und Unternehmen sowie der Beförderungsentgelte im Güterkraftverkehr insgesamt aufgehoben und damit allseitig eine freie Preisbindung zugelassen wurde.

Das Bundesverfassungsgericht hob hier hervor, dass die Regelungen „zunächst“ einen bisherigen Eingriff in die Berufsfreiheit von Verkehrsunternehmen beseitigen und sie von Bindungen befreien. Der Bereich der grundrechtlichen Freiheitsausübung dieser Unternehmen werde also erweitert. Trotzdem wirke sich dies für die beschwerdeführenden Unternehmen mit der Folge einer berufsregelnden Tendenz belastend aus, weil sie nunmehr in Konkurrenz mit anderen treten (müssen), die für die gleichen Leistungen geringere Entgelte als bisher erheben dürfen.³⁶

Wenn aber schon die völlige Aufhebung von bisherigen, die Entgelthöhe sichernden Normen berufsregelnde Tendenz für die „liberalisierten“ Unternehmen hat, dann muss dies erst recht bei Regelungen gelten, die die **Liberalisierung nur für bestimmte Vertriebsformen vorsehen, andere Vertriebsformen aber an**

35 Vgl. BVerfG, NJW 2002, 2621 – Warnung vor Glykol-Weinen; siehe auch BVerfGE 34, 252, 256; BVerfGE 24, 236, 251.

36 Vgl. BVerfG, NJW-RR 2001, 750, 751 – Tariffreigabe im Binnenschiffverkehrsverkehr; siehe auch BVerfG, NJW-RR 2001, 751 – Tarifaufhebung im Güterkraftverkehr.

der bisherigen Preisbindung festhalten und sie deshalb einem einseitigen Preiswettbewerb aussetzen. Denn die vom Bundesverfassungsgericht beurteilte Tariffreigabe im Binnenschiffverkehrsverkehr war wettbewerbsneutral ausgestattet, während die teilweise Aufgabe der Preisbindung im Arzneimittelvertrieb, wie sie der GMG-Entwurf für den Versandhandel vorsieht, **nicht wettbewerbsneutral** ausgestattet ist.

Gerade aus dem letzten Aspekt ergibt sich aber bei der vom GMG-Entwurf vorgesehenen, asymmetrischen Teilliberalisierung unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 Abs. 1 GG eine noch viel weitergehende Konsequenz. Anders als im Fall der Tarifaufhebung im Güterkraftverkehr sind die Präsenzapotheker durch die für sie weitergeltende Arzneimittelpreisverordnung einerseits und die Freistellung der Versandapotheken von der Preisbindung andererseits der Möglichkeit beraubt, ihrer Tätigkeit als selbständige Apotheker nachzugehen, obwohl die Nachfrage nach ihrer Tätigkeit ohne die Intervention des Gesetzgebers vorhanden wäre und sie ohne die Intervention des Gesetzgebers mehr als konkurrenzfähig wären.

Schon im Hinblick darauf, insbesondere aber auch im Hinblick auf den absehbaren Zwang für 90% der derzeitigen selbständigen Apotheker, ihre Selbständigkeit und damit ihren Beruf als selbständige Apotheker aufgeben zu müssen, erhält die Regelung damit den Charakter einer Berufswahlregelung, kommt einer Berufswahlregelung aber zumindest sehr nahe.³⁷

37

Vgl. dazu auch BVerfGE 82, 209, 229 f. Vgl. zum Charakter des Übergangs von der selbständigen in die unselbständige Form einer Tätigkeit im Falle des Apothekers als Berufswahl BVerfGE 7, 377, 398 f.

b) Fehlende Rechtfertigung für die Begünstigung von Konkurrenten

aa) Fehlende Eignung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reichen als Rechtfertigung für die Begünstigung von Konkurrenten nicht schon vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls aus, um den Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der benachteiligten Wettbewerber zu rechtfertigen. Vielmehr wiegen **nur Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung** so schwer, dass sie die Begründung solch erheblicher Konkurrenz Nachteile bei der Berufsausübung rechtfertigen können.³⁸ Deshalb kann sich der Gesetzgeber bei nicht wettbewerbsneutralen Berufsausübungsregelungen nicht im normalen Umfang auf seinen Gestaltungsspielraum zurückziehen.

Im vorliegenden Fall fehlt es an dem erforderlichen Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung für die vorgesehene Begünstigung von Versandapotheken. Die Notwendigkeit, eine flächendeckende, sichere und rechtzeitige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten, besteht weiterhin fort. Dieser primäre Zweck des Prinzips des einheitlichen Abgabepreises ist deshalb nicht weggefallen. Der Gesetzesentwurf behauptet dies auch nicht. Er beseitigt die Preisbindung auch nicht selbst, sondern macht über § 3a Abs. 2 AMPPreisV aus zwingendem Preisrecht lediglich dispositives Preisrecht,.

Für das Wettbewerbsverhältnis der verschiedenen Vertriebsformen macht das aber keinen Unterschied, weil der Versandhandel aufgrund des verlockenden Charakters und der zusätzlichen gesetzlichen Anreize (Zuzahlungsprivileg, Zuweisungsprivileg) zwangsläufig von der vom Gesetzgebers eingeräumten Möglich-

38 Vgl. BVerfGE 82, 209, 230; BVerfGE 86, 28, 39.

keit auf breiter Front Gebrauch machen wird, die Arzneimittelabgabepreise abweichend von Vorgaben der Arzneimittelpreisverordnung zu vereinbaren.

Auch sonst sind keine Gemeinwohlbelange erkennbar, die die Begünstigung der Versandapotheken rechtfertigen könnten. Überlegungen zur Verbesserung des Service der Arzneimittelverbraucher haben mit der Preisregulierung nichts zu tun. Die Preisprivilegierung dient auch nicht der Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang ist.³⁹ Da die **bisherige Preisbindung gerade auch der Senkung des Arzneimittelpreisniveaus** im Interesse der Verbraucher und damit auch der gesetzlichen Krankenversicherung dient, taugte das Ziel der Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung zur Rechtfertigung der preisrechtlichen Privilegierung des Versandhandels nur dann, wenn sich gerade die partielle Preisfreigabe im Versandhandel als solche zum finanziellen Vorteil der GKV auswirkt, während im Präsenzhandel die Fortsetzung der Preisbindung die GKV finanziell besser stellt.

Dafür gibt es keine Anhaltspunkte. Entweder ist mit dem geltenden Recht davon auszugehen, dass staatliche Preisregulierung zu gegenüber freier Preisbildung niedrigeren Arzneimittelpreisen führt – dann ist das Finanzinteresse der GKV kein eine Preisfreigabe tragender Gesichtspunkt. Oder man geht mit den Verfassern des GMG-Entwurfs davon aus, dass die Preisfreigabe zu niedrigeren Preisen führt als die bisherige Preisbindung – dann lässt es sich mit dem Finanzinteresse der GKV nicht rechtfertigen, die Preisfreigabe auf bestimmte Vertriebsformen zu beschränken.

39 Vgl. BVerfGE 68, 193, 218; BVerfG, NJW 2000, 1781; BVerfG, Pharmarecht 1991, 121, 122.

Die Eignung der Maßnahme ist ferner dann zweifelhaft, wenn man die **langfristigen Folgen** der vorgesehenen „Liberalisierung“ mit ins Auge fasst. Es ist wie dargestellt davon auszugehen, dass diese Maßnahme zu einer Reduzierung der Zahl der Präsenz-apotheken auf ca. 2.000 und zu einer Konzentration der Arzneimittelversorgung auf ca. 5 bis 10 industrielle Versandapotheken führen wird. Für die Versandapotheken sieht der GMG-Entwurf keine Preisbindung, insbesondere auch keine Höchstpreisbindung vor. Das Ergebnis dieser Maßnahme wird also zum einen die Zerstörung der flächendeckenden, zeit- und ortsnahe Versorgung der Bevölkerung und die **künftige Abhängigkeit insbesondere auch der gesetzlichen Krankenversicherung von einem Oligopol sein, was erfahrungsgemäß zu einem höheren Preisniveau führt, wie der Blick etwa auf die USA zeigt.**

Damit ist die vom GMG-Entwurf vorgesehene Maßnahme nicht nur **ungeeignet, die langfristige Senkung des Arzneimittelpreinsniveaus zu gewährleisten.** Sie gefährdet zugleich den Gemeinwohlbelang, dem sowohl das Versorgungssystem als auch die gesetzliche Krankenversicherung und deren Finanzierung ihrerseits untergeordnet sind, nämlich die Gesundheit der Bevölkerung. Eine Maßnahme, die nicht geeignet ist, langfristig und sicher ihren Zweck zu erfüllen, und darüber hinaus auch noch den Gemeinwohlbelang gefährdet, dessen untergeordnetem Zweck sie dienen soll, ist jedoch offenkundig (doppelt) ungeeignet.

