

Newsletter Medizinrecht 11/2016

In diesem Monat haben wir folgende Themen für Sie aufbereitet:

- EUGH: Das deutsche Rabattverbot auf Rx-Arzneimittel ist europawidrig
 - Unzulässigkeit der Zugabe von Geschenkkarten beim Kauf von Medizinprodukten
 - Übertragung Vertragsarztzulassung auf MVZ
 - Werbung für Schönheitsoperationen mit Vorher-Nachher-Bildern
 - Werbung mit kostenlosem Lasig-Quick-Check
 - Bundessozialgericht regelt die Nachbesetzung von Chirurgiesitzen im MVZ neu
 - Abgabepreis des Pharmagroßhandels von Fertigarzneimitteln an Apotheken
-

• EUGH: Das deutsche Rabattverbot auf Rx-Arzneimittel ist europawidrig

*von Joachim Messner und Milana Sönnichsen
Rechtsanwälte und Fachanwälte für Medizinrecht*

Das EuGH hat im Urteil vom 19.10.2016 entschieden: Das deutsche Arzneimittelpreisrecht (Rabattverbot bei Rx) ist europarechtswidrig. Gegen dieses Urteil sind keine weiteren rechtlichen Schritte möglich. Es bleibt abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber auf dieses Urteil reagiert.

Konsequenz für die Praxis: Die ausländischen Apotheken, welche verschreibungspflichtige Arzneimittel nach Deutschland liefern, müssen sich nicht an das deutsche Rabattverbot halten.

In seinem Urteil begründet der EuGH zunächst, warum das einheitliche deutsche Preisrecht die ausländischen Versandapotheken stärker im Verhältnis zu deutschen Präsenzapotheken benachteiligt. Der EuGH geht davon aus, dass Versandapotheken mit ihrem eingeschränkten Leistungsangebot eine solche Versorgung nicht angemessen ersetzen können, und somit der Preiswettbewerb für sie ein wichtigerer Wettbewerbsfaktor sein kann als für traditionelle Apotheken, weil es vom Preiswettbewerb abhängt,

ob sie einen unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt finden und auf diesem konkurrenzfähig bleiben.

Fazit:

Es ist für die deutschen Apotheken eine neue Wettbewerbssituation mit den ausländischen Versandapotheken entstanden, die nach der Rechtskraft des Urteils Rx-Arzneimittel rabattieren dürfen. Die deutschen Apotheken müssen dagegen das Rabattverbot auf Rx-Arzneimittel weiterhin beachten.

Es ist in Kürze zu erwarten, dass die ersten Verfahren geführt werden, um die Frage zu klären, ob das Arzneimittelpreisrecht für deutsche Apotheken noch haltbar ist. Wir sind mit einigen anderen im Medizinrecht tätigen Anwaltskollegen der Auffassung, dass dies nicht der Fall ist. Die Frage ist nur, wann, ob und wie der Gesetzgeber hier aktiv sein wird. Es ist sowohl vorstellbar, dass der Gesetzgeber mit der Zeit den Versand mit Rx-Arzneimitteln verbietet, als auch, dass das Rabattverbot auch in Deutschland gekippt wird.

Wir werden Sie über die weiteren Entwicklungen informieren und bei Bedarf gemeinsame Lösungen erarbeiten.

• Unzulässigkeit der Zugabe von Geschenkkarten beim Kauf von Medizinprodukten

*Von Milana Sönnichsen,,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht*

Der Verkauf von Medizinprodukten mit einer an den Verkauf gekoppelten kostenfreien Abgabe einer Geschenkkarte mit einem Gegenwert von 5,00 EUR oder 10,00 EUR zu bewerben, ist unzulässig, so das Oberlandesgericht Köln im Urteil vom 01.07.2016.

Im vorzitierten Fall bewarb eine Apotheke in einem Faltblatt mit dem Titel „Die Zeitung der G-Apotheke“, dass beim Einkauf von Medizinprodukten (Blutdruckmessgeräte) in dieser Apotheke eine Geschenkkarte eines Internetversandhändlers im Wert von 5,00 bzw. 10,00 EUR je nach Kaufpreis des gekauften Medizinproduktes an den Verbraucher gegeben wird.

