

Großhandel bedarf wie der Apotheker der Erlaubnis und unterliegt wie der Apotheker bei der Preisbildung der Arzneimittelpreisverordnung. Vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung vom 19.05.2009 wird man Mindestanforderungen an die Höhe der Beteiligung der oder des Apotheker/s stellen müssen. Da aber der Apotheker in dieser Konstellation selbst auch Gesellschafter ist, lassen sich die Argumente gegen den Fremdbesitz insoweit ebenso wenig halten, wie bei einer allein aus Apothekern bestehenden GmbH. Deshalb wäre ein Verbot der Niederlassung einer GmbH bestehend aus einem Apotheker und einem Großhändler wohl nicht mit den Argumenten des EuGH zu rechtfertigen.

IV. Schlussfolgerung

Die pauschale Bestätigung des Fremdbesitzverbotes stellt für die Apotheker nur die Festschreibung der eingangs beschriebenen Situation dar. Er bleibt dem Wettbewerbsdruck ausgesetzt, ohne weitere Möglichkeiten zur Stärkung seiner Position zu erhalten.

Der Apotheker als Einzelkaufmann generiert teilweise hohe Umsätze und haftet gegenüber einem anderen Unternehmen stets in vollem Umfange persönlich. Er ist nicht in der Lage, eine GmbH zu gründen, mit der sich daraus ergebenden Risikobeschränkung und der damit verbundenen Beweglichkeit am Markt. Der Apotheker wird gehindert, Effizienzvorteile, die zwischen Apotheken und Apotheken und Großhändlern bestehen, zu seinen Gunsten und zum Vorteil seiner Kunden zu nutzen. Gerade das mit dem Fremdbesitzverbot verbundene Verbot des Betriebs einer GmbH, § 8 ApoG, behindert die Apotheken, ihre Wettbewerbsposition zu stärken²⁶. Zwar ist den Apothekern die

Zusammenarbeit in einer BGB-Gesellschaft oder einer offenen Handelsgesellschaft gestattet. Die Personengesellschaften sind aber kaum geeignet, dem eingangs beschriebenen Wettbewerbsdruck standzuhalten. Vor allem der Vorteil der Haftungsbegrenzung und eindeutiger Vertretungsverhältnisse nach außen fehlt.

Die GmbH hat klare Strukturen, ist in erheblichem Maße transparent, was erforderlichem Vertrauen eher zuträglich als abträglich sein kann. Die BGB-Gesellschaft und die offene Handelsgesellschaft sind nicht zur Gründung von Tochterunternehmen geeignet. Es nicht ersichtlich, warum es Apothekern verwehrt sein soll, sich im Wettbewerb den teilweise branchenfremden Betreibern von Franchisesystemen mit eigenen, von ihnen selbst betriebenen sogenannten Apothekenketten oder eigenen Gesellschaften für angrenzende Leistungen und Produkte entgegenzustellen.

Das Fremdbesitzverbot sollte nun, nach dem EuGH-Urteil, sachlich und unter Einbeziehung wettbewerblicher und wettbewerbsrechtlicher Aspekte neu im Sinne der Apotheker diskutiert werden.

26 s. auch *Monopolkommission*, XVI. Hauptgutachten 2004/2005, Nr. 169, S. 55.

Anschrift der Verfasserin:

Dr. Nadja Kaeding
Wiss. Mit. Ass. iur.
Freie Universität Berlin
Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
Boltzmannstraße 3
14195 Berlin
E-Mail: n.kaeding@gmx.de

Die Beeinflussung von Apothekern durch die Industrie – ein Fall für § 299 StGB?

Dr. Olaf Eggerts und Dr. Mathias Klümper

1. Diskussionsstand

Die Zusammenarbeit zwischen Fachkreisangehörigen und Unternehmen der pharmazeutischen Industrie ist regelmäßig Gegenstand der gesellschaftlichen und juristischen Diskussion.

Während im Bereich der Klinikärzte, die an öffentlichen medizinischen Einrichtungen angestellt oder beamtet sind, die Diskussion um die Strafbarkeit nach den Korruptionsdelikten seit einigen Jahren im Wesentlichen geklärt und aus diesem Grunde mehr oder weniger verstummt ist, flammte sie im Bereich der niedergelassenen Ärzte vor einiger Zeit auf. Auftakt zu dieser Diskussion war ein Aufsatz

von *Pragal*¹, der in der Folgezeit eine ganze Reihe von Abhandlungen² über die mögliche Strafbarkeit niedergelassener Ärzte im Rahmen von § 299 StGB nach sich zog. Die von *Pragal* aufgeworfene und als eher akademische zu bezeichnende These, niedergelassene Ärzte seien „Beauftragte“ der gesetzlichen Krankenversicherungen i.S.d. § 299 StGB musste sich bisher noch keiner praktischen Feuerprobe stellen. Gerichtliche Entscheidungen zur Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Ärzte sind

