



**Das „entschärfte“ Gesetz zur Korruptions-
bekämpfung im Gesundheitswesen –
Welche berufs- und wettbewerbsrechtlichen
Schranken bleiben bestehen?**

BPI-Infotag

Berlin, 2. Juni 2016



Agenda

- Wettbewerbsrechtliche Schranken im Verhältnis
 - Pharmazeutischer Unternehmer → Apotheker
 - Pharmazeutischer Unternehmer → Ärzte

insbesondere § 7 HWG (i.V.m. § § 8 Abs. 1, 3, 3a Abs. 1 UWG)

- Berufsrechtliche Schranken für
 - Apotheker: § 10 Apothekengesetz
 - Ärzte: § § 31 MBO

jeweils i.V.m. § § 8 Abs. 1, 3, 3a Abs. 1 UWG

Einführung

Nach „Entschärfung“ der §§ 299a/b StGB:

Folgende (bisher übliche) Geschäftspraktiken zwischen pharmazeutischen Unternehmen und Apotheken haben keine strafrechtliche Relevanz mehr:

- (herkömmliche Rabattaktionen),
- Kostenlose Bereitstellung von z.B. Patientenbroschüren, Schaufenster-Dekorationen, Kunden-Werbeartikel (z.B. Taschentücher, Tragetaschen),
- Rückvergütungen an Apotheken bei Erreichen bestimmter Absatz-/Umsatzgrenzen,
- Zahlungen an Apotheken(kooperationen), damit OTC-Arzneimittel in Sichtwahl platziert werden,
- Werbekostenzuschüsse (z.B. für Bannerschaltungen, etc.) zur Optimierung der Online-Präsenz von Arzneimitteln auf Homepage von Versandhandelsapotheken.

3

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

Aber: das Wettbewerbsrecht setzt Schranken für folgende Praktiken:

Rückvergütungen an die Apotheken bei Erreichen einer Absatz-/Umsatzgrenze und
Zahlungen an Apotheken(kooperationen), damit OTC-Arzneimittel in der Sichtwahl platziert werden:

- Zahlungen für bestimmte Platzierungen in Apotheken oder sog. „Regalmiete“ waren schon bisher wettbewerbsrechtlich problematisch: Wettbewerbsgerichte sahen Beeinflussung der berufsrechtlichen Unabhängigkeit (§ 10 ApoG). Verstöße gegen § 10 ApoG zugleich Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG a.F. (§ 3a UWG n.F.) dar.

4

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

Werbekostenzuschüsse (z.B. für Bannerschaltungen, etc.) zur Optimierung der Online-Präsenz von Arzneimitteln auf Internetseiten von Versandhandelsapotheken:

- Vertragliche Vereinbarung (Verpflichtung des pU zur Zahlung von WKZ und Verpflichtung der Apotheker zur bevorzugten Berücksichtigung der so beworbenen Arzneimittel bei einer Wahlfreiheit des Apothekers) verletzt § 10 ApoG (i. V. mit § 4 Nr. 11 UWG a.F. bzw. § 3a UWG n.F.) sowie § 4 Nr. 1 UWG a.F. (vgl. hierzu KG, Urteil vom 11.09.2012 - 5 U 57/11).

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

Zur Erinnerung:

§ 10 Apothekengesetz:

„Der Erlaubnisinhaber darf sich nicht verpflichten, bestimmte Arzneimittel *ausschließlich* oder *bevorzugt* anzubieten oder abzugeben oder anderweitig die Auswahl der von ihm abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler oder von Gruppen von solchen zu beschränken.“

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

Beispielsfall Platzierungs- und Dekowettbewerb (LG Saarbrücken, Urt. v. 01.03.2016, Az. 7 O 10/16):

„Wer die Schaufensterdekoration, bestehend aus Winkelplakat, Großfaktise und Aufkleber als ... Blickfang im Schaufenster dekoriert, fotografiert und das Bild einsendet, nimmt an der Verlosung teil.“

1. Preis: € 1.500,--
2. Preis: € 300,--
3. Preis: € 200,--

→ Wettbewerbswidrig gem. **§ 7 Abs. 1 HWG** i.V.m. § 8 Abs. 1, 3, 3a Abs. 1 UWG

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

- Gewinnmöglichkeit ist Werbegabe / € 1.500,-- als möglicher Hauptgewinn keine geringwertige Kleinigkeit / Teilnahme an Gewinnspiel ist wirtschaftlicher Anreiz
- Nicht nur abstrakte Gefahr der Beeinflussung / € 1.500,-- ist sachwidriger Anreiz, die Schaufenster bzw. Innenbereich der Apotheke zu dekorieren:
- Verbraucher dürfen erwarten, dass Präparate nicht wg. Gewinnspiels beworben werden, sondern wg. pharmazeut. Güte und Qualität empfohlen und beworben werden.
- Dekoration ist Teil des Beratungs- und Verkaufsverhaltens des Apo-Personals
- Keine Ausnahme gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 – 5 HWG einschlägig, insbesondere kein bestimmter Geldbetrag (Rabatt, Nr. 2a).

