

Vorwirkungen des EG-Rechtsschutzes durch ein anhängiges Vorabentscheidungsverfahren

Neues vom Binnenmarktdrama um eine niederländische Versandapotheke

Von Univ.-Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., und Christina Engelmann, Bonn*

Die rechtlichen Auseinandersetzungen rund um die niederländische „e-pharmacy“ 0800DocMorris N. V. nehmen kein Ende. Einmal mehr geben sie Anlass zur Untersuchung grundlegender gemeinschaftsrechtlicher Fragestellungen. In Anbetracht des vom LG Frankfurt am Main eingeleiteten, gegenwärtig beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens¹ entsteht das Problem, welche Auswirkung dieses Verfahren auf andere derzeit ausgefochtene Streitigkeiten betreffend DocMorris hat. Von Interesse ist insbesondere, ob deutsche Gerichte und Behörden das EuGH-Verfahren bereits vor Erlass des Urteils des Gerichtshofs insofern beachten müssen, als sie im Vorhinein für die praktische Wirksamkeit der EuGH-Entscheidung Sorge zu tragen haben und keine Maßnahmen treffen dürfen, welche die Wirkungen des Urteils und die Wirksamkeit des EG-Rechtsschutzsystems vereiteln könnten. Im Folgenden wird der Frage nach dem Bestehen eines solchen Vereitelungsverbots am Beispiel der Auseinandersetzungen um die Kostenübernahme durch deutsche gesetzliche Krankenversicherungen nachgegangen.

I. Einführung

Seit ihren Anfängen im Sommer 2000 ist die Tätigkeit der niederländischen Apotheke 0800DocMorris N. V., die nach individuellen Bestellungen über Post, Telefon oder Internet grenzüberschreitend Arzneimittel an Kunden in Deutschland fachgerecht versendet², Gegenstand mehrerer gerichtlicher Verfahren, die mittlerweile zu der Vorlage des LG Frankfurt am Main an den Europäischen Gerichtshof geführt haben. Wesentliche Streitfrage ist die Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelversandverbots gemäß § 43 Abs. 1 AMG mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs nach Art. 28 ff. EG.

In jüngster Zeit geraten nun auch die gesetzlichen Krankenkassen, die bei DocMorris gekaufte Arzneimittel erstatten oder aufgrund von Arzneimittellieferverträgen³ als Sachleis-

tung erbringen, zunehmend ins Visier der deutschen Apothekerschaft sowie der Aufsichtsbehörden. So laufen gegen verschiedene Krankenkassen bereits aufsichtsrechtliche Verfahren mit dem Ziel, die Abrechnung mit DocMorris sowie die Kostenerstattung für von dort bezogene Arzneimittel zu unterbinden.⁴ Das gemeinschaftsrechtliche Problem der präventiven Vereitelung des zu erwartenden Vorabentscheidungsurteils des EuGH entsteht dabei insbesondere dann, wenn Verbotsbescheide gegen deutsche Krankenkassen durch die Aufsichtsbehörden für sofort vollziehbar erklärt werden.⁵ Denn durch den Vollzug eines Verbots der Kostenübernahme für bei DocMorris bezogene, ärztlich verordnete Arzneimittel wird die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit der e-pharmacy substanziell behindert und die durch Art. 28 EG geschützte Warentransaktion existenzbedrohend vereitelt.

Nachfolgend wird dargelegt, dass solche Verbotsentscheidungen gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen und dass im Falle der Anordnung des Sofortvollzugs die gerichtliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung geboten ist, um die effektive Verwirklichung gemeinschaftsrechtlich garantierter Rechte nicht praktisch unmöglich zu machen.

* Prof. Dr. Christian Koenig ist geschäftsführender Direktor und Christina Engelmann ist wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Christian Koenig ist Prozessbevollmächtigter der niederländischen Apotheke 0800DocMorris im anhängigen Vorabentscheidungsverfahren (Rs. C-322/01). Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

¹ Vorlagebeschluss vom 10. 8. 2001 (3/11 O 64/01), abgedruckt in EWS 2002, 152.

² Siehe die Internet-Präsentation unter <http://www.0800docmorris.com>. Verschreibungspflichtige Arzneimittel werden dabei erst nach Erhalt eines ärztlichen Originalrezepts ausgeliefert.

³ Einen solchen Vertrag hat z. B. der BKK Landesverband Bayern mit 0800DocMorris am 14. 3. 2002 geschlossen.