- 1 *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.
- 2 *Neupert*, NJW 2006, 2811 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12 ff.; *Reese*, PharmR 2006, 92 ff.; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10 ff.; *Geis*, wistra 2007, 361 ff.; *Badle*, NJW 2008, 1028 ff.

seit der Veröffentlichung dieser These nicht ergangen. Richtungsweisend ist in diesem Zusammenhang eine Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Ulm³ zu Bestechungsvorwürfen gegen einen Generikahersteller. In dieser Pressemitteilung führt die StA aus, dass eine Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Ärzte ihrer Ansicht nach nicht in Betracht kommt.

Bei der Diskussion um die strafrechtliche Handhabung von unlauteren Zusammenarbeiten der pharmazeutischen Industrie mit Fachkreisangehörigen, die keine Amtsträger sind, wird im Wesentlichen auf die niedergelassenen Ärzte eingegangen.

Die jedoch nicht unbeachtliche Anzahl von Apothekern⁴ in öffentlichen Apotheken wird dabei meist nicht mit der nötigen Aufmerksamkeit beachtet.⁵ Dabei geschieht dies zu unrecht, da die Apotheker eine entscheidende und gesetzlich festgelegte Rolle bei der Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherungen mit Arzneimitteln spielen.

Dieser Beitrag möchte etwas mehr Licht in das juristische Dunkel um die mögliche Strafbarkeit der Apotheker in öffentlichen Apotheken bringen und dieses Feld genauer untersuchen.

2. Einbindung der Apotheker in die Versorgung der Versicherten

a. Sachleistungsprinzip der GKV

Das Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V)⁶ ist das tragende Strukturprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Der Versicherte in der GKV erhält Sachleistungen ohne dafür direkt in Vorleistung gegenüber dem Leistungserbringer treten zu müssen. Die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, d. h. die Krankenkassen, können ihre Verpflichtungen aus diesem Sachleistungsprinzip jedoch nicht selbst erfüllen. Dazu werden Verträge zwischen den Krankenversicherungen und den Leistungserbringern, z. B. Krankenhäuser, Vertragsärzte, Apotheken oder Sanitätshäuser geschlossen. Diese Verträge regeln die Versorgung der jeweiligen Versicherten im Fall der Leistungsanspruchnahme. Die Vergütung der Versorgungsleistungen, wird durch Zahlungen der Krankenversicherungen an die Leistungserbringer (z. B. für stationäre Leistungen) direkt oder indirekt (z. B. für ambulante Leistungen) durch Zahlungen an die Kassenärztliche Vereinigung erbracht. Ausgenommen von diesem Vergütungsprinzip sind die Zuzahlungen, die direkt durch den Versicherten geleistet werden.

Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern sind im Grundsatz im vierten Kapitel (§§ 69 ff.) des SGB V geregelt. Dieses Kapitel regelt abschließend die Rechtsbeziehungen zu den unterschiedlichen Gruppen von Leistungserbringern.

b. Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V

Die öffentlichen Apotheken sind Leistungserbringer im Rahmen der Systems der gesetzlichen Krankenversicherung. Im sechsten Abschnitt sind die Leistungsbeziehungen

zu den Apotheken und pharmazeutischen Unternehmen geregelt. Gem. § 129 Abs. 1 SGB V erbringen die Apotheken die Leistung der Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte der GKV. Sie stellen somit die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln sicher und ermöglichen es den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung, einen Teil der Verschaffungspflicht im Rahmen des die gesetzliche Krankenversicherung prägenden Sachleistungsprinzips zu erfüllen.

§ 129 SGB V gibt dabei die Rahmenvorgaben⁷ für die Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte der GKV in Absatz 1 vor. Die näheren Einzelheiten für die Beziehung der Krankenkassen zu den Apotheken sind nicht im SGB V selbst geregelt, sondern finden sich in einem gem. § 129 Abs. 2 SGB V abzuschließenden Rahmenvertrag⁸. Dieser Rahmenvertrag gilt gem. § 129 Abs. 3 SGB V jedoch nur für solche Apotheken, die einem Mitgliedsverband der Spitzenorganisation angehören (d. h. dem Deutschen Apothekerverband e. V.) oder die dem Rahmenvertrag beigetreten sind.⁹ In der Praxis kann davon ausgegangen werden, dass alle öffentlichen Apotheken den Regelungen des Rahmenvertrages unterfallen.

c. Zustandekommen des Vertragsverhältnisses Apotheker – GKV

Mit Blick auf den Vergütungsanspruch des einzelnen Apothekers regelt § 3 Abs. 1 Satz 1 des Rahmenvertrages, dass ein solcher Anspruch der Apotheke gegenüber der Krankenkasse durch „*Annahme einer ordnungsgemäßen gültigen vertragsärztlichen Verordnung*“ entsteht.