Hinzu kommt, dass die Ausnahme von der Preisbindung die Preisbindung als Systementscheidung in Frage stellt. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist aber aner-

kannt, dass in solchen Fällen die Geeignetheit schwindet und ganz wegfallen kann.⁴⁰

bb) Mildere Mittel

Für die vorgesehene Teilliberalisierung der Arzneimittelpreise fehlt es ferner an der Erforderlichkeit. Der (unterstellte) Einspar-effekt könnte auch bei einer Beibehaltung der Preisbindung und des einheitlichen Arzneimittelabgabepreis erreicht werden, indem die Festspannen der Apotheken neu kalkuliert und abgesenkt werden. Bei gleichem Einsparvolumen ist dieser Ansatz für die Arzneimittelvertreiber milder, weil er ohne die Wettbewerbsverzerrung zwischen Versand- und Präsenzhandel auskommt, und insgesamt vorzugswürdig, weil er die Existenz der Präsenzapotheiken und damit die flächendeckende, sichere und rechtzeitige Arzneimittelversorgung weiterhin gewährleistet.

Das zweite, schlechtere, aber immer noch mildere Mittel wäre die vollständige Freigabe der Preise auch für Präsenzapotheiken.

cc) Unzumutbarkeit

Schließlich fehlt es an der Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Die von der Regelung beeinträchtigten Belange überwiegen die möglichen Vorteile der Regelung deutlich. Zunächst einmal ist das mit der preisrechtlichen Privilegierung des Versandhandels gesetzgeberisch veranlasste Dumping gegenüber den gesetzlich festgelegten, angemessenen Apothekenabgabepreisen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit der Arzneimittelpreisverordnung) Ausdruck eines offenen, gesetzgeberischen Wertungswiderspruchs.

40 Vgl. BVerfGE 103, 1, 13 ff. – Singularzulassung.

Entscheidender ist aber, dass die Neuregelung die zeitnahe und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zerstört. Dieses Argument wird nicht dadurch entwertet, dass es in der Vergangenheit schnell – teilweise zu schnell – zur Abwehr von Aufweichungen von der Arzneimittelpreisverordnung angeführt worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat gerade in seiner Impfstoff-Entscheidung vom 11. Februar 2003 anerkannt, dass durch eine Wettbewerbsverzerrung zugunsten des Versandhandels dem Arzneimittelhandel in den Apotheken die wirtschaftliche Grundlage entzogen werden kann – sofern die Bereiche, in denen Preiswettbewerb gilt, mehr als nur einen sehr schmalen Sektor umfassen.⁴¹

Anders als beim Impfstoffversand direkt an Ärzte betrifft der GMG-Entwurf mit seiner Zulassung des Versandhandels sämtliche apothekenpflichtigen Arzneimittel und damit den ganz überwiegenden Teil (92%) der Umsätze der öffentlichen (Präsenz-)Apotheken. Hinzu kommt, dass die Preise nicht einfach freigegeben werden, sondern die Liberalisierung asymmetrisch erfolgt: Nur der Versandhandel kann seine Preise selbst bilden. Unterbietet er die öffentliche (Präsenz-)Apotheke, darf diese nicht auf den niedrigeren Preis einsteigen, weil sie an die Arzneimittelpreisverordnung gebunden bleibt.

Die entworfene Regelung hat eine hohe verfassungsrechtliche Eingriffsintensität. Wegen ihrer fehlenden Wettbewerbsneutralität bedeutet sie für ca. 90% der selbständigen Apotheker den Zwang zur Aufgabe ihrer selbständigen Tätigkeit. Deshalb liegt wahrscheinlich sogar eine Regelung der Berufswahl vor, zumindest aber eine Regelung, die einer Berufswahlregelung sehr nahe kommt. Wegen der hohen Eingriffsintensität auf der einen und

41 Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Februar 2003 – 1 BvR 1972/00 und 70/01, NJW 2003, 1027, 1029 – Impfstoffversand an Ärzte.

des fehlenden, rechtfertigenden Gemeinwohlzwecks auf der anderen Seite ist somit auch die Unzumutbarkeit zu bejahen.

c) Ergebnis

Das Preisprivileg eines Arzneimittelversandhandels, wie es der GMG-Entwurf einführen will, verletzt auch das Grundrecht auf Berufsfreiheit der Inhaber von Präsenzapotheken aus Art. 12 Abs. 1 GG.

B. Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG durch die Zulassung eines faktisch unkontrollierten Versandes von apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach Deutschland (§ 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG i.d.F.d. Art. 12 Nr. 4 GMG-E)

1. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG

a) Notwendigkeit eines vertretbaren Schutzkonzepts

Wie schon dargestellt ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 GG die Verpflichtung des Staates, dort, wo es um das menschliche Leben als höchstem Wert geht, ein vertretbares Schutzkonzept zu verfolgen.⁴² Untätig darf der Gesetzgeber in diesem Bereich nur dann bleiben, wenn der Gefährdungsgrad für das elementare Rechtsgut von den zuständigen Stellen nachvollziehbar als extrem gering eingestuft wird.⁴³

Wie ebenfalls schon dargestellt will § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG i.d.F.d. Art. 12 Nr. 1 a) GMG-E den Versand apothekenpflichtiger

42 BVerfGE 88, 203, 263 – Schwangerschaftsabbruch II.

43 BVerfG, NJW 1998, 975 – Flug zum Saturn.

(einschließlich verschreibungspflichtiger) Arzneimittel aufgrund behördlicher Erlaubnis zulassen. § 11a ApoG i.d.F.d. Art. 13 Nr. 6 GMG-E und § 17 Abs. 2a ApBetrO i.d.F.d. Art. 14 Nr. 5 c) GMG-E regeln die näheren Anforderungen.

b) Keine effiziente behördliche Überwachung des grenzüberschreitenden Versands

Die **deutschen Apotheken** unterliegen bei der Ausübung der Versandtätigkeit gemäß §§ 64 ff. AMG der **Überwachung durch die zuständigen deutschen Behörden**. Die Behörden erhalten durch die erforderliche Genehmigung Kenntnis von der geplanten Versandtätigkeit und können entsprechende Überwachungsmaßnahmen ergreifen.

Darüber hinaus will § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr.1a AMG i.d.F.d. Art. 12 Nr. 4 GMG-E auch den Versand von in Deutschland zugelassenen oder registrierten oder von der Zulassung oder Registrierung freigestellten Arzneimitteln, die zur Anwendung am oder im menschlichen Körper bestimmt sind, an den Endverbraucher aus dem Ausland zulassen. Voraussetzung ist nur, dass er durch eine Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erfolgt, die für den Versandhandel nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht in Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekengesetz befugt ist. Der Versand muss ferner „entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel“ erfolgen.

Voraussetzung für den Versand apotheken- und verschreibungspflichtiger Arzneimittel durch Apotheken eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des

Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist damit nur deren Befugnis zum Versandhandel nach ihrem nationalen Recht. Die Genehmigung durch eine deutsche Behörde oder auch nur eine entsprechende Anzeige ist nicht erforderlich. Die **deutschen Behörden** erlangen also von der **Versandtätigkeit einer solchen ausländischen Apotheke an Endverbraucher in Deutschland keinerlei Kenntnis**. Sie sind deshalb gar **nicht** in der Lage zu **überwachen**, ob die ausländische Apotheke die deutschen (und ausländischen) Voraussetzungen für einen Versand einhält.