⁴ Im Falle der bundesunmittelbar tätigen Krankenkassen ist die Aufsichtsbehörde das Bundesversicherungsamt in Bonn (§ 90 Abs. 1 SGB IV), für die in Landesverbänden organisierten Kassen sind die jeweiligen Landes-sozialministerien für die Aufsicht zuständig (§ 208 SGB V).

⁵ Dies ist z. B. der Fall bei einem durch das Bundesversicherungsamt gegenüber der GEK erlassenen Verpflichtungsbescheid vom 30. 4. 2002 sowie bei einem gegen den BKK Landesverband Bayern ergangenen Bescheid des Bayerischen Sozialministeriums.

II. Das Verbot der Kostenübernahme für auf dem Versandweg aus Apotheken anderer EG-Mitgliedstaaten bezogene Arzneimittel ist gemeinschaftsrechtswidrig

Das unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht genießt Anwendungsvorrang. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind zu dessen Durchsetzung verpflichtet und müssen entgegenstehende nationale Vorschriften aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen.⁶ Nach der derzeitigen Rechtslage sind die deutschen Krankenkassen gemeinschaftsrechtlich berechtigt und – als Körperschaften des öffentlichen Rechts – zugleich verpflichtet, die Kosten für Arzneimittel zu übernehmen, die aus Apotheken anderer EG-Mitgliedstaaten bezogen wurden. Dies gilt auch für den Fall, dass der Bezug der Arzneimittel im Wege des grenzüberschreitenden Versandhandels erfolgte.

1. Recht und Pflicht zur Kostenübernahme für aus dem EG-Ausland bezogene Arzneimittel

Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen grenzüberschreitende medizinische Dienstleistungen sowie Warenlieferungen, wozu auch der grenzüberschreitende Bezug von Arzneimitteln gehört, nicht durch die Verweigerung der Kostenübernahme durch nationale gesetzliche Krankenversicherungen erschwert oder gar unmöglich gemacht werden.⁷ Eine solche Verhinderung der Kostenübernahme für Arzneimittel stellt ein Hindernis für den freien Warenverkehr gemäß Art. 28 EG dar⁸ – und zwar unabhängig davon, ob das geltende Krankenversicherungssystem dem Sachleistungs- oder dem Kostenerstattungsprinzip folgt.⁹

Diese Beschränkung des freien Warenverkehrs wäre nur zulässig, wenn sie zum Schutz der Gesundheit gemäß Art. 30 EG oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wäre. Die vom Gerichtshof anerkannten Rechtfertigungsgründe (insbesondere die Sicherstellung einer hohen Qualität der Krankenversicherungsleistungen und die Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung) greifen jedoch im Falle der Ermöglichung der Kostenübernahme für grenzüberschreitend bezogene Arzneimittel nicht ein: Die Möglichkeit des Bezugs ärztlich verordneter Arzneimittel in EG-ausländischen¹⁰ Apotheken ohne vorherige Genehmigung stellt das Arzneimittel-Versorgungssystem nicht in Frage, da – im Unterschied etwa zur stationären Versorgung – kein umfassendes, nicht kompensierbares Steuerungs- und Planungsinstrumentarium zur Gewährleistung einer flächendeckenden, qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Versorgung betroffen ist.¹¹

Unter Berücksichtigung der Kohll-, Decker- und Smits/Peerbooms-Rechtsprechung des EuGH sind die deutschen gesetzlichen Krankenkassen damit zur Übernahme der Kosten für die aus Apotheken anderer Mitgliedstaaten bezogenen Arzneimittel verpflichtet. Dies hat sogar die Bundesregierung in einem an die Europäische Kommission gerichteten Schreiben ausdrücklich bestätigt.¹²

Ein an eine gesetzliche Krankenkasse gerichtetes Verbot der Kostenübernahme für aus dem EG-Ausland bezogene Arzneimittel verstößt aber nicht nur gegen die dargelegte, aus Art. 28 EG folgende Kostenübernahmepflicht, sondern verletzt die betroffene Krankenkasse auch in ihren Rechten. Denn die Pflicht zur Kostenübernahme für grenzüberschrei-