Anders als bei den Vertragsärzten, bei denen eine gesonderte Zulassung zur Leistungserbringung gem. § 95 Abs. 3 SGB V erfolgt und die gleichzeitig zur Pflichtmitgliedschaft in einer der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen führt¹⁰, findet bei den Apothekern keine weiter gehende Einbindung in das System der GKV statt. Im Unterschied zu den Vertragsärzten, die neben der Approbation als grundsätzliche Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Be-

3 Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Ulm vom 26. Juni 2009 zum Stand des Ermittlungsverfahrens ratiopharm, abrufbar unter www.staatsanwaltschaft-ulm.de unter der Rubrik „Pressemitteilungen“.

4 Im Jahr 2006 gab es rund 56.000 Apotheker in Deutschland. Quelle: Statistisches Bundesamt.

5 Die Beiträge von Reese, PharmR 2006, 92ff. und Pragal/Apfel, A&R 2007, 10 ff. sprechen diese Gruppe von Fachkreisangehörigen zumindest an.

6 Neben dem Sachleistungsprinzip besteht seit dem 1. Januar 2004 für alle GKV Versicherten die möglich, zwischen dem Sachleistungsprinzip und dem Kostenerstattungsprinzip zu wählen. Dies war bisher den freiwilligen Mitgliedern sowie ihren nach § 10 SGB V versicherten Familienangehörigen vorbehalten.

7 Bei diesen Rahmenvorgaben handelt es sich um die Pflicht zur Abgabe des preisgünstigsten Arzneimittels, der Abgabe von Import-Arzneimitteln und der Abgabe von wirtschaftlichen Einzelmengen.

8 Der Rahmenvertrag wird in bestimmten Abständen erneuert. Aktuell ist der „*Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Absatz 2 SGB V in der Fassung vom 17. Januar 2008 zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Deutschen Apothekerverband e. V.*“ kurz: Rahmenvertrag nach § 128 Abs. 2 SGB V i. d. F. vom 17.01.2008.

9 Der Deutsche Apothekerverband führt gem. § 2 Abs. 3 des Rahmenvertrages ein Verzeichnis über die Apotheken, die unter § 129 Abs. 3 SGB V fallen.

10 Mehr zur Einbindung der Vertragsärzte in das System der GKV bei Klötzer, a. a. O. S. 14.

rufs noch eine Zulassung als Vertragsarzt beantragen müssen, ist die Beziehung zwischen den Apothekern und der GKV vielmehr durch einen Rahmenvertrag geregelt, der sicherstellt, dass die Versicherten der GKV mit Arzneimitteln über die Apotheken versorgt werden.

3. Abgabe von Arzneimitteln durch die Apotheker

In der Praxis gibt es neben der Zusammenarbeit zwischen Pharmaunternehmen und niedergelassenen Ärzten auch eine – zumeist unbeachtete – Zusammenarbeit mit Apothekern.

Die sozialpolitischen Vorgaben im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung haben in den letzten Jahren dazu geführt, dass in bestimmten Konstellationen nicht mehr der Arzt die Entscheidungsbefugnis über das letztendlich abgegebene Arzneimittel hat, sondern diese in einigen Fällen beim Apotheker in der öffentlichen Apotheke liegt.

Die Vorschriften des SGB V sehen zwei grundsätzliche Verschreibungs- und Abgabeformen für Arzneimittel an die Versicherten vor:

- Der Vertragsarzt verordnet dem Versicherten ein bestimmtes, namentlich festgelegtes Arzneimittel.

Hieran schließt sich die Frage an, ob der Vertragsarzt die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel ausgeschlossen hat (*aut idem*); oder

- Der Vertragsarzt verordnet dem Versicherten einen bestimmten Wirkstoff.

Hieran schließt sich die Frage an, ob zwischen der Versicherung und einem Pharmaunternehmen ein Rabattvertrag gem. § 130a SGB V für den verordneten Wirkstoff besteht.

a. Verschreibungsmöglichkeiten des Vertragsarztes

Der Vertragsarzt hat bei der Verordnung von Arzneimitteln verschiedene Möglichkeiten. Zunächst besteht die Möglichkeit, dass der Vertragsarzt ein namentlich bezeichnetes Arzneimittel oder lediglich einen Wirkstoff verschreibt.

