

# Newsletter 2008-03

der AG Medizinrecht im Deutschen AnwaltVerein

Liebe Kolleginnen,  
liebe Kollegen,

anbei unser Newsletter für März 2008.

Ihre  
Rita Schulz-Hillenbrand  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Medizinrecht

## Aus der Arbeitsgemeinschaft

### Frühjahrstagung - Gesundheitsforum Bremen 2008

Zeitpunkt: 7. und 8. März 2008

Ort: Bremen, Hotel Hilton

Näheres unter: <http://www.arge-medizinrecht.de/tagungen.htm>

## Apothekenrecht

EU prüft Mehrbesitzverbot von Apotheken

Die EU leitet wegen des deutschen Apothekenrechts ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein.

Das Verfahren richtet sich gegen das sogenannte Mehrbesitzverbot. In Deutschland dürfen Apotheker nur bis zu vier Apotheken besitzen, Ketten, wie z.B. in Großbritannien, sind nicht erlaubt.

Deutschland ist nicht das einzige Land, dessen Apothekenvorschriften der Europäischen Kommission ein Dorn im Auge sind. So hat Brüssel bereits vor einiger Zeit gegen Österreich, Spanien und Italien Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

## Arzneimittelrecht / Medizinprodukterecht

1.)

+++ Keine teuren Geschenke für Ärzte +++

Geklagt hatte ein Verband von Arzneimittelherstellern, der sich der Lauterkeit des Verhaltens der pharmazeutischen Industrie bei der Zusammenarbeit mit Ärzten angenommen hat. Die Klage richtete sich gegen ein großes Pharma-Unternehmen, das Ärzten im Internet nicht nur einen 700 Euro teuren Wasserspender zum "exklusiven

Vorzugspreis" - einer Ersparnis von bis zu 40% bei Anschaffung und Wartung -, sondern auch kostenlose Beratungsleistungen externer Unternehmensberater (etwa zum Thema "betriebswirtschaftliches Praxismanagement") anbot. Dies hielt die Klägerin für unlauter, da ein nicht unwesentlicher Teil der angesprochenen Ärzte motiviert werde, als Gegenleistung für das kostenlose Beratungsangebot die Medikamente der Beklagten zu verschreiben. Die Beklagte bestritt eine derartige Beeinflussbarkeit der Ärzte und verwies darauf, dass das Zuwendungsverbot des Heilmittelwerbegesetzes nur für produktbezogene Werbung, nicht aber für reine Imagewerbung gelte.

Das LG München I hat der Klage stattgegeben und der Beklagten derlei Angebote untersagt. Nach Ansicht des Gerichts gebietet es das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, dass der Arzt sich bei der Verschreibung von Medikamenten allein von den Interessen des Patienten leiten lässt und dabei nicht einmal in den Verdacht einer unsachlichen Beeinflussung durch die Hersteller der Medikamente kommen darf. Mit den Zuwendungen der Beklagten, die das Gericht mit mehreren hundert Euro bewertete, beeinflusse diese die Entscheidung der Ärzte bei der Medikation unangemessen und unsachlich und verstoße somit gegen § 4 Nr. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Das hohe Gut des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient rechtfertige es, bereits Handlungen, die geeignet sind, den bösen Schein einer unsachlichen Einflussnahme naheulegen, als nicht mehr mit den guten Sitten im Wettbewerb vereinbar anzusehen.

Im Übrigen entspreche das Verbot von mehr als geringfügigen unentgeltlichen Zuwendungen an Ärzte inzwischen auch den Vorstellungen der Pharmaindustrie selbst, und zwar auch dann, wenn es nicht um produktbezogene Zuwendungen, sondern um bloße Imagewerbung geht. Dies ergebe sich nicht nur aus dem vom Kläger aufgestellten "Kodex zur Freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie", sondern auch aus den "Verhaltensempfehlungen für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten". Auch die Pharmaindustrie gehe also davon aus, dass nach den "anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel" Geschenke, die über geringwertige produktbezogene Werbegaben hinausgehen, nicht gewährt werden dürfen.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

Landgericht München I vom 08.02.2008, Az: 1 HK O 13279/07

Quelle: Juris

2.)