tende Warenverkehrs-Transaktionen trifft die gesetzlichen Krankenkassen aufgrund ihrer Eigenschaft als Körperschaften des öffentlichen Rechts. In dieser Funktion müssen sich die Krankenkassen rechtmäßig verhalten und auch die aus Art. 28 EG folgenden Rechte anderer privater Marktteilnehmer wahren. So wie Privatpersonen ihre eigenen Rechte wahrnehmen, sind die Krankenkassen im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung unmittelbar verpflichtet, die Rechte anderer – insbesondere ihrer Mitglieder und Vertragspartner – zu berücksichtigen. Um diese Aufgabe effektiv zu verwirklichen, müssen sich die Krankenkassen aber auch darauf berufen können, sich rechtmäßig – die Rechte anderer während – verhalten zu dürfen. Insofern begründet diese Pflicht unmittelbar ein korrespondierendes prozessuales Recht der gesetzlichen Krankenkassen zur Erfüllung ihrer Rechtspflichten.

Darüber hinaus steht der die Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften treffenden Pflicht zur Kostenübernahme zugleich ein ihnen aus Art. 28 EG erwachsendes Binnenmarktrecht gegenüber. Auch wenn die Krankenkassen aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Status nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht Träger deutscher Grundrechte sein können, können sie sich dennoch auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrags berufen. Denn das Gemeinschaftsrecht stellt nicht auf die rechtliche Organisationsform, sondern allein auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Rahmen der Binnenmarktziele (Art. 14 EG) ab. Danach können sich alle Marktteilnehmer, also alle Empfänger oder Erbringer einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit auf die EG-Grundfreiheiten stützen.¹³

Sofern die gesetzlichen Krankenkassen grenzüberschreitend bezogene Arzneimittel als Sachleistungen zur Verfügung stellen oder die Kosten für solche Arzneimittel übernehmen, nehmen sie selbst als Träger der grenzüberschreitenden Warenverkehrs-Transaktion auf der Nachfrageseite am Markt teil. Insofern sind alle Marktteilnehmer, wie auch die Krankenkassen, „Treuhänder“ eines funktionierenden Binnenmarktes, indem sie die Warenverkehrsfreiheit subjektiv ausüben. Die nach deutschem Recht getroffene Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen kann deshalb für das Gemeinschaftsrecht keine Bedeutung haben.¹⁴

6 St. Rechtsprechung des Gerichtshofs, siehe nur EuGH, 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rdnr. 17 f., RIW 1978, 533; 13. 7. 1997 – Rs. C-358/95, Morellato, Slg. 1997, I-1431, Rdnr. 18.

7 Vgl. EuGH, 28. 4. 1998 – Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831, RIW 1998, 544, EWS 1998, 223, Rdnr. 46; 28. 4. 1998 – Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931, EWS 1998, 220, Rdnr. 54; 12. 7. 2001 – Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473, EWS 2001, 377, Rdnrn. 59 und 68 ff.

8 EuGH Rs. C-120/95, Decker (Fn. 7), Rdnr. 36.

9 EuGH Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms (Fn. 7), Rdnr. 55.

10 Unter dem EG-Ausland sind die Mitgliedstaaten der EG außer der Bundesrepublik Deutschland zu verstehen.

11 Mit der Steuer- und Planbarkeit einer flächendeckenden und wirtschaftlichen Versorgung hatte der EuGH im Fall *Smits und Peerbooms* im Hinblick auf die Krankenhausversorgung argumentiert. Diese für die stationäre Versorgung geltenden Argumente lassen sich weder auf die ambulante ärztliche Versorgung noch die Arzneimittelversorgung oder die Erbringung von Laborleistungen übertragen, vgl. näher hierzu *Koenig/Engelmann/Steiner*, MedR 2002, 221, 224 ff.

12 Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 21. 9. 2001 – P/01/4654/Deutschland, S. 5.

13 *Leible*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Stand Mai 2001, Art. 28 EG Rdnr. 5.

14 Vgl. nur EuGH, 18. 6. 1998 – Rs. C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851, RIW 1998, 727, 815, Rdnr. 40; 19. 2. 2002 – Rs. C-309/99, Wouters, noch nicht in amtlicher Sammlung, Rdnr. 65 f.

2. Kostenübernahmeberechtigung und -verpflichtung gilt auch für den Fall des grenzüberschreitenden Versandhandels

Entgegen der Auffassung mancher Aufsichtsbehörden, etwa des Bundesversicherungsamts, gilt dieses Recht und die Pflicht zur Kostenübernahme – trotz der §§ 43 und 73 Abs. 1 AMG – auch für den Fall des grenzüberschreitenden Arzneimittelversandes durch Apotheken in anderen Mitgliedstaaten.