Bei der Verschreibung eines namentlich benannten Arzneimittels kann der Vertragsarzt nun entscheiden, ob er es unter Ausschluss der Substitution durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel verordnet. Entscheidend ist, ob der Vertragsarzt die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel ausgeschlossen hat (*aut idem*).

Für den Fall, dass die Ersetzung ausgeschlossen ist, hat der Apotheker genau das im Rezept bezeichnete Arzneimittel an den Versicherten abzugeben.

Diese Konstellation bietet für den Apotheker keinen Handlungsspielraum und es bestehen keine Beeinflussungsmöglichkeiten des Abgabeverhaltens des Apothekers durch Dritte.

Hat der Vertragsarzt die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen, hat der Apotheker im Folgenden zu prüfen, ob die Krankenkasse des Versicherten zu dem verschriebenen Wirkstoff einen Rabattver-

trag gem. § 130a SGB V abgeschlossen hat. Dies kann der Apotheker anhand der Apothekensoftware überprüfen, die bei Eingabe eines Wirkstoffs und einer Krankenkasse auf einen ggf. abgeschlossenen Rabattvertrag hinweist. Besteht ein solcher Rabattvertrag, hat der Apotheker – bei Lieferbarkeit – das rabattierte Arzneimittel abzugeben (§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V und § 4 Abs. 2 des Rahmenvertrages).

Sollte die Krankenkasse des Versicherten keinen Rabattvertrag über den verschriebenen Wirkstoff abgeschlossen haben, so hat der Apotheker gem. § 4 des Apotheken-Rahmenvertrages¹¹ eines der drei preisgünstigsten Arzneimittel abzugeben (§ 129 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V und § 4 Abs. 1 und 4 des Rahmenvertrages). Nur in dieser letztgenannte Variante besteht die Möglichkeit der Beeinflussung des Apothekers bei der Auswahl des abzugebenden Arzneimittels.

Die zuvor genannten Fallkonstellationen sind für die Zwecke dieses Aufsatzes verkürzt dargestellt. In der Praxis gibt es verschiedene zusätzliche Parameter, die die letztendliche Auswahl des abzugebenden Arzneimittels bei der Ersetzung und im Falle von Rabattverträgen beeinflussen.¹² Diese sind für die Erörterung der möglichen Strafbarkeit eines Apothekers gem. § 299 StGB nicht relevant. Die folgende Darstellung fasst die dargestellten Konstellationen zusammen:

Arzneimittel namentlich bezeichnet?		Verschreibung eines Wirkstoffs?	
Hat der Arzt „ <i>aut idem</i> “ ausgeschlossen?		Ja!	
Ja!	Nein!	KK hat Rabattvertrag über den Wirkstoff abgeschlossen?	
	Ja!	Ja!	Nein!
Abgabe des namentlich bezeichneten AM!	Abgabe des rabattierten AM durch Apotheker!	Abgabe eines „preisgünstigen Arzneimittels“	

Abb. 1: Verkürzte Darstellung der Verordnungs- und Abgabewege eines Arzneimittels in der GKV

Lediglich im Falle der Auswahlmöglichkeit des Apothekers aus dem unteren Preisdrittel (in der Tabelle schraffiert) kommt eine Beeinflussung des Apothekers und damit eine Strafbarkeit in Frage.

b. Möglichkeiten der Beeinflussung

Als preisgünstiges Arzneimittel gilt eines der drei günstigsten Arzneimittel aus der Gruppe der Arzneimittel mit gleichem Wirkstoff, gleicher Packungsgröße und vergleichbarer Darreichungsform.¹³ In Rahmen der zuvor identifizierten Fallkonstellation könnte man nun daran denken, dass Pharmaunternehmen den Apotheker dazu veranlassen, aus der Gruppe der „preisgünstigen Arzneimittel“ jeweils das ihrige Arzneimittel abzugeben, sofern es bei dem verschriebenen Wirkstoff in der Gruppe der Preisgünstigen enthalten ist.

11 Die Formulierung von § 4 des Rahmenvertrages ist an die des § 129 Abs. 1 SGB V angelehnt.

12 Siehe im Einzelnen zu den weiteren Voraussetzungen § 129 Abs. 1 Sätze 2 und 3 SGB V sowie § 4 Abs. 1 und 2 des Rahmenvertrages.

13 § 4 Abs. 4 des Rahmenvertrages.

Pharmaunternehmen könnten den Apothekern für dieses Verhalten Vorteile versprechen oder anbieten, um ihren Umsatz zu steigern.

