

RECHTSPRECHUNG AKTUELL

DOI: 10.1007/s00350-011-2997-x

Karl Otto Bergmann und Carolin Wever**I. Kommentierte Gerichtsentscheidungen****Vertragsarztrecht***OVG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 27. 4. 2011 – 9 A 1174/08 –*

Die Überprüfung von Röntgeneinrichtungen eines Sozialleistungsträgers i. S. des § 12 S. 1 i. V. mit § 23 Abs. 2 SGB I durch eine Ärztekammer ist kostenfrei gemäß § 64 Abs. 2 S. 1 SGB X, jedenfalls solange der eindeutige Schwerpunkt des Einsatzes im sozialmedizinischen Bereich liegt. (Leitsatz der Bearbeiter)

Die Parteien streiten über die Kosten der Überprüfung von Röntgeneinrichtungen. Die Klägerin ist ein Sozialleistungsträger. Ihr sozialmedizinischer Dienst unterhält verschiedene Untersuchungsstellen und betreibt dort Röntgeneinrichtungen. Die Beklagte, eine Ärztekammer, überprüft diese Einrichtungen nach Maßgabe der Röntgenverordnung zur Qualitätssicherung. In diesem Zusammenhang setzte die Beklagte Verwaltungsgebühren fest. Zu Unrecht, wie das OVG entschied.

Das Gericht bestätigte das VG darin, die Überprüfung der Kostenfreiheit unter § 64 Abs. 2 S. 1 SGB X zu subsumieren. Danach sind Geschäfte und Verhandlungen, die aus Anlass oder Beantragung, Erbringung oder Erstattung einer Sozialleistung nötig werden, kostenfrei. Diese Norm gilt nach der Rspr des BVerwG auch im Verhältnis zwischen Sozialleistungsträgern und anderen Behörden, deren Verwaltungstätigkeit nicht nach dem Sozialgesetzbuch ausgeübt wird (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 1070).

Den Ärztekammern ist als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 HeilBerG NRW übertragen, ärztliche Stellen nach der Röntgenverordnung und der Strahlenschutzverordnung zur Qualitätssicherung bei der Untersuchung und Behandlung von Menschen einzurichten. Damit nimmt die Beklagte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i. S. des § 1 Abs. 1, 2 VwVfG NRW wahr. Abweichend von § 28 HeilBerG NRW untersteht sie der Fachaufsicht des für den Strahlenschutz zuständigen Ministeriums.

Die Begriffe „Geschäfte und Verhandlungen“ gemäß § 64 Abs. 2 S. 1 SGB X sind weit zu verstehen. Sie umfassen alle mit der Beantragung, Erbringung oder Erstattung von Sozialleistungen in Zusammenhang stehenden Verwaltungstätigkeiten. Bereits die Formulierung „aus Anlass“ der Erbringung von Sozialleistungen legt nach Ansicht des Gerichts ein Verständnis nahe, dass die Kostenfreiheit nicht auf den engen Bereich der eigentlichen Leistungsgewährung beschränkt ist. Zweck der Regelung ist es, die Sozialleistungsträger im Leistungsbereich von unnötigen Ausgaben zu entlasten (vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 624). Die Tätigkeit muss nicht im Zusammenhang mit dem konkreten Fall einer Klärung von Rentenansprüchen stehen.

Die Beklagte hatte angeführt, die geprüften Röntgeneräte würden auch von externen Auftraggebern eingesetzt und somit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 64 Abs. 2 S. 1 SGB X. Nach Ansicht des Gerichts entfällt die Gebührenfreiheit dadurch nicht; jedenfalls dann nicht, wenn der eindeutige Schwerpunkt des Einsatzes im sozialmedizinischen Bereich liegt.

Apothekenwerberecht*OVG Nieders., Beschl. v. 8. 7. 2011 – 13 ME 111/11 –*

Wird bei einem gegen die Arzneimittelpreisbindung verstoßenden Kundenbindungssystem einer Apotheke die für zivilrechtliche Unterlassungsbegehren maßgebliche und sich aus dem Heilmittelwerbe- und Wettbewerbsrecht ergebende „Spürbarkeitsschwelle“ eindeutig und offenkundig nicht unterschritten, darf dies bei einer aufsichtsbehördlichen Ermessensentscheidung nach dem Arzneimittelpreisrecht nicht ausgeblendet werden.

Einzelfall, bei dem die demnach an der wettbewerbsrechtlichen „Spürbarkeitsschwelle“ zumindest zu orientierende aufsichtsbehördliche „Eingriffsschwelle“ nicht überschritten ist.

In dem vorliegenden Beschluss gleicht das OVG die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung zum Komplex „Kundenbindung durch Bonuspunkte“ an die zivilrechtliche Rechtsprechung an und argumentiert, dass eine Aufsichtsbehörde nicht höhere Kontrollrechte haben dürfe als ein konkurrierender Marktteilnehmer. Die stetige ausdrückliche Betonung, es handele sich um eine „Einzelfallentscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes“ lässt das Gegenteil erahnen.