Sie wären auch gar nicht in der Lage, die Einhaltung dieser Bestimmungen durch die ausländische Apotheke einzuhalten. Insofern **fehlt** es schon an einer Regelung über die **sachliche und örtliche Zuständigkeit** für die Überwachung der Tätigkeit ausländischer Apotheken. Darüber hinaus stellte sich das Problem etwa der **Zustellung** eines Anhörungsschreibens und später eines untersagenden Verwaltungsaktes, weil Verwaltungsakten im Hinblick auf die Souveränität der Staaten grundsätzlich keine extraterritoriale Wirkung zukommt, die Zustellung einen Hoheitsakt darstellt und kein Staat mit Verwaltungsakten in den Herrschaftsbereich eines anderen Staates „hineinregieren“ darf. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Behörden der Mitgliedstaaten im Wege der Amtshilfe - etwa gemäß Art. 152 Abs. 2 EGV, Art. 111 Abs. 1, 116, 117 und 123 der Richtlinie 2001/83/EG, Art. 19 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie - zur Zustellung von Verwaltungsakten von Behörden anderer Mitgliedstaaten an Versandapotheken mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet verpflichtet sind, treten **spätestens auf der Ebene des Verwaltungsvollzugs gravierende Probleme** auf. Denn nach überwiegender Auffassung stellt die Vollzugshilfe keine Amtshilfe, sondern ein eigenständiges Verwaltungsverfahren dar. Am Ende bliebe so allenfalls die „Überwachung“ ausländischer Apotheken

durch die - mangels Grenzkontrollen - völlig überforderten Zoll-dienststellen gemäß § 74 AMG.⁴⁴

Auch eine Überwachung der auf Deutschland gerichteten Ver-sandtätigkeit ausländischer Apotheken durch die Behörden des Ausfuhrstaates scheidet aus. Die **Behörden des Ausfuhrstaa-tes** sind schon deshalb **nicht zur Überwachung in der Lage**, weil sie über keine Kenntnis des in Deutschland für den Vertrieb und Versand von Arzneimitteln geltenden Rechts verfügen. Da-gegen spricht ferner der Grundsatz, dass jeder Träger hoheitli-cher Gewalt seine hoheitliche Entscheidung stets nach seinem eigenen Recht trifft. Die Behörden des Ausfuhrstaates könnten deshalb Apotheken mit Sitz im Ausfuhrstaat nicht untersagen, Arzneimittel entgegen deutschem Recht nach Deutschland zu versenden.⁴⁵

Damit ist festzuhalten, dass der **Versand apothekenpflichtiger und verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus dem EU- o-der EWR-Ausland** anders als der Versand innerhalb Deutsch-lands nach der Konzeption des GMG-Entwurfs **ohne (effektive) behördliche Überwachung** ist. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass Fehler bei der Abgabe apothekenpflichtiger oder gar ver-schreibungspflichtiger Arzneimittel unmittelbar die Gesundheit o-der gar das Leben von Patienten in der Bundesrepublik Deutschland gefährden können. Der Gefährdungsgrad für das elementare Rechtsgut Leben oder Gesundheit kann deshalb nicht als extrem gering eingestuft werden. Nach der Rechtspre-chung des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb hinsichtlich

44 Vgl. zum ganzen etwa Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht, in: I. von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 851 ff., 862; Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 1 VwVfG Rn. 152, § 4 VwVfG Rn. 18, 25 ff., 28, 42; Papier/Olschewski, Vollziehung ausländischer Verwaltungsakte, DVBl 1976, 475 ff.

45 Vgl. dazu auch Bleckmann, Zur Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte im Europäischen Gemein-schaftsrecht, JZ 1985, 1072, 1074 mit dem Beispiel des „Schusses über die Grenze“; Bleckmann, Die völker-rechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts, 1992, S. 49 ff.; von Bar/Mankowski, Internatio-nales Privatrecht, Band I Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, S. 230 ff.; Kegel/Schurig, Internationales Privat-recht, 8. Aufl. 2000, S. 934 ff.

des Versandes aus dem Ausland ein vertretbares Schutzkonzept erforderlich.

2. Kein vertretbares Schutzkonzepts

a) Fehlen eines Schutzkonzepts im GMG-Entwurf

Trotz der dargestellten Notwendigkeit enthält der GMG-Entwurf keinerlei Konzept zur Lösung der besonderen Schwierigkeiten, die sich in Zusammenhang mit der erforderlichen behördlichen Überwachung gerade aus dem grenzüberschreitenden Versand ergeben. Er lässt **den grenzüberschreitenden Versand de facto überwachungsfrei**, obwohl er selbst die Überwachungsbedürftigkeit des Versandes an sich sowohl durch das Erfordernis der Versandgenehmigung als auch der Überwachung der Apotheken gemäß §§ 64 AMG anerkennt.

Ein vertretbares Schutzkonzept für den grenzüberschreitenden Versand verstieße auch nicht gegen das Gemeinschaftsrecht. Selbst die Generalanwältin beim EuGH, nach deren Auffassung das Versandverbot für in Deutschland zugelassene Arzneimittel gemeinschaftsrechtswidrig ist, stellt klar, dass es Sache des nationalen Gesetzgebers ist, die Bedingungen des Versandes festzulegen.⁴⁶

b) Anforderungen an ein vertretbares Schutzkonzept

Ein vertretbares Schutzkonzept für den grenzüberschreitenden Versand setzte deshalb voraus, dass die aus dem Ausland versende Apotheke hinsichtlich der behördlichen Überwachung

46

Vgl. Schlussanträge der Frau Generalanwältin Christine Stix-Hackl vom 11. März 2003(1), Rechtssache C-322/01 Deutscher Apothekerverband e.V. gegen 1. 0800 DocMorris NV, 2. Jacques Waterval, Rn. 159 bis 161.

so weit als möglich einer Apotheke mit Sitz in Deutschland gleichgestellt wird. Dies gilt um so mehr, als es nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit von Grundrechtsbeschränkungen führt, wenn sich der Gesetzgeber selbst insbesondere aufgrund von „Ausnahmeregelungen“ widersprüchlich verhält und unschlüssige Regelungen trifft.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund besteht das Risiko der Verfassungswidrigkeit der Regelungen zur Überwachung von Apotheken insgesamt, wenn der Gesetzgeber keine Regelungen für die effiziente Überwachung des grenzüberschreitenden Versandhandels vorsieht.

Für den deutschen Gesetzgeber ist es im Hinblick auf die staatliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG nach alledem das mindeste, für einen ausländischen Versender die **Pflicht zur Anzeige** der Versandtätigkeit gegenüber den jeweils örtlich und sachlich für die Überwachung des Arzneimittelverkehrs im Bereich des Empfängers zuständigen Behörden, die Pflicht zur Benennung eines **Empfangsbevollmächtigten** gemäß § 15 VwVfG und die Pflicht zur permanenten Bereithaltung von entsprechend qualifiziertem, **pharmazeutischem Personal mit der erforderlichen Kenntnis des in Deutschland für den Verkehr von Arzneimitteln geltenden Rechts und mit der erforderlichen Kenntnis der deutschen Sprache** vorzusehen.

3. Ergebnis

Aus Art. 2 Abs. 2 GG ergibt sich die Verpflichtung des Staates, ein vertretbares Schutzkonzept für den grenzüberschreitenden Versandhandel mit apotheken- und verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einschließ-

⁴⁷ Vgl. dazu BVerfGE 103, 1, 11 – Singularzulassung; BVerfG, NJW 2003, 1027 – Impfstoffversand an Ärzten; aher Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 180 ff.

lich einer effizienten behördlichen Überwachung vorzusehen. Ein derartige Schutzkonzept enthält der GMG-Entwurf nicht. Die Regelung zur Zulassung des grenzüberschreitenden Versandhandels mit apotheken- und verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG i.d.F.d. Art. 12 Nr. 4 GMG-E verletzt deshalb das Grundrecht der Patienten auf den Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG.