Pharmaunternehmen könnten den Apothekern für dieses Verhalten Vorteile versprechen oder anbieten, um ihren Umsatz zu steigern. In Rahmen der zuvor identifizierten Fallkonstellation könnte man nun daran denken, dass Pharmaunternehmen den Apotheker dazu veranlassen, aus der Gruppe der „preisgünstigen Arzneimittel“ jeweils das ihrige Arzneimittel abzugeben.

4. Strafrechtliche Bewertung

Wie auch im Zusammenhang mit niedergelassenen Ärzten stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit des Apothekers und daran anschließend auch der für die Pharmaindustrie Tätigen in der zuvor genannten relevanten Fallkonstellation gegeben sein kann.

a. Norminhalt des § 299 StGB

Gemäß § 299 Abs. 1 StGB sind die Bestechung und die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar. Dort heißt es:

„Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Im Wesentlichen geht es um die Zuwendung von Vorteilen von pharmazeutischen Unternehmen an Apotheker, die zur Absatzsteigerung diesem als „Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes“ eine Gegenleistung anbieten, versprechen oder gewähren müssten. Dementsprechend ist es so, dass ein Apotheker diesen Vorteil fordern, sich versprechen lassen oder annehmen müsste. Dies müsste erfolgen, damit der Apotheker, der etwas fordert usw. bei der Abgabe von Arzneimitteln das pharmazeutische Unternehmen (oder einen anderen) in unlauterer Weise bevorzuge. Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sind in § 299 StGB mit einem Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren geregelt. Für besonders schwere Fälle erhöht sich der Strafrahmen nach § 300 StGB, etwa wenn die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht. Die Verhängung einer Geldstrafe ist in einem solchen Fall ausgeschlossen, die Strafandrohung ist 3 Monate bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe.

b. Deliktsart von § 299 StGB

Die Bestechung und Bestechlichkeit sind abstrakte Gefährdungsdelikte, so dass es für die Verwirklichung bereits ausreichend ist, dass dem Apotheker ein Vorteil angeboten wird oder er selbst einen solchen fordert. Mithin ist es nicht notwendig, dass eine Bevorzugung oder gar der Eintritt eines Vermögensvorteils zu Gunsten der Handelnden erfolgt.¹⁴ Auf Grund dieser frühzeitigen Vollendung des Delikts ist eine Versuchsstrafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit nicht vorgesehen.

Abgrenzungsprobleme zwischen strafrechtlichen Handlungen und rechtlich Zulässigem bereitet die Vorschrift ganz allgemein, weil in einem freien Wettbewerb Werbung und Marketingmethoden eingesetzt werden/werden müssen. Diese Maßnahmen, sowie geschäftliche Kontaktpflege, sind häufig mit Zuwendungen verbunden. Insofern gilt es zu klären, ob die Beteiligten ein Strafbarkeitsrisiko nach § 299 StGB eingehen.

Die Bestechung ist ein sog. Jedermannsdelikt. Hingegen kann sich die strafbare Zuwendung nur an denjenigen richten, der „Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes“ ist. Der Gesetzgeber hat somit den Täterkreis auf der Zuwendungsseite beschränkt. Die Bestechlichkeit und Bestechung sind spiegelbildlich geregelt, woraus folgt, dass eine Strafbarkeit für den Zuwendenden hiernach ausgeschlossen ist, wenn diese nicht an den eingeschränkten Personenkreis erfolgt bzw. erfolgen soll.

c. Einordnung des Apothekers in den Anwendungsbereich des § 299 StGB

Von besonderem Interesse ist daher, ob Apotheker zu dem eingeschränkten Täterkreis zählen, zumal diese Berufsgruppe in bestimmten Konstellationen (siehe oben Abschnitt 3. a.) Entscheidungsbefugnis über das letztendlich abgegebene Arzneimittel erlangt hat und somit ein Anreiz für die pharmazeutische Industrie entsteht, Apotheker an ihre Produkte zu binden.

Apotheker sind keine Angestellten des geschäftlichen Betriebes der Krankenkassen, weil zwischen ihnen kein entsprechendes Dienstverhältnis besteht. Wie oben dargestellt, üben die Apotheker einen freien und selbständigen Beruf aus und sind – anders als Vertragsärzte – nur sehr locker in das System der GKV eingebunden.

Kernpunkt ist mithin die Frage, ob der Apotheker, wenn er Arzneimittel auf Grund von vertragsärztlichen Verordnungen an den Versicherten abgibt, in dieser Funktion als „Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes“, nämlich der Krankenkasse bzw. der kassenärztlichen Vereinigungen handelt.