Berufsrechtliche Schranken

Generell:

- **Ärzte** sind berufsrechtlich verpflichtet, heilberufliche Verordnungs-, Abgabe- und Zuführungsentscheidungen allein im Interesse des Patienten zu treffen ... (§ 31 Abs. 1 MBO)

→ Verletzung z.B., wenn Arzt sich ggü. Vorteilsgeber verpflichtet, bestimmte Arzneimittel zu verordnen / ärztl. Gegenleistung besteht hier in einer unzulässigen Einschränkung der ärztl. Entscheidungsfreiheit
- **Apotheker** sind bei der Abgabe von Arzneimitteln unabhängig vom Bestehen einer Wettbewerbsslage, berufsrechtlich gegenüber Patienten zur heilberuflichen Unabhängigkeit verpflichtet ... (z.B. § 7 Abs. 1 Berufsordnung LAK Berlin, § 7 Abs. 2 Berufsordnung LAK Bayern)

Berufsrechtliche Schranken

§ 31 (Unerlaubte Zuweisung)

- (1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, ... für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

§ 32 (Unerlaubte Zuwendungen)

- (1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von ... oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird ...

Berufsrechtliche Schranken

§ 31 MBO: Vorteilsbegriff hinsichtlich materieller Vorteile identisch mit § 299a StGB:

Jede Zuwendung, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessern (BGH, Urt. v. 11.4.2001, 3 StR 503/00), z.B.:

- Einladungen zu Kongressen, Kostenübernahme von Fortbildungsveranstaltungen (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2002, 1 StR 541/01)
- Abschluss v. Verträgen, die Leistungen an Täter zur Folge haben, selbst wenn diese angemessen sind (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.1983, 4 StR 375/82), wie z.B. Teilnahme an AWB oder Abschluss v. Behandlungsvertrag

Berufsrechtliche Schranken

Aber: bloße Verstöße gegen berufsrechtliche Verbote der Annahme von Vorteilen (wie z.B. § 32 Abs. 1 MBO) führen nicht zur Strafbarkeit nach § 299a StGB:

- Annahme eines für die Teilnahme an einer wiss. Fortbildungsveranstaltung gewährten Vorteils, der über notwendige Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht, ist zwar Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten (§ 32 Abs. 2 MBO),
- aber nur dann strafbar, wenn der Vorteil als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung (od. sonstige im Interesse des Vorteilsgebers liegende Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit) entgegen genommen wird.

Berufsrechtliche Schranken

Einräumung von Vermögens- oder Gewinnbeteiligungen:

- Unzulässige Verknüpfung zwischen Unternehmensbeteiligung und medizinischen Entscheidungen,
- wenn Arzt einem Unternehmen, an dem er selbst beteiligt ist, Patienten zuführt
- und er für die Zuführung wirtschaftliche Vorteile (z.B. Gewinnbeteiligung) erhält.

→ Patienten können sich nicht darauf verlassen, dass ärztliche Empfehlung alleine aufgrund medizinischer Erwägungen getroffen wurde

Beispielsfall:

Berufsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Schranken

BGH (Urt. v. 23.02.2012, I ZR 231/10):

- Zahnärzte verpflichteten sich vertraglich, ein von einer GmbH betriebenes Dental-labor mit sämtlichen bei der Behandlung ihrer Patienten anfallenden Dentallabor-leistungen zu beauftragen und
- Zahnärzte partizipierten durch gesellschaftsrechtliche Konstruktion am Gewinn dieser GmbH.

→ Verstoß des *Dentallabors* gem. § 4 Nr. 1 UWG a.F.: „unangemessene unsachliche Einflussnahme“, da Ärzte berufsrechtlich verpflichtet, ihre Entscheidungen im Rahmen der Behandlung allein am Wohl des Patienten auszurichten, nicht am eigenen finanziellen Interesse!

→ Verstoß *Ärzte* gegen § 31 MBO i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG a.F. bzw. § 3a UWG n.F.

Wettbewerbsrechtliche und berufsrechtliche Schranken

Neu: UWG n.F. schützt ausdrücklich

- **nicht** Arzt vor Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit,
- sondern Verbraucher vor Beeinträchtigung der Möglichkeit zu einer informierten Entscheidung.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Fragen??



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontaktdaten:

RA Michael Weidner
Dr. Schmidt-Felzmann & Kozianka
Habichthorst 32
22459 Hamburg
Tel.: 040/551 70 41
Fax: 040/551 30 69
E-Mail: weidner@kozianka-law.de
www.kozianka-law.de