C. Grundrechtswidrigkeit der Änderung der Arzneimittelpreisverordnung insgesamt (Art. 16 GMG-E)

1. Die vorgesehenen Änderungen

Durch Art. 16 Nr. 1 GMG-E wird in § 1 Abs. 4 AMPPreisV ein neuer Absatz 4 angefügt, nach dem nicht verschreibungspflichtige, jedoch apothekenpflichtige, sog. OTC-Arzneimittel vollständig aus der Preisbindung entlassen werden. Durch Art. 16 Nr. 2 GMG-E werden die in § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AMPPreisV vorgesehenen Höchstspannen der Arzneimittelgroßhändler stark verringert. Durch Art. 16 Nr. 3 GMG-E wird der Festzuschlag, den (Präsenz-)Apotheken bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu erheben haben, völlig neu geregelt. Darüber hinaus können Versand- und Kassenapotheken wie schon dargestellt nach § 3a Abs. 2 AMPPreisV i.d.F.d. Art. 16 Nr. 4 GMG-E aufgrund von Einzelverträgen mit Krankenkassen oder ihren Verbänden von der Arzneimittelpreisverordnung abweichen.

Der Entwurf begründet die Herausnahme der OTC-Arzneimittel damit, dass sich die bisherigen Argumente für die Preisbindung (Lagerisiko und Kapitalbindung der Apotheke, Unzumutbarkeit von Preisvergleichen für den Patienten) „zumindest“ bei nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten nicht mehr halten ließen. Die Freigabe der Preise für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel und die Möglichkeit von Preisvereinbarungen zwischen den Kassen und den Apothekern werde

zu einer deutlichen Zunahme des Wettbewerbs und tendenziell zu sinkenden Preisen führen. Der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen gehe auf der Grundlage der bisherigen Zahlen von Einsparungen für die Kassen von gut 500 Mio. Euro aus.

Inwieweit dabei berücksichtigt wurde, dass nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V i.d.F.d. Art. 1 Nr. 13 GMG-E nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung nach § 31 SGB V grundsätzlich ausgeschlossen werden sollen, ergibt sich aus dem Entwurf nicht.

Die übrigen vorgesehenen Änderungen der Arzneimittelpreisverordnung werden im Entwurf sachlich überhaupt nicht begründet.

2. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für (Präsenz-)Apotheken und pharmazeutischen Großhandlungen

Die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit umfasst auch das Recht der am Markt Tätigen, die Bedingungen ihrer Marktteilnahme selbst festzusetzen, insbesondere den Preis der angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen.⁴⁸ Regelungen der Arzneimittelpreisverordnung greifen damit stets in die Berufsfreiheit der davon Betroffenen, hier also der Apothekeninhaber und Arzneimittelgroßhändler ein.

Als Berufsausübungsregelung hält eine Preisregelung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur Stand, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.⁴⁹

48 Vgl. BVerfG, NJW 2003, 1232, 1233 – Festbeträge für Arzneimittel.

49 Vgl. BVerfGE 103, 1, 10 – Singulärzulassung; BVerfG, NJW 2003, 1027 – Impfstoffversand an Ärzte.

3. Die Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG

a) Fehlende Eignung

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme geeignet ist. Bei Preisregelungen ist dabei eine Gesamtschau erforderlich.

aa) Prognosemängel

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung der Preisspannen in der Arzneimittelpreisverordnung eine entsprechende Prognose anzustellen, die vom Bundesverfassungsgericht auf offensichtliche Fehler überprüft wird.⁵⁰

Offensichtliche Prognosefehler liegen dann vor, wenn der Normgeber die Prognose gar nicht anstellt, wenn er in sie nicht alle zu berücksichtigenden Umstände einstellt, wenn der Gang der Prognose nicht nachvollziehbar offengelegt wird und/oder wenn das Gesamtergebnis sich für die Beteiligten als klar unzumutbar erweist. Die Preisspannen können also nicht politisch – und damit beliebig – gesetzt werden, sondern müssen in einem rechtlich gebundenen Verfahren kalkuliert werden.

Bislang hat der Normgeber dem Rechnung getragen, jeweils die Auswirkungen der geplanten Änderungen der Preisregelungen kalkuliert und dabei auch Regelungen in anderen Bereiche, etwa dem sog. „Kassenrabatt“ gemäß § 130 Abs. 1 SGB V berücksichtigt.⁵¹

50 Vgl. BVerfG, Pharmazeutische Zeitung 1982, 239, 240.

51 Vgl. dazu etwa BR-Drs. 1054/97, abgedruckt bei Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, unter M 34 b, Blatt 356 t 2.

Im Falle des GMG fehlt es vollständig an einer Neukalkulation der wirtschaftlichen Situation der von der Arzneimittelpreisverordnung Betroffenen nach dem Inkrafttreten der vorgesehenen Änderungen. Eine entsprechende Prognose wird jedenfalls nicht offengelegt. Der Entwurf gestaltet also die Arzneimittelpreisverordnung „ins Blaue hinein“ völlig neu, ohne sich über die Folgen im Klaren zu sein. Einer solchen Preisregulierung ins Blaue hinein fehlt es aber von vornherein an der erforderlichen Eignung. Sie ermöglicht es nicht einmal, den Zweck der Neuregelung zu ermitteln.

bb) Wegfall der Regulierungszwecke

Die in dem Entwurf in Zusammenhang mit der Arzneimittelpreisverordnung vorgesehenen Maßnahmen einschließlich ihrer Begründung erwecken den Eindruck, dass der GMG-Entwurf selbst nicht mehr davon ausgeht, dass die Arzneimittelpreisverordnung noch irgendeinem Regulierungszweck dient. Die Verfasser des GMG-Entwurfs reden selbst davon, dass sich nach ihrer Auffassung die bisher die Preisregulierung tragenden Gründe „zumindest“ bei nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten nicht mehr halten ließen. Darüber hinaus sprächen dieselben Gründe, die für die Herausnahme der OTC-Arzneimittel angeführt werden, auch für die Herausnahme der verschreibungspflichtigen Arzneimittel.⁵²

Ferner führen die zahlreichen, im GMG-Entwurf vorgesehenen Ausnahmen objektiv zu einer so weitgehenden Aushöhlung der Arzneimittelpreisverordnung, dass ihre Anwendung zum Ausnahmefall wird. Insgesamt sind 100% aller OTC-Arzneimittel und schätzungsweise 70% aller verschreibungspflichtigen Arzneimittel nicht mehr der Preisbindung unterworfen.

52 Vgl. dazu näher Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 144 ff.

Damit ist aber nach dem Argumentationsansatz der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Preisbindung des verbleibenden „Torso“ die verfassungsrechtliche Grundlage entzogen. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führt es wie schon dargestellt zur Verfassungswidrigkeit von Grundrechtsbeschränkungen, wenn sich der Gesetzgeber selbst insbesondere aufgrund von „Ausnahmeregelungen“ widersprüchlich verhält und unschlüssige Regelungen trifft.⁵³ Diese Preisbindung des „Restmarkts“ ist nicht mehr geeignet, irgendwelche Steuerungseffekte zu erzielen. In dieser Form gewährleistet sie weder eine flächendeckende, zeit- und ortsnahe Versorgung noch bewirkt sie eine signifikante Senkung des Arzneimittelpreisniveaus.

b) Fehlende Erforderlichkeit wegen des notwendige Vorrangs des Abbaus versicherungsfremder Leistungen

Sollte die Neugestaltung der Arzneimittelpreisverordnung der Kostentlastung der gesetzlichen Krankenversicherungen dienen und zu einer Verringerung der Vergütungen der Apotheken und Arzneimittelgroßhändler führen, so fehlte es weiter an der Erforderlichkeit der Maßnahme. Denn als milderer Mittel müssten vorrangig die sog. versicherungsfremden Leistungen im weitesten Sinne beseitigt werden, die nach den Feststellungen des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen sich jährlich auf über 30 Mrd. € belaufen.⁵⁴

Gemäß § 1 Satz 1 SGB V hat die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand

53 Vgl. dazu BVerfGE 103, 1, 11 – Singularzulassung; BVerfG, NJW 2003, 1027 – Impfstoffversand an Ärzten; aher Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 180 ff.