Zwar spricht die genannte bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Kostenübernahme für grenzüberschreitende Leistungen explizit zunächst nur die Bereiche Zahn- und Brillenersatz, ärztliche Leistungen und Krankenhausdienste an. Die vom EuGH diesbezüglich aufgestellten Grundsätze sind im Lichte des gegenwärtig beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens (Rs. C-322/01) betreffend die Vereinbarkeit nationaler Versandverbote für Arzneimittel mit der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 EG) aber ohne weiteres auf den grenzüberschreitenden Versand von Arzneimitteln durch mitgliedstaatlich zugelassene Apotheken anwendbar. Wenn deutsche Aufsichtsbehörden wie das Bundesversicherungsamt allein aufgrund der Vorschriften des deutschen AMG von der Rechtswidrigkeit des grenzüberschreitenden Versandhandels mit Arzneimitteln ausgehen, verkennen sie die EG-Rechtsschutzwirkung des anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens. Etwaige künftige Änderungen des deutschen AMG sind zwar unbeachtlich und abzustellen ist allein auf die derzeit geltende Sach- und Rechtslage. Zu dieser Rechtslage gehört aber auch das europäische Gemeinschaftsrecht.

Daher darf nicht ignoriert werden, dass die Frage, ob sich aus Art. 28 und 30 EG die Unanwendbarkeit mitgliedstaatlicher Arzneimittelversandverbote auf grenzüberschreitende Fälle ergibt, aufgrund des Vorlagebeschlusses des LG Frankfurt am Main vom 10. 8. 2001 – 3/11 O 64/01 gemäß Art. 234 EG nunmehr durch den EuGH zu klären ist. Im Rahmen dieses Verfahrens wird der Gerichtshof entscheiden, ob eine nationale Regelung, nach der die gewerbsmäßige grenzüberschreitende Einfuhr von apothekenpflichtigen Humanarzneimitteln im Wege des Versandhandels durch zugelassene Apotheken aus anderen EU-Mitgliedstaaten aufgrund individueller Bestellungen von Endverbrauchern per Internet untersagt ist, gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs nach Art. 28 ff. EG verstößt oder ob ein derartiges nationales Verbot gemäß Art. 30 EG zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt ist.¹⁵

Vor dieser Entscheidung des Gerichtshofs dürfen nationale Behörden und Gerichte keine Maßnahmen treffen, welche die Wirkungen des Vorabentscheidungsurteils vereiteln könnten und dadurch die praktische Verwirklichung der aus dem EG-Vertrag folgenden Binnenmarktrechte sowie die Wirksamkeit des EG-Rechtsschutzsystems verhindern würden.

a) Rechtsschutzfunktion anhängiger Vorabentscheidungsverfahren

Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung begründet das unmittelbar geltende Verbot der Beschränkung des freien Warenverkehrs gemäß Art. 28 EG individuelle Rechte der Marktteilnehmer, auf die sich diese vor den nationalen Gerichten und Behörden berufen können.¹⁶ Mitgliedstaatliche Regelungen und Maßnahmen, die nicht in Einklang mit Art. 28 EG stehen, dürfen den Marktteilnehmern nicht ent-

gegengehalten werden.¹⁷ Das deutsche Versandhandelsverbot für Arzneimittel vereitelt neben dem durch Art. 28 EG begründeten Recht der Apotheken anderer Mitgliedstaaten, Arzneimittel grenzüberschreitend an Kunden in Deutschland zu versenden, und dem Recht der deutschen Patienten, grenzüberschreitend Arzneimittel auf dem Versandweg zu beziehen, auch das Binnenmarktrecht der Krankenkassen, auf diesem Weg bezogene Arzneimittel als Sachleistung zur Verfügung zu stellen oder die Kosten hierfür zu übernehmen.