Das Oberlandesgericht Köln hielt die Bewerbung der Geschenkkarte für unzulässig nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, wonach Zuwendungen oder sonstige Werbegaben für Arzneimittel und Medizinprodukte nur in engen Ausnahmetatbeständen zulässig sind, welche hier nicht vorlagen.

Das insoweit bestehende grundsätzliche Verbot für Werbegaben gilt auch für die Werbung von Medizinprodukten.

Die Wertgrenze für eine geringwertige Kleinigkeit hat der Bundesgerichtshof bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei 1,00 EUR

pro Präparat gesetzt. Auch wenn bei Medizinprodukten teilweise eine höhere Wertgrenze in Betracht gezogen wurde, liegt die Wertgrenze zurzeit nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung bei allenfalls 5,00 EUR (BGH, Urteil vom 12.02.2015). Im vorliegenden Fall wäre bei einem Preis des Blutdruckgerätes in Höhe von 49,90 EUR ein Gutschein in Höhe von 5,00 EUR gewährt worden und bei einem Preis des Blutdruckmessgerätes für 59,90 EUR ein Gutschein in Höhe von 10,00 EUR fällig. Nach Ansicht der Richter handelt es sich bei den Gutscheinen somit nicht mehr um eine geringwertige Kleinigkeit, zumal etwa 10% des Warenwertes zugegeben werden.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist den Apothekern dringend zu empfehlen, ihre Werbung für OTC und RX vor der Freischaltung rechtlich überprüfen zu lassen, um weitere nicht unerhebliche Kosten durch wettbewerbsrechtliche Klagen der Mitbewerber möglichst zu vermeiden.

*Quelle: Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 01.07.2016,
Az.: 6 U 151/15*

• Übertragung Vertragsarztzulassung auf MVZ

*Von Joachim Messner,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht*

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat mit Urteil vom 22.04.2016 festgestellt und entschieden, dass eine vertragsärztliche Zulassung keine vermögensrechtlich nutzbare Rechtsposition

ist. Es hat in einem Fall entschieden, in dem ein Radiologe seine vertragsärztliche Zulassung in ein Medizinisches Versorgungszentrum (kurz: MVZ) zur Anstellung eingebracht hat. Der Arbeitgeber hatte in der Folge dieses Anstellungsvertrages fristlos gekündigt. Der Radiologe machte daraufhin bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen das MVZ geltend und beanspruchte eine Zahlung in Höhe von EUR 242.000,00 als Ausgleich für die Einbringung der vertragsärztlichen Zulassung.

Mit seiner Entscheidung bestätigt das Landesarbeitsgericht Hamm eigentlich schon auch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Verwertung von vertragsärztlichen Zulassungen, wonach ein isolierter Handel mit Vertragsarztsitzen ohne eine Praxis unzulässig ist. Die Übertragung einer vertragsärztlichen Zulassung kann allein der Zulassungsausschuss entscheiden. Die Übertragung einer Zulassung auf ein MVZ obliegt also nicht den Vertragsärzten.

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm zeigt, wie wichtig es ist, die Einbringung von Arztpraxen, Beteiligungen an Arztpraxen einschließlich des Vertragsarztsitzes in MVZ gut vorzubereiten und nicht nur isolierte Vertragsarztsitze in das MVZ einzubringen.

Quelle: Gesundheitsrecht 2016, Seite 655 ff. - Urteil LAG Hamm v. 22.4.2016, Az.: 10 Sa 769/15

• Werbung für Schönheitsoperationen mit Vorher-Nachher-Bildern

*Von Joachim Messner,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht*

Das Oberlandesgericht Koblenz hat mit seinem Urteil vom 11.05.2016, Az.: 9 U 1362/15 entschieden, dass eine vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor oder nach einem operativ plastisch-chirurgischem Eingriff im Rahmen eines Internetauftrittes auch dann gegen § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG verstößt, wenn die werbliche Intension dieser Darstellung nicht im Vordergrund stand.