54 Vgl. Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, Gutachten 2003, Nrn. 124, 190, 192, 193.

zu bessern. Aus Art. 14 Abs. 1 GG ergibt sich der Anspruch der Zwangsversicherten auf eine zweckentsprechende Verwendung ihrer Mittel.⁵⁵

Der GMG-Entwurf geht vom Bestehen von von ihm selbst sog. versicherungsfremden Leistungen in Milliardenhöhe aus. Dennoch sollen diese versicherungsfremden Leistungen weiterhin weitestgehend von den Versicherten finanziert werden. § 221 SGB V i.d.F.d. Art. 1 Nr. 123 GMG-E sieht dazu nur vor, dass der Bund zur *„pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“* jeweils ein bestimmtes Aufkommen aus der Tabaksteuer leistet, wobei die Höhe der versicherungsfremden Leistungen und die Höhe der Mittel aus der Tabaksteuer zueinander in keinerlei sachlichem Zusammenhang stehen und insbesondere die „pauschale Abgeltung“ der Höhe nach nur einen Bruchteil der versicherungsfremden Leistungen darstellt.

Diese vom Gesetzgeber selbst offen eingeräumte, zweckwidrige Verwendung von Versichertengeldern stellt einen offenkundige Verletzung der Grundrechte der Versicherten aus Art. 14 GG dar. Wäre der Täter nicht der Gesetzgeber, läge eine glatte Untreue i.S.d. § 266 StGB vor. Im Verhältnis zu der Größenordnung, in der versicherungsfremde Leistungen aus den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung zweckwidrig verwendet werden, nehmen sich mögliche Einsparungen aus der Kürzung von Spannen der Apotheken und Großhändler geradezu minimal aus.

Es ist deshalb offenkundig, dass zunächst der – ohnehin rechtswidrige - Zustand der zweckwidrigen Verwendung von Versichertengeldern durch versicherungsfremde Leistungen zu bei-

⁵⁵ Vgl. dazu BVerfGE 75, 108, 148; Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 166.

seitigen ist, bevor, um wesentlich geringere Entlastungseffekte für die gesetzlichen Krankenversicherung zu erzielen, weiter in die Berufsfreiheit von Apotheken und Arzneimittelgroßhändlern eingegriffen wird.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass auch die Umsatzsteuer auf Arzneimittel nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁶ als versicherungsfremde Leistung i.w.S. anzusehen ist. Die Abschaffung der Umsatzsteuer auf Arzneimittel in Höhe von ca. 3 Mrd. € im Jahr⁵⁷ stellt deshalb ebenfalls ein mildereres Mittel dar.

c) Unzumutbarkeit mangels Wettbewerbsneutralität

Die bei Umsetzung des GMG-Entwurfs verbleibende Torso-Arzneimittelpreisverordnung scheidet verfassungsrechtlich aber auch auf der dritten Stufe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Im Hinblick auf die schon dargestellte, fehlende Wettbewerbsneutralität ist sie für die Präsenz-Apothekeninhaber auch unzumutbar (s.o.).

4. Ergebnis

Die Arzneimittelpreisverordnung in der Fassung des GMG-Entwurfs verletzt die betroffenen Inhaber von (Präsenz-)Apotheken und Arzneimittelgroßhandlungen in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG.

56 Vgl. dazu BVerfGE 75, 108, 148.

57 Vgl. ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände, Die Apotheke Zahlen Daten Fakten 2002, Abbildung 14 GKV-Ausgaben für Arzneimittel.

D. Verstoß des verbleibenden Fremdbesitzverbotes gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Art. 13 Nr. 2 bis 4, Art. 14 Nr.2 GMG-E)

1. Verfassungsmäßigkeit des bisherigen Fremd- und Mehrbesitzverbots

a) Die bisherige Regelung

Wie in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft ist der Apothekenbesitz auch in Deutschland reguliert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich ebenso wie die Gesetzgeber der weit überwiegenden Zahl der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft⁵⁸ dafür entschieden, mit dem Regulierungs- und Systemprinzip „Fremd- und Mehrbesitzverbot“ für ein Höchstmaß an Verantwortlichkeit und Bindung auf Seiten der Apotheke und für ein Höchstmaß an Sicherheit der Patienten im Bereich der Arzneimittelabgabe zu sorgen.

Das Fremd- und Mehrbesitzverbot besagt im einzelnen, dass Inhaber einer Apotheke nur ein Apotheker sein kann (Fremdbesitzverbot) und ein Apotheker jeweils nur eine Apotheke innehaben darf (Mehrbesitzverbot). Das Fremd- und Mehrbesitzverbot ergibt sich aus einem Zusammenspiel öffentlich-rechtlicher, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Normen des Apothekengesetzes, insbesondere der §§ 1 Abs. 2 und 3, 2 Abs. 1 Nr. 5, 3 Nr. 5, 7 Satz 1, 8, 9, 12 und 23 ApoG.⁵⁹

58 Vgl. dazu Bauer, Pharma-Länder-Dossiers, 2001, S. 16 ff.

59 Vgl. zum Fremd- und Mehrbesitzverbot allgemein Schiedermaier/Pieck, Apothekengesetz, 3. Auflage 1981, S. 103 ff., 106 ff.; Tisch, Das Verbot vom Fremd- und Mehrbesitz, PZ 1995, 103 ff.; Zuck/Lenz, Der Apotheker in seiner Apotheke, 1999, 3 ff.; Dettling, Zur Anwendung des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbesitzverbots bei Vertragsgeflechten, Apotheke und Recht 2001, 4 ff.

b) Sinn und Zweck des Fremd- und Mehrbesitzverbots (Berufsbild des Apothekers als freier Beruf und Heilberuf)

Das Fremd- und Mehrbesitzverbot steht in engem Zusammenhang mit dem Berufsbild des Apothekers als freier Beruf und als Heilberuf. Es gewährleistet die **persönliche Verantwortung** des Apothekers (§ 7 Satz 1 ApoG) und den Schutz der Bevölkerung auch aus haftungsrechtlicher Sicht im denkbar höchsten Maß. Konsequenz des Fremd- und Mehrbesitzverbotes ist, dass eine Apotheke nur in der Rechtsform eines Einzelunternehmens oder gemäß § 8 Satz 1 ApoG in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft oder OHG geführt werden darf. Diese Rechtsformen sind unweigerlich mit der **unbeschränkten persönlichen Haftung** des Apothekers gegenüber dem Patienten für alles, was in der Apotheke passiert, verbunden.

Das Fremd- und Mehrbesitzverbot gewährleistet ferner, dass der „Apotheker in seiner Apotheke“ und damit **dauerhaft in seinem Patientenkreis verwurzelt** bleibt, also lokal gebunden ist. Er soll nicht die Möglichkeit haben, heute hier, morgen dort seiner Tätigkeit nachzugehen, sondern täglich denselben Patienten am selben Standort zur Verfügung stehen und damit permanent und unausweichlich mit den Folgen seines Handelns innerhalb und außerhalb seines Dienstes konfrontiert sein. Die unbeschränkte persönliche Haftung des Apothekers und die permanente und unausweichliche persönliche Verfügbarkeit und Ansprechbarkeit für die Patienten führen **sowohl wirtschaftlich als auch psychologisch zu einem Höchstmaß an Verantwortlichkeit** des Apothekers.