§ 11 HeilMWerbG, § 7 HeilMWerbG

+++ Verbotstatbestände des Gemeinschaftsrechts im Heilmittelwerberecht  
+++

Leitsätze

1. Mit der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 geänderten Fassung ist eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt, wobei die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, Bestimmungen zu erlassen, die von der in dieser Richtlinie getroffenen Regelung abweichen, ausdrücklich aufgeführt sind. Die Richtlinie ist somit dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat in seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften kein uneingeschränktes und unbedingtes Verbot vorsehen darf, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, während deren Verwendung nach der Richtlinie nur

wegen ihres konkreten Inhalts oder der Eigenschaft ihres Urhebers eingeschränkt werden darf.

2a. Die Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verpflichtet die Mitgliedstaaten, in ihren nationalen Rechtsvorschriften ein Verbot vorzusehen, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, wenn diese sich in willkürlicher, abstoßender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen i.S.d. Art. 90 Buchst. j der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung beziehen, wobei der Begriff Genesungsbescheinigungen dahin auszulegen ist, dass er Hinweise auf die Unterstützung des Wohlbefindens der Person nicht erfasst, sofern nicht die therapeutische Wirksamkeit des Arzneimittels in Bezug auf die Beseitigung einer bestimmten Krankheit erwähnt wird. Art. 90 Buchst. c der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verpflichtet die Mitgliedstaaten ferner, in ihren nationalen Rechtsvorschriften ein Verbot vorzusehen, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter zu verwenden, wenn diese zu verstehen geben, dass die Verwendung des Arzneimittels zur Unterstützung des allgemeinen Wohlbefindens beiträgt.

2b. Die Art. 87 Abs. 3, Art. 88 Abs. 6 und Art. 96 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung verbieten die Werbung für ein Arzneimittel in Form einer im Internet angekündigten Auslosung, weil sie die unzweckmäßige Verwendung dieses Arzneimittels fördert und zu seiner direkten Abgabe an die Öffentlichkeit sowie zur Abgabe von Gratismustern führt.

3. Die erste und die zweite Vorlagefrage wären genauso zu beantworten, wenn die Bestimmungen der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31.03.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel Anwendung fänden.

EuGH 2. Kammer, Urteil vom 08.11.2007 - C-374/05

Fundstelle: jurisPR-WettbR 2/2008 Anm. 1

## **Vertragsarztrecht**

+++ Pathologe zur Teilnahme am allgemeinen ärztlichen Notfalldienst verpflichtet +++

Nach den bundesrechtlichen Vorgaben sind alle Vertragsärzte kraft ihres Zulassungsstatus verpflichtet, die durch die Einrichtung eines Notfalldienstes entstehenden Belastungen gleichwertig mitzutragen, denn dieser Notfalldienst bewirkt zugleich eine Entlastung des einzelnen Vertragsarztes. Dies gilt auch für Fachärzte, die ohne direkten Patientenkontakt tätig sind. Kann ein Arzt - gleichgültig ob aus gesundheitlichen Gründen oder etwa aufgrund unterlassener ausreichender Fortbildung - den Notfalldienst nicht persönlich erbringen, ist er verpflichtet, auf eigene Kosten einen geeigneten Vertreter zu stellen. Eine Befreiung von dieser Verpflichtung kommt nur in Frage, wenn einem Arzt wegen seiner geringen Einkünfte aus vertragsärztlicher Tätigkeit die Finanzierung eines Vertreters nicht mehr zugemutet werden kann.

BSG, Urteil vom 06.02.2008, B 6 KA 13/06 R

Vorinstanzen: SG Düsseldorf - S 14 KA 184/02, LSG Nordrhein-Westfalen - L 11 KA 42/04

## **Sonstiges**

1.)

+++ Zur Klagefrist bei Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer +++

Der Kläger stand seit Mai 2003 bei dem Beklagten in einem Arbeitsverhältnis als Automechaniker. Er ist taubstumm und deshalb mit einem Grad von 100 schwerbehindert. Mit Schreiben vom 13.06.2005 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2005, ohne zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt zu haben. Die Parteien streiten darüber, ob das Kündigungsschreiben dem Kläger noch am 29.06.2005 oder später zugegangen ist.