Hintergrund war ein Fall, in dem die Wettbewerbszentrale gegen den Internetauftritt einer Privatklinik klagte und Unterlassung der auf der Internet-Homepage dargestellten Fotografien seiner Patientinnen vor und nach durchgeführten schönheitschirurgischen Eingriffen dargestellt war.

Insoweit sich das OLG Koblenz auf die gesetzliche Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 3 beruft, ist der Wortlaut eindeutig. In § 11 Abs. 1 Satz 3 ist ausdrücklich geregelt, dass bei operativ plastisch-chirurgischen Eingriffen nicht mit der Wirkung einer solchen Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach dem Eingriff geworben werden darf.

*Quelle: Gesundheitsrecht 2016, Seite 625 ff.,
Urteil des OLG Koblenz vom 11.05.2016, Az.: 9 U 1362/15*

Newsletter Medizinrecht 11/2016

• Werbung mit kostenlosem Lasig-Quick-Check

*Von Joachim Messner,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht*

Das Oberlandesgericht (OLG) Köln hat entschieden, dass die Werbung eines Augenarztes mit einem kostenlosen Lasig-Quick-Check gegen § 7 Abs. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) verstößt.

Nach § 7 Abs. 1 HWG ist verboten, dass Werbegaben angeboten, angekündigt oder gewährt werden. Das OLG hat klargestellt, dass der Augenarzt in dem vorliegenden Fall gerade nicht mit dem Lasig-Quick-Check selbst geworben hat, vielmehr wird mit dem Lasig-Quick-Check für die Lasig-Augen-Operation geworben. Darum ist auch die Bewerbung der Lasig-Augen-Operation mittels kostenlosen Lasig-Quick-Check nach § 7 Abs. 1 HWG unzulässig.

*Quelle: Urteil des OLG Köln vom 20.05.2016,
Az.: 6 U 155/15)*

• Bundessozialgericht regelt die Nachbesetzung von Chirurgiesitzen im MVZ neu

*Milana Sönnichsen
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht*

Die Nachbesetzung chirurgischer Vertragsarztsitze in einem MVZ muss grundsätzlich nur durch Chirurgen erfolgen; die Nachbesetzung durch einen Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie wird meistens nicht genehmigt, so entschied das Bundessozialgericht im sogenannten Ber-

liner Verfahren im Urteil vom 28.09.2016, Az.: B 6 KA 40/15 R.

Im vorgenannten Fall ging es um die Frage, ob bei der Nachbesetzung eines angestellten Sitzes eines Chirurgen in einem MVZ auch ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie als Nachfolger in Frage kommt. Das Sozialgericht Berlin lehnte dies ab, das klagende MVZ rief das Bundessozialgericht im Wege der Sprungrevisi- on an.

Das Bundessozialgericht hält eine Nachbesetzung von Angestelltensitzen für Fachärzte für Chirurgie durch Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie nur dann für genehmigungsfähig, wenn der zuvor angestellte Facharzt für Chirurgie (der nunmehr nachbesetzt werden soll) bereits über die Schwerpunktbezeichnung „Unfallchirurgie“ verfügte. Das Bundessozialgericht lies dabei die Frage offen, ob auch in den Fällen, in denen ein Facharzt für Chirurgie (ohne die Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie) zusätzlich über die Anerkennung als „Durchgangs- arzt“ verfügt, ebenfalls eine Nachbesetzung durch diesen Facharzt genehmigungsfähig ist.

Die vorzitierte Entscheidung ist wohl sozialpolitisch motiviert. Im Verfahren wies die Kassenärztliche Vereinigung Berlin als Beteiligte darauf hin, dass ein „Ausbluten“ der Anstellung von Chirurgen zu befürchten ist, wenn Nachbesetzungen von chirurgischen Angestellten- sitzen durch Orthopäden und Unfallchirurgen langfristig ermöglicht werden. Dies würde nach Ansicht der Kassenärztlichen Vereinigung Berlin

Newsletter Medizinrecht 11/2016

die Sicherstellung in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung bezüglich chirurgischer Leistungen gefährden. Das Bundessozialgericht ist dieser Argumentation wohl in seiner Entscheidung gefolgt.