Für die gemeinschaftsweit einheitliche praktische Verwirklichung dieser Rechte ist das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG von fundamentaler Bedeutung. Dieses Verfahren dient nicht nur der objektiven Wahrung der Rechtseinheit in der Gemeinschaft, sondern hat auch eine grundlegende Funktion im Rahmen des individuellen Rechtsschutzes der Unionsbürger.¹⁸ Denn der Einzelne hat keine Möglichkeit einer direkten Klage gegen einen Mitgliedstaat vor dem EuGH. Sein Rechtsschutz hinsichtlich der EG-Grundfreiheiten wird nur dadurch gewährleistet, dass er im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten vor den innerstaatlichen Gerichten den Verstoß nationaler Vorschriften gegen das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht rügen und das zuständige Gericht dann dem Gerichtshof eine Frage zur Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vorlegen kann.¹⁹

Demzufolge hat vorliegend das durch Beschluss des LG Frankfurt am Main eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren eine entscheidende Rechtsschutzwirkung. Es dient der Verwirklichung der aus Art. 28 EG folgenden Binnenmarktrechte der Versandapotheken anderer Mitgliedstaaten, ihrer deutschen Kunden, die dort grenzüberschreitend Arzneimittel bestellen wollen, sowie der im Rahmen des Sachleistungsprinzips bzw. der Kostenerstattung auf der Nachfrageseite tätigen gesetzlichen Krankenkassen.

b) Nationale Gerichte und Behörden sind zur (präventiven) Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit von Vorabentscheidungsurteilen verpflichtet

Weiterhin betont der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung, dass die nationalen Gerichte und Behörden effektiv für die Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystems und damit auch für die praktische Wirksamkeit von Vorabentscheidungsurteilen sorgen müssen.²⁰ Diese Pflicht der Mitgliedstaaten, in vollem Umfang die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die innerstaatlichen Gerichte und Behörden sicherzustellen, um den individuellen Rechten, die sich für Unionsbürger aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen, folgt aus Art. 10 Abs. 1 EG.²¹ Hinsichtlich der Bedingungen des

15 Vgl. die Vorlagefragen des LG Frankfurt am Main vom 10. 8. 2001 – 3/11 O 64/01, EWS 2002, 152.

16 EuGH Rs. C-358/95, Morellato (Fn. 6), Rdnr. 17 f.; 5. 3. 1996 – verb. Rs. C-46 und 48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, EWS 1996, 168, Rdnr. 23; 9. 6. 1992 – Rs. C-47/90, Delhaize, Slg. 1992, I-3669, Rdnr. 28; 13. 12. 1983 – Rs. 222/82, Apple and Pear Development Council/Lewis, Slg. 1983, 4083, Rdnr. 37 f.

17 Siehe Leible, in: Grabitz/Hilf (Fn. 13), Art. 28 EG Rdnr. 5.

18 Krück, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 177 Rdnr. 15 f.

19 EuGH, 27. 10. 1982 – Rs. 1/82, D./Luxemburg, Slg. 1982, 3709, Rdnr. 8 ff.; 5. 2. 1963 – Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, I, 26, AWD 1963, 90.

20 Z. B. EuGH Rs. 222/82, Apple and Pear Development Council/Lewis (Fn. 16), Rdnr. 38.

21 EuGH, 19. 6. 1990 – Rs. C-213/89, Factortame u. a., Slg. 1990, I-2433, RIW 1990, 677, Rdnr. 19.

Rechtsschutzes zur Durchsetzung „der den einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte“ vor den nationalen Gerichten stellt der Gerichtshof klar: „Keinesfalls dürfen sie die Ausübung der Rechte praktisch unmöglich machen, die die einzelstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind“.²²

Gerade in Bezug auf beim EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren hat der Gerichtshof mehrfach deutlich gemacht, dass die nationalen Gerichte das Ergebnis eines solchen Vorabentscheidungsersuchens auch auf Rechtsverhältnisse anwenden müssen, die bereits „vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind“²³. Nur so kann die Funktion des Art. 234 EG, eine einheitliche Auslegung der für die einzelstaatlichen Gerichte unmittelbar verbindlichen Vorschriften und gleichzeitig einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, erfüllt werden.

Daraus ergibt sich, dass Vorabentscheidungsurteile über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht nicht nur für das Ausgangsverfahren vor dem vorlegenden Gericht, sondern auch für andere Verfahren von Relevanz sind. Auch schon vor Erlass des Urteils des EuGH muss dem Vorabentscheidungsersuchen Rechnung getragen werden. Die nationalen Behörden und Gerichte müssen daher zwischen dem Vorlagebeschluss und der Entscheidung des Gerichtshofs dafür Sorge tragen, dass das Vorabentscheidungsurteil im Zeitpunkt seines Erlasses volle Wirksamkeit entfalten kann – und dies gerade auch in Bezug auf Sachverhalte, die bereits vor dem Vorlageersuchen eingeleitet worden sind. So können sich auch die Aufsichtsbehörden der Krankenkassen nicht darauf berufen, dass über die Unanwendbarkeit des deutschen Versandverbots im Falle des grenzüberschreitenden Arzneimittelbezugs bisher noch nicht entschieden wurde. Die Rechtsschutzwirkung des anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens ist vielmehr bereits zum jetzigen Zeitpunkt zu berücksichtigen. Das Auslegungsurteil des Gerichtshofs wird keine erst künftig geltende neue Rechtslage schaffen, sondern nur Klarheit über die – auch schon derzeit zu beachtende – Auslegung des geltenden Rechts bringen.