Die Beauftragtenstellung des Apothekers wird von *Pragal/Apfel*¹⁵ bejaht. Der Apotheker soll als Beauftragter handeln, weil § 4 des Rahmenvertrages in Anlehnung an § 129 Abs. 1 SGB V dem Apotheker einen „diskretionären Entscheidungsspielraum“ einräume und dies den Apotheker ökonomisch zum „agent“ der Krankenkasse mache.

Hingegen sieht *Reese*¹⁶ den Apotheker keineswegs als Beauftragten, vielmehr soll dieser erst recht (weil nach seiner Ansicht auch der Vertragsarzt kein Beauftragter ist¹⁷) nicht als solcher zu qualifizieren sein. Dies folgert er daraus, dass die öffentlich-rechtliche Einbindung des Apothekers wesentlich geringer ausgeprägt ist als diejenige des Vertragsarztes. Apotheken und Krankenkassen stehen sich als Vertragsparteien gegenüber. Der Apotheker wird – so *Reese* – nicht „für“ die, sondern „gegenüber“ der Krankenkasse tätig.

14 *Fischer* § 299 Rn. 2b.

15 *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 14.

16 *Reese*, *PharmaR* 2006, 98.

17 *Reese*, *PharmR* 2006, 92 ff.

Zweifelsohne erlangt der Apotheker eine besondere Kompetenz, wenn er auf Grund gesetzlicher Bestimmungen (§ 129 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V) in bestimmten Konstellationen letztendlich darüber entscheiden kann, welches Arzneimittel er aus der Gruppe der „preisgünstigen Arzneimittel“ an den Versicherten herausgibt. Es wird zwar grundsätzlich angenommen, dass sich jemand strafbar machen kann, wenn er für einen anderen geschäftlichen Betrieb als seinen eigenen, Entscheidungen zu Lasten seines Auftraggebers trifft und hierfür Zuwendungen erhält.¹⁸ Hierfür kann jedoch die Position des Apothekers gegenüber den Krankenkassen nicht ausreichend sein. Dies zeigt sich, wenn das Verhältnis zwischen Apotheker und Krankenkassen deutlich gemacht wird. Der Apotheker ist – anders als der Vertragsarzt – nicht weitergehend in das Leistungssystem der GKV eingebunden. Er bedarf keiner besonderen Zulassung zur Leistungserbringung im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte. Die Einbindung des Apothekers ist im Wesentlichen eine rein vertragliche Beziehung, die die Einzelheiten des Abgabemechanismus regelt. Instrumente wie detaillierte Regelungen zu den Voraussetzungen der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V), der Zulassung als Vertragsarzt (§§ 95a ff. SGB V) oder Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfungen (§§ 106 ff. SGB V) bestehen für die Apotheker nicht.

Aus diesem Grund ist auch die Folgerung von Reese richtig, dass der Apotheker keineswegs „für“ die Krankenkasse tätig wird. Insofern unterscheidet sich das Verhältnis des Apothekers ganz wesentlich von dem des Vertragsarztes, der erst auf Grund einer besonderen Zulassung als Vertragsarzt Leistungen für Versicherte der GKV erbringen darf. Somit besteht bei Apothekern noch viel weniger Grund zu der Annahme, sie würden „Beauftragte“ der Krankenkassen sein.

Der Apotheker müsste um „Beauftragter“ zu sein, befugtermaßen geschäftlich¹⁹ für die Krankenkasse tätig werden. Üblicher Weise wird der Begriff des „Beauftragten“ sehr weit ausgelegt. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht etwa auch völlig selbständige Unternehmen wie Werbeagenturen²⁰ oder Versteigerer²¹ dazu gezählt. Ebenso sollen auch Einzelhändler bei enger organisatorischer und geschäftlicher Verflechtung mit dem Großhändler²² oder Hersteller, wenn der Händler bestimmenden Einfluss auf diese ausübt²³, „Beauftragte“ sein.

Die Annahme, der Apotheker sei „Beauftragter“ der Krankenkassen, führt jedoch zu weit, da er gemäß § 129 SGB V und § 3 des Rahmenvertrages als freiberuflicher und damit selbständiger Leistungserbringer mit den Kostenträgern bei der ärztlichen Versorgung lediglich zusammen wirkt. Eine engere Organisation bei der Abgabe von Arzneimitteln, eine Einflussnahme oder sogar Steuerung des Apothekerbetriebs durch die Krankenkassen besteht nicht.