Das Fremd- und Mehrbesitzverbot ist damit geeignet, ein Höchstmaß an persönlicher Sorgfalt bei der Ausübung der pharmazeutischen Tätigkeiten einschließlich der Leitung der Apotheke zu gewährleisten. Es ist darüber hinaus in besonderem Maße geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung in die ordnungsgemä-

ße Versorgung mit Arzneimitteln zu stärken. Die hohe Verantwortlichkeit und die lokale Bindung sind zugleich die Grundlage für das Vertrauen der Bevölkerung darauf, dass der Apotheker sich **nicht von Gewinnstreben beherrschen lässt, sondern seine Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnimmt.**⁶⁰

Die durch das Fremd- und Mehrbesitzverbot wirtschaftlich und psychologisch gewährleistete Verantwortlichkeit und Sorgfalt geht weit über das hinaus, was von einem angestellten Filialleiter einer Apothekenkette verlangt wird und verlangt werden kann. **Angestellte Apothekenleiter haften** in der Regel **nicht persönlich** für die Folgen einer schlechten Leitung der Apotheke. Soweit sie selbst gehandelt haben und einmal persönlich gegenüber einem Patienten wegen Verletzung dessen Gesundheit oder Körpers im Außenverhältnis haften sollten, sind sie im Innenverhältnis **aus arbeitsrechtlichen Gründen** von ihrem Arbeitgeber, also dem Ketteninhaber, in der Regel **freizustellen.**⁶¹

Angestellte Apothekenleiter haben sich auch nicht permanent und unausweichlich dem Patienten persönlich gegenüber zu verantworten. Sie können – anders als ein selbständiger Apotheker – ihr Anstellungsverhältnis **von heute auf morgen** kündigen und **irgendwo anders neu tätig** sein.

Es liegt auf der Hand, dass unter diesen Umständen bei der Leitung einer Apothekenfiliale durch einen Angestellten von einem erheblich niedrigeren Niveau an Sorgfalt und Verantwortung ausgegangen werden muss, als wenn die Apotheke unter der persönlichen Leitung eines voll verantwortlichen Eigentümers

60 Vgl. zum Gesichtspunkt des Vertrauens der Bevölkerung BVerfGE 94, 372, 391.

61 Vgl. zum Ausschluss der Haftung von Arbeitnehmern bei leichter Fahrlässigkeit und zum Freistellungsanspruch von Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber im Falle einer Inanspruchnahme durch Dritte etwa Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 13 ff., 26 zu § 619a BGB .

steht.⁶² Das Fremd- und Mehrbesitzverbot ist damit auch erforderlich, um ein Höchstmaß an Sorgfalt und Verantwortlichkeit bei der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten.

c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit

Das Fremd- und Mehrbesitzverbot ist deshalb verfassungsgemäß. In seiner Entscheidung vom 13.02.1964 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Verantwortlichkeit des selbständigen Apothekers wegen seiner öffentlichen Aufgaben gegenüber dem Käufer, der selbst mangels Fachkunde die Güte und Richtigkeit der abgegebenen Medikamente nicht prüfen kann, erheblich gesteigert ist. Den Apotheker trifft die öffentlich-rechtliche Verantwortung dafür, dass die abgegebenen Waren der ärztlichen Verordnung entsprechen. Zugleich hat er zur Gegenkontrolle des Arztes die Einhaltung der Vorschriften über die Maximaldosis zu überwachen. Das Betäubungsmittelrecht weist ihm eine wichtige Mitwirkung bei der Kontrolle des Verbrauchs von Betäubungsmitteln zu. Schließlich hat er im Rahmen des Möglichen durch geeignete Beratung des Kunden dem Arzneimittelmissbrauch entgegenzuwirken. Die Erfüllung dieser für die Volksgesundheit wichtigen öffentlichen Aufgaben halte der Gesetzgeber am besten dann für gewährleistet, wenn die allseitige Verantwortung für den Betrieb der Apotheke in einer Hand liegt, wenn also dem ausgebildeten Apotheker, der für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben einzustehen hat, auch das Eigentum an der Apotheke zusteht. Der Gesetzgeber wolle es vermeiden, dass die Erfüllung der mit dem Betrieb einer Apothe-

62 Von einem niedrigeren Sorgfaltsniveau bei der Leitung durch Angestellte geht auch das Bundesverfassungsgericht aus, vgl. dazu Gemmer/Helios, Apothekenrechtliches Mehr- und Fremdbesitzverbot, Apotheke und Recht 2002, 140.

ke verbundenen öffentlichen Aufgaben und das privatrechtliche Eigentum und der Besitz an dem Apothekenbetrieb auseinanderfallen. Danach sei das Leitbild des Gesetzgebers der „Apotheker in seiner Apotheke“.⁶³

Dieses Leitbild trägt der Wertordnung des Grundgesetzes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch mehr Rechnung als andere mögliche Gestaltungen. Die Erwägung, die Arzneimittelversorgung in die Hand eines freien, selbständigen Apothekers zu legen, wird dem Grundgedanken der Berufsfreiheit und der Freiheit des Einzelnen zu seiner wirtschaftlichen Entfaltung in besonderem Maße gerecht. Sie entspricht ferner dem allgemein gebilligten wirtschaftspolitischen Ziel der Förderung des Mittelstandes. Bei einer auch nur grundsätzlichen Zulassung des Mehrbetriebs ist die Gefahr einer allmählich sich bildenden Konzentration im Apothekenwesen nicht auszuschließen. Hierdurch würde der freiberufliche Charakter des Apothekerstandes gefährdet. Der selbständige Apotheker würde mehr und mehr zurückgedrängt und die Schicht der angestellten Apotheker wachsen.⁶⁴

d) Unveränderte Gültigkeit

Diese Ausführungen haben auch heute noch Gültigkeit. Auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bringt es die Eigenart des Berufs des selbständigen Apothekers mit sich, dass bei ihm die Züge eines freien Berufs überwiegen. Ihm sind Dienste höherer Art aufgetragen, hinter die das Streben nach Gewinn, wie es sonst der gewerblichen Wirtschaft eigen ist, zurücktritt. Die Bevölkerung soll darauf vertrauen dür-

63 Vgl. BVerfGE 17, 232, 239 f., 245.

64 Vgl. BVerfGE 17, 232, 242 f.

fen, dass der Apotheker – obwohl auch Gewerbetreibender – sich nicht von Gewinnstreben beherrschen lässt, sondern seine Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnimmt. In diesem Sinn sollen beispielsweise die Werbeverbote dem Arzneimittelfehlgebrauch entgegenwirken und die ordnungsgemäße Berufsausübung stärken.⁶⁵

Entsprechend führte Frau Bundesverfassungsrichterin Renate Jaeger in ihrem Vortrag „Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit“⁶⁶ im Jahre 2000 aus:

„Die freiberuflich Tätigen sollen die Integrität des Beamten, also Sachlichkeitsstreben und Verantwortlichkeit für das Gemeinwohl, verbinden mit Initiative, Selbständigkeit und Beweglichkeit des Unternehmers. Die Abhängigkeit vom Klienten sollte gepaart sein mit innerer Freiheit. Gewährleistet wird das durch ein System staatlicher und ständischer Regularien: hohe Leistungsanforderungen, hohe Berufsethik, Standesgerichtsbarkeit und Gebührenrecht...“

2. Die vorgesehene Zulassung des Mehrbesitzes

Nach § 2 Abs. 4 und 5 ApoG i.d.F.d. Art. 13 Nr. 2 GMG-Entwurfes soll es nunmehr für Apotheker möglich sein, eine unbegrenzte Zahl von Apotheken zu betreiben. Voraussetzung ist nur, dass er eine der Apotheken, die sog. „Hauptapotheke“, persönlich führt und für jede weitere A-

65 Vgl. BVerfGE 94, 372 (391). Das Fremd- und Mehrbesitzverbot ist deshalb auch nach der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur verfassungsgemäß, vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2001, Art. 12 GG Rn. 328; Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 12 GG Rn. 134; Zuck/Lenz, Der Apotheker in seiner Apotheke, 1999, S. 78 ff.; Starck, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbesitzverbotes mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, 1999, S. 22, 26. Für Manssen sind demgegenüber ausreichende Gründe des Gemeinwohls zur Rechtfertigung des Fremd- und Mehrbesitzverbotes „nicht ersichtlich“, vgl. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Band I, 1999, Art. 12 GG Rn. 181. Diese Auffassung verkennt jedoch den Zusammenhang von persönlicher Verantwortung, Versorgungsqualität und Vertrauen der Bevölkerung in eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung.