In diesem Sinne misst der Gerichtshof auch der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für den Zeitraum bis zur Beantwortung der Vorlagefrage große Bedeutung zu. Der EuGH geht davon aus, dass die praktische Wirksamkeit des von Art. 234 EG geschaffenen Rechtsschutzsystems beeinträchtigt würde, wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht so lange einstweiligen Rechtsschutz gewähren und die Anwendung des beanstandeten nationalen Gesetzes aussetzen könnten, bis sie auf der Grundlage der Antwort des Gerichtshofs eine endgültige Entscheidung erlassen.²⁴ Die effektive Verwirklichung der Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG setzt somit voraus, dass das Ergebnis des Verfahrens nicht durch anderweitige nationale behördliche oder gerichtliche Entscheidungen vereitelt wird.

c) Durch Anordnung der sofortigen Vollziehung würde die Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens vereitelt

Um die praktische Wirksamkeit des vom LG Frankfurt am Main vorgelegten, gegenwärtig anhängigen Vorabentscheidungsersuchens nicht im Vorhinein zu untergraben, darf der grenzüberschreitende Arzneimittelversand durch Apotheken anderer Mitgliedstaaten bis zur Entscheidung des Ge-

richtshofs nicht durch – die grenzüberschreitende Warentransaktion vereitelnde – Blockaden auf der Kostenübernahmeebene unmöglich gemacht werden. Bei einer sofortigen Vollziehung eines aufsichtsrechtlichen Verbots der Kostenübernahme für aus dem EG-Ausland auf dem Versandweg bezogene Arzneimittel würde dagegen die von Art. 28 EG geschützte grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit, die Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist, faktisch vollständig verhindert. Denn ohne die Kostenübernahme durch die gesetzlichen Krankenversicherungen würden mehr als 90% der Patienten in Deutschland davon absehen, ärztlich verordnete Arzneimittel grenzüberschreitend auf dem Versandweg zu beziehen. Hierdurch würde die Möglichkeit der Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten für Versandapotheken in anderen Mitgliedstaaten gänzlich entfallen. Das wirtschaftliche Überleben von EG-ausländischen Apotheken, die auf die Bedienung deutscher Kunden spezialisiert sind, wäre substanziell gefährdet.

Das Urteil des Gerichtshofs zur Beantwortung der Vorlagefrage könnte folglich im Falle der sofortigen Vollziehung eines an eine deutsche Krankenkasse gerichteten Verbots der Kostenübernahme keine praktische Wirksamkeit mehr entfalten. Die Ausübung der im Vorabentscheidungsverfahren geltend gemachten, aus Art. 28 EG folgenden Rechte würde – entgegen den Vorgaben des EuGH²⁵ – bereits vorher praktisch unmöglich gemacht. Die Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens würde damit grundlegend verkannt. Zur Vermeidung solcher gemeinschaftsrechtswidrigen Folgen ist es im Hinblick auf etwaige Anordnungen des Sofortvollzugs aufsichtsbehördlicher Verbote geboten, gerichtlich die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

III. Weil zu einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit der Bevölkerung nichts vorgetragen ist, ist der Suspensiveffekt wiederherzustellen

Von dem gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Grundsatz, dass die Ausübung der im Vorabentscheidungsverfahren geltend gemachten, aus Art. 28 EG folgenden Binnenmarktrechte nicht vor dem Urteil des Gerichtshofs zur Beantwortung der Vorlagefragen praktisch unmöglich gemacht werden darf, könnte unter eng begrenzten Voraussetzungen allenfalls dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn anderenfalls offensichtliche und erhebliche Gefahren für die menschliche Gesundheit i. S. von Art. 30 EG bestünden. Nur in einem solchen Ausnahmefall dürften aufsichtsbehördliche Anordnungen der sofortigen Vollziehung Bestand haben.