Der „beauftragte“ Apotheker ist nicht „unter dem bestimmenden Einfluss“²⁴ des geschäftlichen Betriebes – der Krankenkassen – tätig. Über diesen Punkt helfen auch bestimmte Steuerungsinstrumente des Sozialrechts nicht hinweg. Maßgaben hinsichtlich der Abgabe bestimmter Arz-

neimittel in § 129 Abs. 1 SGB V stellen nur allgemeine Verpflichtungen des Apothekers gegenüber den Krankenkassen dar, die den Wesenskern des Verhältnisses von Apothekern zu den Krankenkassen nicht berühren. Dieses zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass der Apotheker die alleinige Verantwortung und Entscheidungsgewalt für die Abgabe der verordneten Arzneimittel trägt. Die weitgehend unbeeinflusste Tätigkeit des Apothekers wird noch zusätzlich durch seine – im Gegensatz zum Vertragsarzt – nur vertragliche Einbindung in das System der GKV unterstrichen.

5. Fazit und Ausblick

Die Betrachtung der in der juristischen Diskussion aufgeworfenen Fragen nach einer etwaigen Strafbarkeit von Apothekern gem. § 299 StGB im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte der GKV hat gezeigt, dass diese noch viel weniger juristisch begründbar ist, als die in der jüngeren Vergangenheit vereinzelt behauptete mögliche Strafbarkeit niedergelassener Ärzte.

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung der unterschiedlichen sozialrechtlichen Steuerungsinstrumente, wie z. B. der „aut-idem“-Regelung oder der Möglichkeit des Abschlusses von Rabattverträgen, den Entscheidungsspielraum des Apothekers bei der Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte der GKV stark eingeschränkt. Theoretisch ist nur eine – in der Praxis seltene – Konstellation denkbar, in der der Apotheker eine eigene Entscheidungsbefugnis über das abzugebende Arzneimittel hat.

Aber auch in dieser theoretisch vorgesehenen Möglichkeit sind die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nicht gegeben. Der Apotheker ist kein „Beauftragter“ und steht insbesondere nicht unter dem bestimmenden Einfluss des geschäftlichen Betriebes der Krankenkassen. Der Apotheker ist – noch viel mehr als der Vertragsarzt – freier und selbständiger Leistungserbringer für die GKV. Anders als der Vertragsarzt, bei dem nach herrschender Meinung eine Strafbarkeit ebenso wenig begründbar ist, besteht zwischen Apotheker und GKV lediglich eine vertragliche Vereinbarung über die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln, in der Abgabemechanismen geregelt sind. Eine darüber hinausgehende Einbindung in das System der GKV besteht nicht.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die teilweise in der juristischen Diskussion vertretene Behauptung, Apotheker könnten sich im Falle einer Beeinflussung ihrer Abgabeentscheidungen gem. § 299 StGB strafbar machen, bei näherer Betrachtung keinen Halt findet. Möchte der Gesetzgeber das Risiko einer möglichen Beeinflussung der Abgabeentscheidungen der Apotheker durch Pharmaunternehmen eingrenzen und strafrechtlich sanktionieren, hätte er § 299 StGB zu ändern.

18 Fischer § 299 Rn. 10a.

19 Fischer § 299 Rn. 10 m. Rspr.Nw.

20 BGH GRUR 1973, 209.

21 KG Berlin WRP 1973, 642.

22 BGH GRUR 1964, 88f.

23 OLG Koblenz WRP 1979, 814.

24 S. Vorherige.

Denkbar wäre jedoch, dieses Problem außerhalb des Strafrechts in den Regelungsbereich des § 128 SGB V einzubinden, der vor dem Hintergrund von Beeinflussungen von Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich geschaffen wurde und durch die 15. AMG-Novelle eine starke Ausdehnung seines Anwendungsbereiches erfahren hat.²⁵ Es bleibt in der Praxis jedoch abzuwarten, ob ein solches Verhalten tatsächlich von dem geänderten § 128 SGB V erfasst ist. Gerade vor dem Hintergrund der wenig geglückten Norm und der sich daran anschließenden Auslegungsprobleme dürfte dies jedoch zweifelhaft sein.

