

„EuGH-Lösung führt zu Ungewissheit“

Neuregelung der Bedarfsprüfung, Drogerie-Klage gegen Apothekenvorbehalt für Arzneimittel: Die jüngste Vergangenheit hat die Wogen hochgehen lassen. Nach jetzt erfolgten Entscheidungen fragte die Apotheker Krone den auf Arzneimittel- und Apothekenrecht spezialisierten Rechtsanwalt Jakob Hütthaler-Brandauer, welche Folgen die Entscheide haben werden.

Apotheker Krone: Die Drogeriekette dm will weiterhin rezeptfreie Arzneimittel verkaufen und sieht sich in ihrer Kritik durch den Verfassungsgerichtshof bestätigt. Der Verfassungsgerichtshof habe bekannt gegeben, dass ein entsprechender Antrag von dm ausgeweitet werden müsse. Was ist davon und der Entscheidung der Richter im Detail zu halten?

Jakob Hütthaler-Brandauer: Der Verfassungsgerichtshof hat sich mit dem Thema inhaltlich gar nicht auseinandergesetzt, sondern das aus Formalgründen zurückgewiesen. Der Formalfehler war im Grunde offensichtlich. Im Individualantrag wollte man nur eine Bestimmung, nämlich den Apothekenvorbehalt aufheben. Formal muss man aber bei so einem Antrag alle betroffenen Gesetzesbereiche anführen. Hätte der VfGH dem Antrag stattgegeben, wäre zwar der Apothekenvorbehalt aufgehoben worden, dm würde aber keine Arzneimittel bekommen, weil ja genau geregelt ist, dass etwa der Großhandel und die Industrie Arzneimittel nur an Apotheken und Spitäler und andere genau definierte Einrichtungen liefern dürfen.

Welche Konsequenzen hat das jetzt genau? dm hat angekündigt, die Klage nun ausweiten zu wollen.

Hütthaler-Brandauer: dm muss das ausweiten. Es geht gar nicht anders, wenn sie das Gesetz bekämpfen wollen. Der Antrag war ja formal nicht vollständig. Es steht nicht im Beschluss des VfGH, dass der Antrag „grundsätzlich prüfenswert“ ist und der Gerichtshof sogar weitere Normen sieht, die zu prüfen sind. Es geht schlicht um einen Formalfehler, weil einfach alle Bestimmungen, die betroffen sind, auch angeführt werden müssen. Sonst ist eine Prüfung gar nicht möglich. dm hätte wie gesagt bei einer Aufhebung der einen kritisierten Passage auch nichts gewonnen. Sie müssen also rein formal einen neuen Antrag stellen und diesen ausweiten.

Also zurück an den Start. Inhaltlich ändert das aber nichts: Dass Drogerien keine rezeptfreien Medikamente verkaufen dürfen, ist für dm verfassungswidrig, weil es keinen sachlichen Unterschied gebe, der diese rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Der Apothekenvorbehalt verstoße gegen den Gleichheitssatz.

Hütthaler-Brandauer: Argumentiert wird mit der im Vorjahr erfolgten Öffnung des Versandhandels. Der Vergleich mit dem Versandhandel ist aber ein Vergleich von Äpfeln mit Birnen. Es geht meiner Meinung nach nicht, dass jemand sagt, dass ein zusätzlicher Vertriebskanal für die Apotheken nun eine weitere Liberalisierung mit sich bringen muss.

Genau das ist aber das Argument.

Hütthaler-Brandauer: Ja, aber die Rahmenbedingungen und die Arzneimittelabgabe über den Versandhandel sind nach wie vor sehr streng. Die verantwortliche und abgebende Person muss auch im Versandhandel ein Apotheker sein. Es ist nicht so, wie hier argumentiert wird, dass die Beratung durch den Versandhandel sowieso zurückgeschraubt wird. So ist es nicht. Ich sehe für den Fall einer Öffnung eine Reihe an Problemen auf den Handel zukommen. Mit dem Entscheid, dass er rezeptfreie Medikamente verkaufen darf, ist noch lange keine rechtliche Umsetzung verbunden.

Ein anderes juristisches Thema, dass zuletzt für Diskussionen gesorgt hat, ist der EuGH-Entscheid zur Bedarfsprüfung bei der Gründung von Apotheken. Im Parlament wurde das Gesetz nun novelliert. Ist damit der Gebietsschutz gesichert?

Hütthaler-Brandauer: Eine andere Lösung als die jetzt beschlossene ist nicht möglich. Die Frage ist, welche Folgen das hat. Aus dem Urteil des EuGH kann man generell herauslesen, dass ihm die Aufrechterhaltung des Gebietsschutzes

Zu Gast in der *Apotheker Krone*

Mag. Jakob Hütthaler-Brandauer ist selbstständiger Rechtsanwalt in Wien und unter anderem auf Arzneimittelrecht, Lebensmittelrecht inklusive Nahrungsergänzungsmittelrecht, Kosmetikrecht, Medizinprodukte recht und das diätetische Lebensmittelrecht spezialisiert.



MedM
Verlag's Ges.
Part of Medical Group

MAZIN FÜR
AZEUTEN

Kronen
Zeitung

ANTW

GESUNDHEIT

MedMe

othel
rone

wichtig ist für die Versorgung der Menschen. Der EuGH hat ursprünglich gesagt, dass die Grenze der zu versorgenden Personen 5.500 Personen unterschreiten kann und nicht starr sein darf, etwa in entlegenen oder ländlichen Regionen oder bei Personen mit eingeschränkter Mobilität. Jetzt wurde präzisiert, dass das nur Beispiele waren und nicht ausschließlich gilt. Deshalb muss es auch die Möglichkeit geben, dass die Grenze im städtischen Raum unterschritten werden kann. Das wurde jetzt auch gesetzlich umgesetzt.

Also alles wieder gut? Welche Folgen hat das nun auf Apothekenkonzessionen und Anträge?

Hütthaler-Brandauer: Die Grenze bleibt, aber eine taxative Aufzählung von Kriterien für die Unterschreitung ist nicht möglich, weil das ja wieder eine Einschränkung wäre. Der Behörde bleibt also ein Spielraum, wie ihn der EuGH auch möchte. In der Praxis sehe ich hier das Problem, dass in Konzessionsverfahren, bei denen es zu einer Unterschreitung der Grenze kommt, immer über die Ermessensentscheidungen und die Gründe für die Unterschreitung gestrit-

ten werden wird. Man kann immer diskutieren, ob die Grenzen nun unterschritten werden sollen oder nicht. Es ist zu vermuten, dass jede Entscheidung angefochten wird. Bei einer Unterschreitung der Grenze ist ja immer auch eine andere Apotheke betroffen, und die wird das sicherlich anders sehen. Da wird es dann in der Folge eine endlose Judikaturliste geben, mit Beispielen, wann unterschritten werden darf und kann. Es wird also in jedem Konzessionsverfahren zu Diskussionen kommen.

Das klingt nach einer verzwickten Situation. Was wäre ein Ausweg?

Hütthaler-Brandauer: Der EuGH hat grundsätzlich den Gebietsschutz akzeptiert. Aber eben nicht mit den starren Grenzen. Also wird das im Einzelfall regelmäßig zu Streit führen. Eine Alternative wäre lediglich die generelle Abschaffung des Gebietsschutzes. Aber das will in Hinblick auf die Sicherung der Versorgung auch niemand.

Das Interview führte Martin Rümmele