66 AnwBl 2000, 475, 476.

potheke, die sog. „Nebenapotheken“, einen Verantwortlichen benennt, der die Verpflichtungen erfüllt, wie sie in dem Apothekengesetz und in der Apothekenbetriebsordnung für Apothekenleiter festgelegt sind.

Obwohl sich dies aus dem Entwurf nicht hinreichend deutlich ergibt, ist davon auszugehen, dass es sich bei den Verantwortlichen um (angestellte) Apotheker handeln muss. Mit der Pflicht zur Benennung eines Verantwortlichen will der Entwurf ausweislich der Begründung das Sicherheitsniveau gewährleisten, das das Gesetz mit den für den Leiter einer einzelnen öffentlichen Apotheke geltenden Regelungen verfolgt.

Welchen Zweck der Entwurf mit der Zulassung des Mehrbesitzes verfolgt, ist in der Begründung nicht gesagt. Es wird nur darauf hingewiesen, dass die Regelung den Fremdbesitz verhindern soll. Aus welchen Gründen der Fremdbesitz verhindert werden soll, wird ebenfalls nicht erläutert.

3. Grundrechtswidrigkeit des verbleibenden Fremdbesitzverbotes

a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

Das bislang strikte Fremd- und Mehrbesitzverbot ist wie gesehen eine zulässige Berufsausübungsregelung für Apotheker und eine gerechtfertigte Berufswahlregelung für Nicht-Apotheker. Das verbleibende Fremdbesitzverbot stellt weiterhin eine Berufswahlregelung für Nicht-Apotheker dar, weil es Nicht-Apothekern den Betrieb von Apotheken(ketten) untersagt.

b) Verletzung des Grundrechts auf freie Berufswahl

Im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Widerspruchsfreiheit und Schlüssigkeit ge-

setzlicher Wertungen⁶⁷ ist zu prüfen, ob die Berufswahlbeschränkung für Nicht-Apotheker nach der Zulassung eines unbegrenzten Mehrbesitzes noch als gerechtfertigt angesehen werden kann.

Dafür wäre erforderlich, dass die bislang für das Fremd- und Mehrbesitzverbot angeführten Gesichtspunkte jedenfalls für Apothekenketten ohne Apotheker als Inhaber weiterhin Gültigkeit haben. Sie dürften diese Gültigkeit insbesondere nicht dadurch einbüßen, dass der Gesetzgeber gleichzeitig bei Apothekern für die Zulassung von Apothekenketten mit einer unbegrenzten Zahl entschieden hat. Auch hier geht es im Kern also wieder um die Frage, ob die bislang aufgrund einer schlüssigen und widerspruchsfreien Regelung gegebene Anforderlichkeit im Sinne der zweiten Stufe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Aufweichung „überleben“ kann oder über die Figur des „Verrats“ des Gesetzgebers an der eigenen Regel der Verfassungswidrigkeit anheim fällt.

Maßgeblich ist dafür, ob die Aufweichung des Fremd- und Mehrbesitzverbots durch den GMG-Entwurf regelkonform oder regel-durchbrechend erfolgt. Regelkonform wären Ausnahmen vom Fremd- und Mehrbesitzverbot dann, wenn sie dessen „Regelungsphilosophie“ unangetastet ließen und sich auf nachvollziehbare und in ihrem Umfang bagatellartige Fälle beschränkten. Regelkonform in diesem Sinne ist etwa die Möglichkeit, nach § 13 ApoG eine Apotheke nach dem Tod des Inhabers auf Antrag noch für höchstens 12 Monate von einem angestellten Verwalter leiten zu lassen, um die – auch den Interessen der Patienten zuwiderlaufende – plötzliche Schließung der Apotheke zu vermeiden. Als regelkonform könnte man auch noch eine beschränkte Ausnahme vom Mehrbesitzverbot bezeichnen, die es einem A-

⁶⁷ Vgl. BVerfG, BVerfGE 103, 1, 10 – Singularzulassung; BVerfG, NJW 2003, 1027 – Impfstoffversand an Ärzte.

potheker erlaubt, neben seiner einen Apotheke noch eine zweite Apotheke zu führen, die räumlich so nahe bei der ersten liegt, dass er täglich in beiden Apotheken die persönliche Leitung ausüben und wahrnehmen kann.

Im Vergleich dazu stellt sich die Zulassung von Apothekenketten mit einer unbeschränkten Zahl von Apotheken ohne jegliche räumliche Beschränkung qualitativ anders dar. Das beginnt schon damit, dass nicht an persönliche oder sachliche Umstände angeknüpft wird, die eine Ausnahme vom Mehrbesitzverbot begründen können. Es geht weiter mit der räumlichen Verteilung, die überhaupt nicht reguliert ist. Die Kette kann aus Hunderten oder Tausenden von Apotheken in Berlin, Hamburg, Düsseldorf, Frankfurt, Stuttgart, München, Leipzig, etc. bestehen.

Die persönliche Überwachung der Apotheke durch den Inhaber, die persönliche Verwurzelung des Inhabers in seinem Patientenkreis, der freiberufliche Charakter der Apothekenleitung und das damit verbundene Höchstmaß an Sorgfalt bei der Leitung der Apotheke stellen für den GMG-Entwurf danach keine wesentlichen Gesichtspunkt mehr dar. Im Gegenteil Mit der „Käfig-Regelung“ des § 2 Abs. 5 Nr. 1 ApoG i.d.F.d. GMG-Entwurfes, die den Betreiber zwingt, eine der Apotheken persönlich, d.h. i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 1 ApBetrO unter permanenter persönlicher Anwesenheit⁶⁸ zu führen, macht eine Überwachung der angestellten Filialleiter durch den Inhaber von vornherein unmöglich. Darüber hinaus dokumentiert der Gesetzgeber mit der Regelung des § 2 Abs. 5 Nr. 2 ApoG i.d.F.d. GMG-Entwurfs, dass aus seiner Sicht die Sorgfalt eines Angestellten für die Leitung einer Apotheke ausreichend ist.

68 Vgl. dazu auch BVerfG, DAZ 1971, 1681, 1688.

Daran zeigt sich, dass der GMG-Entwurf mit der bisherigen Philosophie des Fremd- und Mehrbesitzverbotes vollständig bricht. Es sollen **nicht mehr die Züge des freien Berufs überwiegen⁶⁹, die Apotheke soll vielmehr zur x-beliebigen Verkaufsfiliale werden. Der heilberufliche Charakter des Apothekerberufs, von dem sämtliche Kammer- und Heilberufegesetze der Länder noch ausgehen, wird zugunsten des Leitbilds des austauschbaren Warenhändlers aufgegeben.** Auf das Erfordernis der lokalen Verwurzelung und der persönlichen Haftung des Apothekenleiters im Interesse eines Höchstmaßes an Sorgfalt bei der Leitung von Apotheken wird verzichtet. Durch die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, unbeschränkt viele Apotheken zu betreiben, rückt das Gewinnstreben in den Vordergrund und das Gesundheitsinteresse des Patienten in den Hintergrund. **Das Vertrauen der Bevölkerung, dass sich der Apotheker nicht vom Gewinnstreben beherrschen lässt, ist nach dem GMG-Entwurf unmaßgeblich.** Möglichst viel Umsatz statt möglichst viel Gesundheit werden als Unternehmensziele für Apotheker salonfähig, **das Risiko des Arzneimittelfehl- und -mehrgebrauchs aufgrund einer solchen Kommerzialisierung des Arzneimittelversorgung wird vom Gesetzgeber offenkundig in Kauf genommen.**

Wenn dem aber so ist, ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb der Betreiber einer Apothekenkette noch Apotheker sein und eine der Apotheken persönlich betreiben soll.⁷⁰ Das neue Leitbild des Arzneimittelleinzelhandelskonzerns, das dem GMG-Entwurf offenkundig vorschwebt, erfordert ihm in

69 Vgl. dazu BVerfGE, 17, 232, 239.

70 Dies wird übersehen von Taupitz, nach dessen Auffassung das Fremd- und Mehrbesitzverbot verfassungswidrig sein soll, soweit es auch für Apotheker gilt, vgl. Taupitz, Das apothekenrechtliche Verbot des „Fremd- und Mehrbesitzes“ aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht, 1998, S. 36 ff., 66 f., 69 ff., 74 f.; Taupitz/Schelling, NJW 1999, 1751.

keiner Hinsicht. Der GMG-Entwurf kann deshalb auch keine Begründung für die Beibehaltung des Fremdbesitzverbotes nennen.

