

# Newsletter 2008-01

der AG Medizinrecht im Deutschen AnwaltVerein

Liebe Kolleginnen,  
liebe Kollegen,

der geschäftsführende Ausschuss wünscht Ihnen ein frohes Jahr 2008.

Ihre  
Rita Schulz-Hillenbrand  
Fachanwältin für Medizinrecht

## Apothekenrecht

+++ Ist der Versandhandel von DocMorris doch nicht zulässig? +++

Der BGH hat entschieden, dass die Zulässigkeit des von DocMorris betriebenen Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nochmals überprüft werden muss.

Das Kammergericht hatte der vom Verband Sozialer Wettbewerb in Berlin erhobenen Unterlassungsklage mit der Begründung stattgegeben, der von der Internet-Apotheke DocMorris in der Zeit bis 2001 betriebene Versandhandel aus den Niederlanden mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und die entsprechende Werbung seien nach den damals geltenden Vorschriften rechts- und wettbewerbswidrig gewesen und auch nunmehr nach der Freigabe eines solchen Versandhandels unter bestimmten Bedingungen unzulässig. Auch nach der 2004 in Kraft getretenen Neuregelung ist der Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln aus einem anderen Mitgliedstaat der EU nur zulässig, wenn er in dem Ursprungsland zugelassen ist und dort ein der deutschen Rechtslage vergleichbares Schutzniveau besteht. Das Kammergericht hatte auf das in den Niederlanden geltende geschriebene Gesetzesrecht abgestellt, das den deutschen Schutzstandards nicht gerecht werde. Im Übrigen fehle es bei Versandapotheken in den Niederlanden schon an einem Gebot zur Führung einer Präsenzapotheke.

Der BGH hat die vorinstanzliche Entscheidung, mit der ein früheres Vorstandsmitglied der von den Niederlanden aus agierenden Internet-Apotheke DocMorris zur Unterlassung des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und der darauf bezogenen Werbung verurteilt worden ist, aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Beim Vergleich der Sicherheitsstandards in Deutschland und in den Niederlanden sei nicht allein auf die jeweils gegebene Gesetzeslage, sondern auf die jeweilige Rechtslage im Blick auf die tatsächlich bestehenden Sicherheitsstandards abzustellen. Auch wenn das niederländische Recht den Versandhandel mit Arzneimitteln nicht von der Führung einer Präsenzapotheke abhängig mache, könne dies einem Versandhandelsunternehmen nicht entgegengehalten werden, das tatsächlich eine Präsenzapotheke betreibe. Davon sei auch das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung in einer im Juni 2005 ergangenen Bekanntmachung ausgegangen. An dieser Bekanntmachung, nach der in den Niederlanden für den Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln dem deutschen Recht vergleichbare Sicherheitsstandards bestünden, soweit Versandapotheken gleichzeitig eine Präsenzapotheke unterhielten, werde sich das Berufungsgericht in der

neuen Verhandlung maßgeblich zu orientieren haben. Es werde daher insbesondere zu prüfen haben, ob DocMorris auch früher schon eine den niederländischen Vorschriften entsprechende Präsenzapotheke betrieben hat.

### **Vorinstanzen**

KG Berlin, Urt. v. 09.11.2004 - 5 U 300/01 (WRP 2005, 514)

LG Berlin, Urt. v. 30.10.2001 - 103 O 109/01

BGH, vom 20.12.2007, Az: I ZR 205/04

## **Krankenhausrecht**

1.)

+++ Ab 01.01.2008 neues NRW-Hochschulmedizingesetz +++

Im Rahmen des neuen Rechts bleiben die Universitätsklinika Anstalten des öffentlichen Rechts, haben aber die Möglichkeit, sich andere Rechtsformen zu wählen. Modernisiert werden die Organisationsstrukturen. Sie werden noch autonomer: In den Aufsichtsräten übernimmt künftig ein externer Sachverständiger den Vorsitz, den bislang das Innovationsministerium inne hatte. Außerdem erhalten alle Mitglieder des Aufsichtsrates gleiches Stimmrecht.

