

Kontrahierungsanspruch der vollversorgenden Arzneimittelgroßhandlung gegenüber pharmazeutischen Unternehmern

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Vorgaben des EU- und Verfassungsrechts

1. Ein gesetzlicher Belieferungsanspruch vollversorgender Arzneimittelgroßhandlungen gegenüber pharmazeutischen Unternehmen verstößt prinzipiell nicht gegen die EU-Verträge. Insbes. die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) schützt nicht die unternehmerische Handlungsfreiheit, sondern den grenzüberschreitenden Warenverkehr. Ein umfassender Belieferungsanspruch der Großhändler schränkt den Warenverkehr nicht ein, sondern fördert ihn eher. Die Warenverkehrsfreiheit kann aber verletzt sein, wenn der Anspruch von Bedingungen abhängig gemacht wird, die – wie z.B. detaillierte Verwendungs-/Bedarfsnachweise für die nachgefragten Arzneimittel – den Parallelhandel beschränken können.
2. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht, insbes. die Richtlinie 83/2001/EG (Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel) steht einem Belieferungsanspruch des Großhandels nicht entgegen. Der in Art. 81 Abs. 2 des Gemeinschaftskodexes normierte Sicherstellungsauftrag von Großhändlern und pharmazeutischen Unternehmen lässt sich sogar als Auftrag an die Mitgliedstaaten deuten, einen Belieferungsanspruch der Großhändler gesetzlich zu verankern. Jedenfalls sind die Mitgliedstaaten befugt, im Rahmen der ihnen zustehenden Spielräume zur Ausgestaltung des Sicherstellungsauftrags (Art. 81 Abs. 3 Gemeinschaftskodex) einen solchen Anspruch vorzusehen.
3. Unabhängig von einer unionsrechtlichen Vorgabe ist ein Belieferungsanspruch des Großhandels verfassungskonform. Stünde die Normierung eines Belieferungsanspruchs im Ermessen der EU-Mitgliedstaaten, griffe ein Kontrahierungszwang in Deutschland zwar in die Berufsfreiheit und die Vertragsfreiheit der pharmazeutischen Unternehmer gem. Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) ein. Dieser Eingriff wäre aber zur Sicherung einer zuverlässigen und wirtschaftlichen Arzneimittelversorgung und damit durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.

II. § 52 b AMG: Kontrahierungsanspruch der vollversorgenden Arzneimittelgroßhandlung gegenüber pharmazeutischen Unternehmern

4. § 52 b Abs. 2 S. 1 AMG konstituiert einen *unmittelbaren, zivilrechtlich durchsetzbaren Kontrahierungsanspruch* jeder vollversorgenden Arzneimittelgroßhandlung gegenüber jedem pharmazeutischen Unternehmer.
5. Der Belieferungsanspruch gem. § 52 b Abs. 2 AMG umfasst alle Fertigarzneimittel, die das betreffende pharmazeutische Unternehmen rechtmäßig im Inland in Verkehr bringt, soweit sie zur Anwendung am Menschen bestimmt und nicht durch § 52 b Abs. 2 S. 3 AMG von der Geltung des Belieferungsanspruchs ausgenommen sind.

6. Zeitlich ist der Anspruch auf eine „kontinuierliche Belieferung“ mit Arzneimitteln gerichtet; inhaltlich ist er auf die „bedarfsgerechte Belieferung“ beschränkt. Der „Bedarf“ bemisst sich grundsätzlich nach der Nachfrage der inländischen Apotheken, mit denen die jeweilige vollversorgenden Arzneimittelgroßhandlung in Geschäftsbeziehungen steht.
7. Ein detaillierter und fortlaufender Nachweis über den tatsächlichen Bedarf der jeweiligen Großhandlung ist keine Anspruchsvoraussetzung und darf auch nicht verlangt werden. Ein solches Nachweiserfordernis verstieße nicht nur gegen die Datenschutzbestimmungen gem. § 305 a SGB V, sondern auch gegen Art. 34 AEUV und Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag (Lissabon). Anknüpfungspunkt für den Umfang der Belieferung ist der „normale Bedarf“ des jeweiligen Großhändlers in der Vergangenheit. Zu berücksichtigen sind aber u.a. Änderungen der Marktanteile und des Nachfrageverhaltens (Grippewelle).

III. Kartellrechtlicher Kontrahierungszwang

8. Neben dem Belieferungsanspruch aus § 52 b Abs. 2 AMG kann sich auch aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 826 BGB) und vor allem aus den Missbrauchstatbeständen des Kartellrechts (§§ 19, 20 GWB) ein *mittelbarer Kontrahierungszwang* ergeben (§ 52 b Abs. 4 AMG). Eine umfassende Belieferung kann über diese Rechtsgrundlagen aber nicht sichergestellt werden.
9. Pharmazeutische Unternehmen besitzen selbst bei patentgeschützten Arzneimitteln nicht ohne weiteres eine marktbeherrschende Stellung, die Voraussetzung für eine Einschränkung ihrer Vertriebspolitik durch § 19 GWB oder § 826 BGB ist. Die Angewiesenheit der vollversorgenden Großhändler auf eine Belieferung begründet keine „Marktbeherrschung“, sondern eine relative Abhängigkeit i.S.v. § 20 GWB. Auf § 20 GWB können sich aber nur kleine und mittlere Großhändler berufen (ca. 500 Mio. Euro Umsatz).
10. Die Nichtbelieferung einzelner Großhändler stellt eine Behinderung und Diskriminierung gegenüber den belieferten Großhandlungen dar. Ob diese i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB unbillig bzw. ungerechtfertigt ist, hängt von einer Interessenabwägung ab. Für eine Rechtfertigung spricht das Interesse des pharmazeutischen Unternehmers, die Vertriebskanäle selbst zu bestimmen (einschließlich einer Direktbelieferung der Apotheken). Gegen eine Rechtfertigung spricht die Angewiesenheit vollsortierter Großhändler auf eine Belieferung. Das Belieferungsinteresse der Großhändler überwiegt im Regelfall, wenn man § 52 b Abs. 1 und 2 AMG im Rahmen der kartellrechtlichen Abwägung berücksichtigt. Ob dies möglich ist, erscheint nicht zuletzt im Lichte der Vorgaben des Gemeinschaftskartellrechts (u.a. Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen) zweifelhaft.

Anschrift des Referenten:

Professor Dr. Elmar J Mand, LL.M. (Yale)
Philipps-Universität Marburg
Savignyhaus, Raum 207
Universitätsstraße 6
35032 Marburg
E-Mail: mand@staff.uni-marburg.de
Telefon: 0 64 21 / 28 - 2 31 46
Telefax: 0 64 21 / 28 - 2 30 95