

Ergänzende rechtliche Stellungnahme zur geplanten Änderung des § 2 AMPreisV

(auf der Grundlage des sich in der Ressortabstimmung befindlichen Kabinettsentwurfs eines Gesetzes für eine Apothekenhonorar- und Apothekenstrukturreform (Apotheken-Reformgesetz – ApoRG)) (Stand: 15.07.2024)

Der PHAGRO Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. hat mich gebeten, in Ergänzung meines rechtlichen Kurzgutachtens vom 03.07.2024¹ zum geänderten Vorschlag einer Neufassung des § 2 AMPreisV (Stand: 15.07.2024) Stellung zu nehmen. Im Ergebnis steht fest: Auch der nunmehr vorgelegte § 2 AMPreisV ist verfassungswidrig.

- (1) Zunächst sind die Bedenken im Hinblick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Rechtliches Kurzgutachten, S. 23 ff.) nicht ausgeräumt. Der Regelungsgehalt des jetzt vorgelegten § 2 Abs. 1 Satz 4 AMPreisV ist immer noch so unklar, dass das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verletzt wird. Dies gilt schon hinsichtlich der in § 2 Abs. 1 Satz 4 geregelten Abweichung von Satz 1 Hs. 2, weil von der dort enthaltenen „Darf“-Regelung für den Zuschlag des Großhandels durch einen Skonto nicht abgewichen wird. Dafür verantwortlich ist die vom Gesetzgeber bewusst unklar gehaltene Einführung von „handelsüblichen“ Skonti, der keine Preisuntergrenze mehr vorsieht. Die Auffächerung in „echte“ und „unechte Skonti“ durch die Begründung verwischt die Grenzen des Zulässigen zusätzlich. Der neue und bislang im Arzneimittelpreisrecht unbekanntes Begriff der „Handelsüblichkeit“ (Rechtliches Kurzgutachten, S. 16 f.) zwingt die pharmazeutischen Großhändler in eine nicht mehr plan- und kalkulierbaren Wettbewerbssituation. Das verletzt ihre Berufsfreiheit, weil es mit dem Übermaßverbot nicht vereinbar ist.
- (2) Ferner ist immer noch offen, was der legitime Zweck der geplanten Neuregelung ist. Die Stärkung der Ertragssituation von Apotheken ist für sich betrachtet kein legitimer Zweck, denn grundsätzlich darf der Staat den Markterfolg einzelner Unternehmenszweige nicht gezielt verbessern. Das verbietet die Berufsfreiheit als Wettbewerbsfreiheit, die den Staat grundsätzlich zu wettbewerbsneutraler Regulierung verpflichtet. Dass gerade die Bevorzugung der Apotheken, und zwar ausgerechnet auf Kosten des Großhandels, der die Lieferfähigkeit der Apotheken sicherstellt, für den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens generell oder der GKV im Besonderen geboten sein sollte, ist im Übrigen

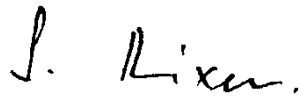
¹ <https://www.phagro.de/app/uploads/2024/07/ApoRG-RefE-%C2%A7-2-AMPreisV-Verfassungsrechtliches-Gutachten-PHAGRO.pdf>

nicht ersichtlich und wird vom Gesetzgeber auch nicht behauptet, denn es lässt sich nicht tragfähig belegen.

- (3) Letztlich wird der vollversorgende pharmazeutische Großhandel zur Verbesserung des Betriebsergebnisses der Apotheken in Dienst genommen werden. Der Gesetzgeber stützt sich hierbei auf bloße Behauptungen, die nicht einmal im Ansatz einen substantiierten Bezug zur realen Markt- bzw. Wettbewerbslage erkennen lassen. Denn er erläutert nicht, ob bzw. inwieweit die behaupteten, bei den vollversorgenden pharmazeutischen Großhändlern zu hebenden „Effizienzreserven“ überhaupt existieren. Der Gesetzgeber installiert letztlich eine Art Gewinnabschöpfung, ohne dass es darauf ankommt, ob überhaupt etwas vorhanden ist, das abgeschöpft werden könnte. Auch diese belastende Maßnahme ohne jeden Realitätsbezug verletzt die Berufsfreiheit der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler.
- (4) Obwohl in der Begründung weiterhin behauptet wird, eine Rabattierung des in Satz 1 erster Halbsatz genannten Festzuschlags in Höhe von 73 Cent sei nicht möglich, soll der neu eingefügte Satz nunmehr die zwingende Mindestpreisfunktion des ersten Halbsatzes im Ergebnis außer Kraft setzen. Der besondere öffentliche Auftrag der vollversorgenden pharmazeutischen Großhändler wird hierbei bewusst ausgeblendet. Zur Sicherstellung der Versorgung durch den vollversorgenden Großhandel heißt es in der Begründung zum neuen § 2 AMPreisV, dass die den vollversorgenden pharmazeutischen Großhandlungen nach § 52b Abs. 3 AMG obliegende bedarfsgerechte und kontinuierliche Belieferung der Apotheken auch weiterhin erfolgen „kann“. Wieso das so sein *kann* – nicht muss (im Entwurf heißt es nicht: „... *wird* ... auch weiterhin erfolgen.“) –, bleibt unklar. „Kann“ ist im Übrigen angesichts des Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Patientinnen und Patienten (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), um die es ja letztlich geht, deutlich zu wenig, denn der Gesetzgeber schließt nicht aus, dass die Belieferung der Apotheken *nicht* erfolgen kann. Wegen des Bezugs zu Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. § 52b AMG gelten deutlich strengere Anforderungen als sonst bei Eingriffen in die Berufsfreiheit.
- (5) Und schließlich: Der geplante § 2 AMPreisV destabilisiert nicht „nur“ die Stellung der Großhändler im Wettbewerb. Die Vorschrift verteilt zugleich pharmakotherapeutische Gesundungschancen ins Blaue hinein, und zwar auf Kosten kranker Menschen, die nicht sicher sein können, dass die Arzneimittelversorgung auf Dauer wirklich funktioniert, weil der vollversorgende pharmazeutische Großhandel in einen Dumping-Wettbewerb hineingezwungen werden soll. Auf diese Negativfolgen seiner Regelung geht der Gesetzgeber nach wie vor nicht ein. Er nimmt mit seiner Regelung also in Kauf, dass nicht nur die ökonomische Handlungsfähigkeit des vollversorgenden pharmazeutischen Großhandels irreversibel beschädigt wird, sondern zugleich auch die Gesundheit von kranken Menschen

gefährdet wird, weil ohne einen ökonomisch handlungsfähigen Großhandel die verlässliche Arzneimittelversorgung und damit der Gesundheitsschutz kranker Menschen nicht mehr gewährleistet ist. Mit anderen Worten: Wer den vollversorgenden pharmazeutischen Großhandel in einen entscherten Wettbewerb treibt, macht dies um den Preis der Verunsicherung kranker Menschen, die nunmehr um den Zugang zu oft lebenswichtigen Arzneimitteln fürchten müssen.

Köln, den 23.07.2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Rixen'.

Prof. Dr. Stephan Rixen