Der Antragsteller ist Inhaber zweier Filialapotheken und im Besitz einer Apotheken-Versandhandelserlaubnis. Zur Kundenbindung hatte er bei Einkäufen im Freihandelsortiment einen „Apotheken-Taler“ eingeführt. Bei Verwendung des Talers im Rahmen des Einkaufs in der ausgebenden Apotheke wurde der Taler mit einem Wert von 50 Cent berechnet. Seit Herbst 2010 gab er die Taler auch für jedes eingelöste Rezept aus.

Die Antragsgegnerin, Standesvertretung und Selbstverwaltungskörperschaft der niedersächsischen Apotheker, untersagte dem Antragsteller, solche Taler bei der Einlösung eines Rezeptes über verschreibungspflichtige Arzneimittel abzugeben. Der Antragsteller legte Klage ein und beantragte vorläufigen Rechtsschutz. Den Antrag im vorläufigen Rechtsschutzverfahren lehnte das VG ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

Zunächst stellt das OVG lehrbuchmäßig das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO dar: Das Interesse des Adressaten an einem Aufschub muss das öffentliche Interesse an der Vollziehung des VA überwiegen – maßgeblich seien die in summarischer Prüfung zu ermittelnden Erfolgsaussichten der Hauptsache. Vorliegend gehe dieses Ergebnis zugunsten des Antragstellers aus, weil überwiegende Gründe dafür sprächen, dass sich die angegriffene Untersagungsverfügung im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig erweisen werde.

Sodann legt das Gericht zunächst ausführlich dar, dass die Apothekentaler eindeutig gegen die Arzneimittelpreisbindung i. S. von § 69 Abs. 1 S. 1 AMG verstoßen. Dies sei schon dann der Fall, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar zunächst der korrekte Preis angesetzt werde, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt würden, die den Erwerb wirtschaftlich günstiger erscheinen ließen. Der Apothekenabgabepreis sei der wirtschaftlichen Disposition des Apothekers in jeder Hinsicht entzogen, auf Art und Höhe der Preisreduzierung komme es daher nicht an. Dies treffe auch auf „Apotheken-Taler“ zu einem Rückkaufswert von 50 Cent zu. Auch dieser Umstand ziele darauf ab, sich gegenüber anderen Apotheken einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, der durch die Arzneimittelpreisbindung verhindert werden soll. Entsprechend sei der Tatbestand des § 69 Abs. 1 S. 1 AMG erfüllt.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle i. S. des § 3

Abs. 1 UWG nicht überschritten sei und ein Mitbewerber oder eine Wettbewerbszentrale keinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend machen könne. Die spezifisch wettbewerbsrechtlichen Überlegungen schränken die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Arzneimittelpreisbindung ersichtlich nicht ein. Der BGH gehe ebenso von einem Nebeneinander der Normen von AMG, HWG und UWG aus.

In der weiteren Begründung des Beschlusses bedient sich der Senat dann eines „Kunstgriffs“: Zwar sei der Tatbestand des § 69 Abs. 1 S. 1 AMG, der Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung, klar erfüllt. Es handele sich dabei aber (entgegen dem Wortlaut der Norm!) um eine Ermessensentscheidung. Bei einer solchen Ermessensentscheidung müssten sich die gesetzlichen Wertungen des Wettbewerbs- und Heilmittelwerberechts zumindest widerspiegeln. Auch das HWG kenne das Verbot von Bar-Rabatten zur Vermeidung von Preiswettbewerb unter Apothekern. Gerade vor diesem Hintergrund erscheine es fragwürdig, wenn von einer Aufsichtsbehörde öffentlich-rechtlich etwas durchgesetzt werden könne, was ein konkurrierender Marktteilnehmer zivil- bzw. wettbewerbsrechtlich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt verlangen könne.

Voraussetzung für eine derartige Ermessensentscheidung sei allerdings, dass durch die in Rede stehenden Werbeabgaben die wettbewerbsrechtliche Spürbarkeitsschwelle offenkundig und eindeutig nicht überschritten sei. (Nur) dadurch könne es gerechtfertigt sein, die öffentlich-rechtliche Durchsetzung der Arzneimittelpreisbindung im Ermessenswege zurücktreten zu lassen. Damit sei zugleich eine unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung anzustrebende Wertungsgleichheit zwischen dem Arzneimittelpreisrecht einerseits und dem Heilmittelwerbe- und Wettbewerbsrecht andererseits gewährleistet. Ein „Apotheken-Taler“, der pro Rezept ausgegeben wird und dem bei Einlösung auf das nicht verschreibungspflichtige Sortiment der ausgebenden Apotheke ein Wert von 50 Cent zukommt, überschreite diese Schwelle nicht.

Weiterer Vorlagebeschluss des BGH zur Strafbarkeit des Vertragsarztes bei Verordnungen

BGH, Beschl. v. 20. 7. 2011 – 5 StR 115/11 –

Der 5. Strafsenat des BGH legt im Anschluss an den Beschluss des 3. Senats vom 5. 5. 2011 – 3 StR 458/10 –, MedR 2011, ■ (in diesem Heft) dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 4 GVG die Frage vor, ob ein Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln als Amtsträger i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB oder als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB handelt. Während der Vorlagebeschluss des 3. Senates vom 5. 5. 2011 die Verordnung von Hilfsmitteln (TENS-Geräte) i. S. von § 33 SGB V betrifft, die ärztlichen Verordnung unterliegen (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V), soll der Vorlagebeschluss des 5. Strafsenates zu einer Vertiefung der dort zu erörternden Rechtsfrage beitragen, soweit es die Verordnung von Arzneimitteln i. S. des § 73 Abs. 2 SGB V betrifft.