Das Vorliegen solcher erheblichen Gefahren müsste dabei durch den Mitgliedstaat bzw. die im konkreten Fall befassten Aufsichtsbehörden substantiiert dargelegt und nachgewie-

22 EuGH, 10. 7. 1980 – Rs. 811/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Ariete, Slg. 1980, 2545, RIW 1981, 111, Rdnr. 12.

23 EuGH, 27. 3. 1980 – verb. Rs. 66, 127 und 128/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Salumi, Slg. 1980, 1237, RIW 1980, 644, Rdnr. 9; Rs. 811/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Ariete (Fn. 21), Rdnr. 5 f.; Rs. 222/82, Apple and Pear Development Council/Lewis (Fn. 16), Rdnr. 38.

24 EuGH Rs. C-213/89, Factortame u. a. (Fn. 21), Rdnr. 22; 26. 11. 1996 – Rs. C-68/95, T. Port, Slg. 1996, I-6065, RIW 1997, 340, EWS 1997, 65, Rdnr. 50 f.

25 EuGH Rs. 811/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato/Ariete (Fn. 21), Rdnr. 12.

sen werden.²⁶ Hierfür würde es nicht genügen, pauschal darauf hinzuweisen, durch eine unzureichende Beratung bei der Arzneimittelabgabe auf dem Versandweg könne der Schutz der Gesundheit erheblich gefährdet werden. Weder kann sich eine solche Behauptung auf Tatsachen stützen, noch ist sie für sich genommen plausibel. Denn der Apotheker kann seine Beratungs- und Kontrollfunktionen auch dann erfüllen, wenn er dem Patienten nicht von Angesicht zu Angesicht gegenüber steht, sondern das Arzneimittel nach sorgfältiger Beratung und Bestellungskontrolle an den Patienten versendet. Beratungsdefizite ergeben sich insbesondere auch nicht daraus, dass sich der Apotheker in einem anderen Mitgliedstaat als der Kunde befindet.²⁷

Auch die häufig vorgebrachte Behauptung, im Internet sei keine Unterscheidung zwischen seriösen und nicht seriösen Apotheken möglich, ist nicht zutreffend und genügt daher keinesfalls zur Darlegung erheblicher Gesundheitsgefahren im Falle der Fortsetzung der Erstattungstätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen. Vielmehr wird die sichere Identifizierung von Bestell-Websites seriöser, zugelassener Apotheken im Internet insbesondere durch die Regelung der inhaltlichen Anforderungen an die Websites durch die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie) gewährleistet. So sieht Art. 5 dieser Richtlinie eine Reihe von Informationspflichten für die Anbieter von elektronischen Diensten vor. Hervorzuheben sind die Pflichten zur Angabe des Namens, der geo-

graphischen Adresse sowie der zuständigen Zulassungs- und Überwachungsbehörde. Des Weiteren sind Angaben zu machen, die es ermöglichen, schnell mit dem Diensteanbieter Kontakt aufzunehmen. Hinsichtlich reglementierter Berufe kommen weitere Pflichtangaben über die im Niederlassungsstaat anwendbaren berufsrechtlichen Regeln hinzu.

Ohne an dieser Stelle im Detail auf weitere mögliche Einwände eingehen zu können²⁸, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass es den Aufsichtsbehörden nicht gelingen wird, für den Fall der Fortsetzung der Kostenübernahme für grenzüberschreitend auf dem Versandweg bezogene Arzneimittel durch die Krankenkassen offensichtliche, erhebliche und sofort zu beseitigende Gesundheitsgefahren substantiiert darzulegen. Eine Ausnahme von der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht zur effektiven Wahrung der Rechtsschutzwirkung des anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens lässt sich daher nicht begründen. Etwaigen Anträgen auf Wiederherstellung des Suspensiveffektes von Klagen gegen behördliche Verbotsentscheidungen gegenüber deutschen Krankenkassen wäre somit stattzugeben.

26 St. Rechtsprechung des Gerichtshofs, vgl. EuGH, 12. 7. 1990 – Rs. C-128/89, *Kommission/Italien*, Slg. 1990, I-3239, RIW 1990, 600, Rdnr. 23; Rs. C-158/96, *Kohl* (Fn. 7), Rdnr. 52 f.

27 EuGH, 7. 3. 1989 – Rs. 215/87, *Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, Slg. 1989, 617, Rdnr. 20.

28 Näher hierzu *Koenig/Engelmann*, ZUM 2001, 19, 23 ff.