4. Ergebnis

Im Hinblick auf den vom Gesetzgeber selbst herbeigeführten Leit- und Berufsbildwechsel vom voll verantwortlichen, lokal verwurzelten frei- und heilberuflichen Apothekenleiter zum beschränkt haftenden, mobilen, angestellten Apothekenfilialeiter kann das Fremdbesitzverbot unter keinem Gesichtspunkt mehr als erforderlich angesehen werden. Die Folge ist, dass die nach dem GMG-Entwurf noch verbleibende Beschränkung des Apotheken(ketten)besitzes auf Apotheker eine verfassungsrechtlich unzulässige Berufswahlregelung darstellt. Jedenfalls mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts kann damit jeder Nicht-Apotheker künftig Apotheken(ketten) betreiben.⁷¹

E. Gesamtergebnis

1. Der GMG-Entwurf gestaltet das System der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln vollständig um, indem er Versandapotheken zulässt und gleichzeitig in einem Maß privilegiert, dass Präsenzapotheken künftig neben Versandapotheken nur noch in sehr geringen Zahl existenzfähig sind. Damit wird die Versorgung mit Arzneimitteln durch Versandapotheken zum System und entfällt das Rückgrat der Infrastruktur für eine flächendeckende, sichere und rechtzeitige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln.

Ein Ausgleich durch die Versandapotheken ist nicht möglich, weil sie lange Lieferzeiten haben (von der Ausstellung des Rezepts bis zur Lie-

71 Vgl. zum ganzen auch Dettling/Lenz, Arzneimittelvertrieb, S. 193 ff.

ferung mindestens 4 Kalendertage), nicht zu einer entsprechenden Bevorratung verpflichtet sind, die Belieferung von Rezepten ablehnen können und zu einer flächendeckenden Dienstbereitschaft weder in der Lage noch verpflichtet sind.

Mit den Präsenzapotheken schafft der GMG-Entwurf damit gleichzeitig die flächendeckende, sichere und rechtzeitige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln ab. Er verletzt damit die Grundrechte der Patienten auf Schutz des Lebens und der Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und den daraus in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten, grundrechtlichen Anspruch der Patienten auf ein ausreichendes System zur Versorgung mit Arzneimitteln.

Er verletzt ferner den Anspruch der gesetzlich Versicherten aus Art. 14 Abs. 1 GG auf ein Gesundheitssystem, das vermeidbare Gesundheitsgefährdungen vermeidet. Er verletzt schließlich die durch Art. 12 Abs. 2 GG geschützte Berufs(wahl)freiheit der ohne hinreichende Rechtfertigung vom Gesetzgeber benachteiligten Inhaber von Präsenzapotheken.

2. Der GMG-Entwurf lässt darüber hinaus den grenzüberschreitenden Versand apotheken- und verschreibungspflichtiger Arzneimittel zu, ohne gleichzeitig – anders als beim Versand durch Apotheken mit Sitz in Deutschland – für eine effiziente behördliche Überwachung des grenzüberschreitenden Versandes Sorge zu tragen. Da durch den grenzüberschreitenden Versand apotheken- und verschreibungspflichtiger Arzneimittel das Leben als Rechtsgut von höchstem Rang gefährdet sein kann, wäre der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Schaffung eines vertretbaren Schutzkonzepts verpflichtet, das auch eine effiziente behördliche Überwachung des grenzüberschreitenden Versandes einschließt. Da der GMG-Entwurf ein solches Schutzkonzept nicht enthält, verletzt er auch insoweit das Grundrecht der Patienten auf Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG.

3. Die vom GMG-Entwurf vorgesehene Umgestaltung der Arzneimittelpreisverordnung führt zu einer Verfassungswidrigkeit der Arzneimittelpreisverordnung insgesamt. Der GMG-Entwurf enthält weder die erforderliche Prognose hinsichtlich der Auswirkungen der von ihm vorgesehenen Änderungen noch Anhaltspunkte für die damit noch verfolgten Regulierungsziele.

Soweit Spannen im Interesse von Kosteneinsparungen für die gesetzliche Krankenversicherung gekürzt werden sollen, ist dies auch nicht erforderlich, weil als vorrangiges, milderer und weit effizienteres Mittel die Beseitigung versicherungsfremder Leistungen verfassungsrechtlich zwingend geboten ist. Die vom GMG-Entwurf selbst als solche anerkannten versicherungsfremden Leistungen in Höhe vieler Milliarden Euro stellen eine zweckwidrige und damit missbräuchliche Verwendung anvertrauter, fremder Mitteln dar, die als solche gegen die Grundrechte der Versicherten aus Art. 14 Abs. 1 GG verstößt.

Schließlich ist die vorgesehene, preisliche Privilegierung von Versand- und Kassenapotheken im Hinblick auf die fehlende Wettbewerbsneutralität für die dadurch benachteiligten Inhaber von Präsenzapotheken unzumutbar. Im Ergebnis verletzt die Arzneimittelpreisverordnung in der Form des GMG-Entwurfs somit in Gänze die Grundrechte der betroffenen Inhaber von (Präsenz-)Apotheken und der betroffenen Arzneimittelgroßhändler auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

4. Das bisherige strenge Fremd- und Mehrbesitzverbot, nach dem Betreiber einer Apotheke nur ein Apotheker sein darf und jeder Apotheker nur eine Apotheke betreiben darf, demzufolge jeder Apothekenleiter persönlich haften sowie durch die Bindung an die Apotheke in seinem Patientenkreis verwurzelt sein muss und das zu einem Höchstmaß an Sorgfalt und Verantwortlichkeit bei der Leitung von Apotheken führt, ist in sich schlüssig und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsgemäß. Dies ist nach der ganz herrschenden Meinung in der Literatur auch heute noch der Fall.

Mit der Aufhebung des Mehrbesitzverbots ändert der GMG-Entwurf jedoch das Berufsbild des Apothekers weg von dem eines freien Berufs und Heilberufs hin zum Beruf eines schlichten Einzelhändlers mit möglichst vielen Filialen. Der GMG-Entwurf lässt dazu die Bildung von Apothekenketten mit räumlich und zahlenmäßig unbeschränkt vielen Filialen zu. Er erklärt es für ausreichend, wenn die einzelnen Filialen von angestellten Apothekern geleitet werden, die nicht persönlich haften, von ihrem Arbeitgeber bei Fehlern in aller Regel freigestellt werden müssen und jederzeit den Ort ihrer Tätigkeit wechseln können. Apotheken unterscheiden sich damit nicht mehr von Verkaufsstellen für sonstige Waren. Der GMG-Entwurf ermöglicht es so, dass das Gewinnstreben anstelle des Gesundheitsinteresses der Patienten in den Vordergrund rückt, und nimmt die damit verbundenen Risiken eines Fehl- und Mehrgebrauchs von Arzneimitteln in Kauf.

Wenn dem so ist, wenn insbesondere die Leitung von Apothekenfilialen durch angestellte Apotheker aus Sicht des Gesetzgebers ausreichend ist, ist kein legitimer Grund mehr für die Beschränkung des Rechts zum Betrieb von Apotheken(ketten) auf Apotheker erkennbar. Das nach dem GMG-Entwurf noch verbleibende Fremdbesitzverbot wird durch die Aufhebung des Mehrbesitzverbots deshalb unschlüssig, widersprüchlich und somit verfassungswidrig. Eine Rechtfertigung für die damit verbundene Beschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufswahlfreiheit von Nicht-Apothekern besteht nicht mehr. Wird der GMG-Entwurf so Gesetz, werden künftig also auch Apothekenketten in der Hand von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland oder im EG- oder EWR-Ausland ohne jeglichen Bezug zum Patienten zulässig sein.