Im zu entscheidenden Fall hatte die Angeklagte als Pharmareferentin im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung mit dem Vertragsarzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie für die Verordnung von Arzneimitteln der bestimmten Firma vereinbart, wobei die Zahlungen als Honorar für wissenschaftliche Vorträge getarnt waren, die tatsächlich nicht stattfanden. Zugleich erhielt der Arzt, der sich diesem Verordnungsmanagement angeschlossen hatte, das EDV-System „DOCexpert“ kostenfrei mit der Möglichkeit, die Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch wertstoffgleiche billigere Arzneimittel auszuschließen. Das Landgericht hatte das Verhalten der Angeklagten als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) gewertet,

jedoch eine Strafbarkeit nach § 334 StGB verneint. Die Vertragsärzte seien zwar Leistungserbringer für die Krankenkassen und die Krankenkasse handele nach den Grundsätzen eines Erwerbsgeschäftes, so dass sie als geschäftlicher Betrieb anzusehen sei. Eine Amtsträgereigenschaft nach § 334 StGB scheide aber aus, weil die Vertragsärzte ungeachtet ihrer vertragsärztlichen Zulassung nach § 95 SGB V nicht zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt seien.

Der 5. Strafsenat hält eine Klärung durch den Großen Senat für Strafsachen für erforderlich, weil sich die Rechtslage bei der Verordnung von Arzneimitteln von der bei Hilfsmitteln, die der Vorlage des 3. Strafsenats zugrundeliegt, unterscheide. Bei Hilfsmitteln trifft die Verordnung in der Regel nur das Hilfsmittel an sich, nicht jedoch das konkrete Hilfsmittel eines bestimmten Herstellers. Zudem ist vor Abgabe eines Geräts die Bewilligung der Krankenkasse einzuholen. Die Verordnung von Arzneimitteln ist demgegenüber die verantwortliche Entscheidung des Arztes zugunsten eines Produkts und zählt zu dem Kernbereich ärztlicher Tätigkeit, die der Vertragsarzt gegenüber dem Versicherten erbringt. Durch die unterschiedliche Fallkonstellation wird eine Vertiefung der zu erörternden Rechtsfragen durch den Großen Strafsenat erwartet. Die Vorlage wird Klarheit hinsichtlich der Anforderungen im Bereich des Pharmamarketings bringen und die Praxis sich künftig an den entsprechenden Vorgaben des Großen Senates für Strafsachen orientieren müssen.

II. Gerichtsentscheidungen in Leitsätzen

Arzthaftungsrecht

LG Heidelberg, Urt. v. 29. 6. 2011 – 4 O 95/08 –

Keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten über das Risiko einer Nervirritation bei einer medizinisch indizierten Blutabnahme (Leitsätze der Verfasser)

1. Die Frage, ob es im Einzelfall einer Risikoaufklärung bedarf, ist rechtlich zu bewerten und nicht allein in die Kompetenz eines medizinischen Sachverständigen zu stellen. Es bedarf jedoch sachverständiger Beratung, ob unter Zugrundelegung medizinischer Standards festzustellen ist, ob ein bestimmtes Risiko eingriffstypisch ist.

2. Die vom BGH (NJW 2006, 2108) zur Aufklärungspflicht über fremdnützige Blutspenden entwickelte Rechtsprechung ist nicht unmittelbar auf eine medizinisch indizierte Blutentnahme zu übertragen.

3. Eine Aufklärungspflicht besteht nicht hinsichtlich Risiken eines Eingriffs, die sich auch für einen medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs ohnehin ergeben. Zwar ist das Risiko einer Nervenirritation bei der Blutentnahme einem medizinischen Laien in gleichem Umfang geläufig wie das Risiko von Rötungen und Hämatomen. Angesichts der grundsätzlich geringen Invasivität des Eingriffs der Blutentnahme erscheint es jedoch nicht gerechtfertigt, entgegen der seit Jahrzehnten bestehenden allgemeinen medizinischen Praxis vor der Blutentnahme eine Aufklärung über Nervenirritationen zu fordern.

Beihilferecht

VGH Bad-Würt., Urt. v. 28. 6. 2011 – 2 S 832/11 –

Beihilfefähigkeit von Familienhilfe und Haushaltshilfe

Bei der Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 8 BVO a. F., der die aus Anlass einer Krankheit entstandenen Aufwendungen für eine Familienhilfe und Haushaltshilfe unter bestimmten Voraussetzungen für beihilfefähig erklärt, ist nicht danach zu differenzieren, ob die Aufnahme der den Haushalt führenden Personen in das Krankenhaus wegen einer eigenen Erkrankung oder (nur) als Begleitperson erfolgt ist.