Quelle: Bundessozialgericht, Urteil vom 28.09.2016, B 6 KA 40/15 R

• Abgabepreis des Pharmagroßhandels von Fertigarzneimitteln an Apotheken

*von Milana Sönnichsen
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht*

Der Großhandel darf einen Rabatt nur im Rahmen des durch Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) festgelegten Höchstzuschlages von 3,15% auf den Herstellerpreis (maximal EUR 37,80) gewähren. Der Festzuschlag von EUR 0,70 darf von Pharmagroßhandel nicht zusammen mit Skonti beworben und gewährt werden, andernfalls handelt der Pharmagroßhandel wettbewerbswidrig, so das Oberlandesgericht Bamberg im Urteil vom 29.06.2016, Az.: 3 U 216/15.

Im vorzitierten Fall warb ein Pharmagroßhandel wie folgt:

„Wir gewähren unseren Apothekenkunden auf alle A...-Artikel bis zu EUR 70,00
3% Rabatt + 2,5% Skonto auf den rabattierten Preis = 5,425%.

Ab EUR 70,00 bis zur Höchstpreisgrenze
2% Rabatt + 2,5% Skonto auf den rabattierten Preis = 4,45%.“

Wegen dieser Werbung verklagte die Wettbewerbszentrale den Pharmagroßhandel.

Das OLG Bamberg führte aus, dass § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV dem Großhandel die Möglichkeit gebe, eine bestimmte Preisspanne unausgeschöpft zu lassen und die Apotheken zum Herstellerabgabepreis zu beliefern. Die Möglichkeit des Großhandels, Zuschläge zu erheben, wird durch die Vorschriften nach oben, also nicht nach unten, begrenzt. Die Skonto-Gewährung ist grundsätzlich zulässig und nicht wettbewerbswidrig. Jedoch darf der vom Gesetzgeber vorgegebene Preisrahmen in Höhe von 3,15% nicht unter dem Deckmantel von Skonti, die zudem das aktuelle Zinsniveau um ein vielfaches überschritten, nahezu verdoppelt werden.

Das OLG Bamberg entschied, dass sich das über den Festzuschlag vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Rabattbeschränkung nur erreichen lässt, wenn dieser nicht, auch nicht über die Gewährung von Skonti, angetastet wird und somit die Skontigewährung „on the top“ zum Rabatt und Festzuschlag unzulässig sei.

Der Gesetzgeber wollte mit dem Festzuschlag dem Großhandel eine Vergütung verschaffen, die die Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung unabhängig vom Preis des Arzneimittels gewährleistet. Dieses gesetzgeberische Ziel würde nach Ansicht der Richter grundsätzlich in Frage gestellt, wenn dieser Festzuschlag ganz oder teilweise nicht gezahlt würde. Dies wäre vor Allem dann der Fall, wenn

Newsletter Medizinrecht 11/2016

durch die Möglichkeit der Gewährung von Skonti der Wettbewerb unter den Großhändlern im Bereich des Festzuschlags eröffnet würde. Jeder Großhändler hätte dann die Möglichkeit, ggf. unter Berufung auf die Handelsüblichkeit durch die Einräumung weiträumiger Zahlungsziele und eines nach eigenem Beliebens zu gewährenden Nachlasses de facto einen Preiskampf auch in diesem Bereich entgegen der Intention des Gesetzgebers zu eröffnen.

Konsequenz für die Praxis:

Diese Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig und zurzeit beim Bundesgerichtshof (BGH) an-

hängig unter dem Az.: I ZR 172/16. Würde der BGH die Entscheidung des OLG Bamberg bestätigen, bedeutet dies für den pharmazeutischen Großhandel, dass jegliche Skonti oberhalb der genannten Grenze der Rabattgewährung nach § 2 AMPPreisV unzulässig sein würden.

Insoweit ist dem Pharmagroßhandel sowie den Apotheken zu empfehlen, die Entscheidung des BGH abzuwarten, um das eigene Verhalten bei der Gewährung und Annahme von Skontis daran messen zu können.

*Quelle: OLG Bamberg, Urteil vom 29.06.2016,
Az.: 3 U 216/15*

Mit freundlichen Grüßen



Joachim Messner und Milana Sönnichsen