25 Siehe zu den Änderungen in § 128 SGB V im Rahmen der 15. AMG-Novelle Broch/Diener/Klümper, PharmR 2009, 373 (376f.).

Anschriften der Verfasser:

Dr. Olaf Eggerts
Strafverteidiger und Rechtsanwalt
Fachhochschullehrer an der FOM – Fachhochschule für Oekonomie & Management
Alter Fischmarkt 1
20457 Hamburg
Telefon: 040/22 69 82 61
kontakt@ra-eggerts.de

Dr. Mathias Klümper
Lützelers und Partner Rechtsanwälte
Gerricusplatz 24/25
40625 Düsseldorf
Tel: 040/98 76 1328
mathias.kluemper@luetzeler.eu

Der einheitliche Apothekenabgabepreis für verschreibungspflichtige Arzneimittel

– Preisbindung auch für ausländische Versandapotheken innerhalb der EU ? –

Moritz Diekmann und Johanna Idel

I. Einleitung

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit die deutschen arzneimittelrechtlichen Preisvorschriften in Bezug auf verschreibungspflichtige Medikamente für ausländische Versandapotheken mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat innerhalb der EU gelten, wenn deutsche Endverbraucher Arzneimittel direkt von ihnen beziehen.

Versandapotheken erfreuen sich immer größerer Beliebtheit. Insbesondere freiverkäufliche Medikamente sind hier für den deutschen Kunden mit deutlichen Nachlässen zu haben. Uneinigkeit besteht darüber, ob Preisnachlässe seitens EU-ausländischer Versandapotheken auch für verschreibungspflichtige Medikamente erlaubt sind.

Die Zivilrechtsprechung beantwortete diese Frage bislang nicht einheitlich.¹ Das OLG Köln verneinte jüngst mit Urteil vom 08.05.2009 die Anwendbarkeit der deutschen Apothekenpreisvorschriften auf EU-ausländische Versandapotheken – selbst in dem Fall, dass der Kunde die Arzneimittel aus dem EU-Ausland in seiner örtlichen Apotheke sowohl bestellt als auch abholt.²

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der Thematik liegt noch nicht vor, wenngleich mit ihr aufgrund eines derzeit anhängigen Verfahrens zu dieser Problematik gerechnet werden kann.³

Das Bundessozialgericht hingegen entschied bereits, dass die deutschen Preisvorschriften des AMG und der AMPreisV bei EU-ausländischen Versandapotheken nicht zur Anwendung kommen.⁴ Demnach sind nach der Rechtsprechung des BSGs die EU-ausländischen Versandapotheken nicht an den einheitlichen Apothekenabgabepreis gebunden. Hinsichtlich der Begründung zur Nicht-Anwendbarkeit der deutschen Apothekenpreisvorschriften auf EU-ausländische Versandapotheken wurde das Urteil zum Teil stark kritisiert.⁵ Im Ergebnis liegt das BSG hier aber rich-

tig.⁶ Insbesondere unter Berücksichtigung europarechtlicher Grundsätze können die deutschen einheitlichen Apothekenabgabepreise nicht für ausländische Versandapotheken mit Sitz innerhalb der EU gelten.

Der BGH wird die Entscheidung des BSGs bei seiner Urteilsfindung jedenfalls zu berücksichtigen haben, denn wollte er von der Rechtsprechung des BSGs abweichen, wäre er gem. § 2 RSprEinhG zumindest zunächst gezwungen, den gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte anzurufen.

II. Der einheitliche Apothekenabgabepreis nach § 78 Abs. 2 AMG, § 3 AmPreisV

Gem. § 78 Abs. 2 S. 2 AMG ist durch Rechtsverordnung ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, zu gewährleisten. Nach S. 2 der Norm gilt dies primär für verschreibungspflichtige Medikamente, andern-

1 Dagegen: OLG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2007 – 6 U 26/07; LG Berlin, Urt. v. 28.08.2007 -16 O 153/07; OLG Hamburg, Urt. v. 26.07.2007 – 3 U 21/07; LG Hamburg, Urt. v. 17.08.2006 – 315 O 340/06; dafür: OLG Köln, Urt. v. 08.05.2009 – 6 U 213/08; OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2004 – 4 U 74/04.

2 OLG Köln, Urt. v. 08.05.2009 – 6 U 213/08.

3 Revisionsverfahren gegen das Urteil des OLG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2007 – 6 U 26/07, anhängig beim BGH unter dem Aktenzeichen I ZR 72/08.

4 BSG, Urt. v. 28.07.2008 – B 1 KR 4/08 R.

5 vgl. Dettling, A & R 2008, 204ff.; Mand, PharmR 2008, 582ff.

6 a.A. Dettling, A & R 2008, 204, 205 und Mand, PharmR 2008, 582, 583, die das Urteil des BSGs zwar im Ergebnis, dass die EU-ausländische Versandapotheke grds. keinen Anspruch gegen den pharmazeutischen Unternehmer auf Erstattung des Herstellerabschlags gem. § 130 a Abs. 1 S. 2 SGB V habe, für richtig halten, jedoch im Gegensatz zum BSG die Bindung der EU-ausländischen Versandapotheke an die deutschen Apothekenpreisvorschriften bejahen.