Mit seiner am 21.07.2005 bei Gericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger vor allem unter Berufung auf das Zustimmungserfordernis nach § 85 SGB IX gegen die Kündigung vom 13.06.2005 und eine weitere, nunmehr nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung vom 31.10.2005. Er macht geltend, der Lauf der dreiwöchigen Klagefrist habe nicht begonnen, da ihm eine Entscheidung des Integrationsamtes über die Kündigung vom 13.06.2005 nicht bekannt gegeben worden sei. Abgesehen davon sei ihm die Kündigung, da er gemäß § 1896 f. BGB unter Betreuung stehe, wirksam erst nach dem 30.06.2005 durch Aushändigung des Kündigungsschreibens an seine Betreuerin zugegangen.

Das Arbeitsgericht hat dem gegen die Kündigung vom 13.06.2005 gerichteten Feststellungsantrag stattgegeben, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 31.12.2005 (Beendigung durch die Kündigung vom 31.10.2005) festgestellt und den Beklagten zur Zahlung von Annahmeverzugslohn verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Dem ist das BAG gefolgt.

Kündigt der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer in Kenntnis von dessen Schwerbehinderteneigenschaft, ohne zuvor nach § 85 SGB IX die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung einzuholen, so kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen. Nach § 4 Satz 4 KSchG beginnt in derartigen Fällen die dreiwöchige Klagefrist gemäß § 4 Satz 1 KSchG erst ab der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde (hier des Integrationsamtes) an den Arbeitnehmer (Bestätigung von BAG, Urt. v. 03.07.2003 - 2 AZR 487/02 - BAGE 107, 50 zur Insolvenzverwalterkündigung [§ 113 Abs. 2 Satz 2 InsO a.F.]).

Auch wenn, was mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend geklärt werden konnte, die Kündigung vom 13.06.2005 dem Kläger schon am 29.06.2005 zugegangen sein sollte, war die Klageerhebung am 21.07.2005 nach § 4 Satz 4 KSchG rechtzeitig. Eine Entscheidung des Integrationsamtes über diese Kündigung war nicht getroffen und konnte deshalb dem Kläger bis zur Klageerhebung auch nicht bekannt gegeben werden. Der Lauf der dreiwöchigen Klagefrist hatte deshalb am 21.07.2005 noch nicht begonnen.

BAG, Urteil vom 13.02.2008, Az: 2 AZR 864/06

Quelle: Juris

2.)

+++ Zur Ausbildungsvergütung im Krankenpflegebereich +++

Die Beklagte bildete die Klägerin als Gesundheits- und Krankenpflegerin aus. Die vereinbarte Ausbildungsvergütung unterschritt das Tarifniveau um 35,65%. Der monatliche Unterschiedsbetrag belief sich auf 229,06 Euro brutto. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin restliche Monatsvergütungen und Einmalzahlungen in tariflicher Höhe. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage im Unterschied zum Arbeitsgericht stattgegeben.

Das BAG hat das Urteil des Landesarbeitsgerichts teilweise bestätigt und der Klage stattgegeben, soweit die Ansprüche der Klägerin nicht verfallen waren.

Der Träger der Ausbildung hat Schülern nach § 12 Abs. 1 des Krankenpflegegesetzes eine angemessene Ausbildungsvergütung zu gewähren. Für die Angemessenheitskontrolle gelten die Grundsätze, die das Bundesarbeitsgericht zu § 10 Abs. 1 BBiG aF (heute § 17 Abs. 1 BBiG) entwickelt hat. Die Besonderheit der Krankenhausfinanzierung durch Budgetierung beschränkt die Angemessenheitskontrolle nicht. Die angemessene Ausbildungsvergütung orientiert sich nicht am Budget, sondern ist bei der Festlegung des Budgets zu berücksichtigen. Unterschreitet die vereinbarte Ausbildungsvergütung nicht tarifgebundener Parteien das Tarifniveau um mehr als 20%, ist sie nur ausnahmsweise angemessen. Eine solche Ausnahme kann z.B. anzunehmen sein, wenn Ausbildungsplätze für Personengruppen geschaffen werden, die sonst nur unter erheblichen Schwierigkeiten einen Ausbildungsplatz finden könnten, und die Ausbildung teilweise oder vollständig durch öffentliche Gelder finanziert wird.

BAG, Urteil vom 19.02.2008, Az: 9 AZR 1091/06, Vorinstanz LArbG Schleswig-Holstein, Urt. v. 07.11.2006 - 5 Sa 159/06

Quelle: Juris