Bessere Bedingungen für Partnerschaften zwischen Universitätsklinika und privaten Unternehmen ermöglichen, dass schneller gebaut werden kann und dringende Investitionen früher zu realisieren sind. Durch gemeinsame Serviceeinrichtungen, z.B. im Dienstleistungsbereich, können die Universitätskliniken effizienter wirtschaften. Standortübergreifend können gemeinsame Fakultäten gebildet werden. Schließlich werden für hochqualifizierte Wissenschaftler finanzielle Anreize geschaffen, die ihnen einen Verbleib in oder ein Wechsel nach Nordrhein-Westfalen erleichtern.

An den sechs nordrhein-westfälischen Universitätsklinika in Aachen, Bonn, Düsseldorf, Essen, Köln und Münster und ihren Medizinischen Fakultäten sowie der Medizinischen Fakultät der Universität Bochum arbeiten rund 30.000 Beschäftigte, darunter 5.500 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. 660 Professorinnen und Professoren bilden rund 18.650 Studierende aus. Jedes Jahr werden in den Universitätsklinika 250.000 Patienten stationär behandelt. Alle Universitätsklinika zusammen erwirtschaften einen Jahresumsatz von rund 2,5 Mrd. Euro.

Mitgeteilt von der Staatskanzlei NRW am 28.12.2007, Quelle: Juris

2.)

+++ Fusionskontrolle beim Erwerb kommunaler Krankenhäuser +++

Die Rhön-Klinikum AG (nachfolgend: Rhön) gehört zu den führenden privaten Krankenhauskonzernen in Deutschland. Der Landkreis Rhön-Grabfeld betreibt das als Eigenbetrieb geführte Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale. Im September 2004 meldete Rhön beim Bundeskartellamt das Vorhaben an, das Kreiskrankenhaus (sowie das zum 31.12.2006 geschlossene Kreiskrankenhaus Mellrichstadt) zu erwerben. Mit Beschluss vom 10.03.2005 (WuW/E DE-V 1087) hat das Bundeskartellamt den angemeldeten Zusammenschluss untersagt.

Die dagegen eingelegte Beschwerde hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 11.04.2007 (WuW/E DE-R 1958) zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht war der Auffassung, dass § 69 SGB V, der die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen

und den Krankenhäusern abschließend dem Sozialrecht unterstellt, die Fusionskontrolle beim Zusammenschluss von Krankenhäusern nicht ausschließe. Die Vorschriften über die Fusionskontrolle würden auch nicht durch die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes verdrängt. Ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik bestehe nicht. Entgegen der Auffassung von Rhön gebe es Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern auch um gesetzlich versicherte Patienten. Insbesondere könnten diese Patienten frei wählen, welches Krankenhaus sie für eine Behandlung aufsuchten.

Das Oberlandesgericht hat die Erwartung des Bundeskartellamts bestätigt, wonach das in Rede stehende Zusammenschlussvorhaben zu einer Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Rhön auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen führt. Krankenhäuser in Schweinfurt und Würzburg seien nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen. Auch wenn der sachlich relevante Markt nach medizinischen Fachbereichen zu unterteilen sei, bestehe die Erwartung der Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich Innere Medizin.

Der Kartellsenat des BGH wird über die gegen diesen Beschluss eingelegte Rechtsbeschwerde am 16.01.2008 verhandeln.

Verhandlungstermin am 16.01.2008 (KVR 26/07), Vorinstanzen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2007 - VI Kart 6/05 (WuW/E DE-R 1958), Bundeskartellamt, Beschl. v. 10.03.2005 - B 10 - 123/04 (WuW/E DE-V 1087)

## **Krankenversicherungsrecht**

+++ AOK darf Rabattverträge abschließen +++

Das SG Stuttgart hat in zwei Eilverfahren den Landesverbänden der Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOK) gestattet, für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 31.12.2009 Rabattverträge mit Pharmaherstellern abzuschließen.

Die AOK hat nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens den Abschluss von Rabattverträgen über bestimmte Arzneiwirkstoffe mit einzelnen Pharmaherstellern geplant. Die Vergabekammer des Bundes und die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf haben auf Antrag mehrerer Pharmahersteller den Abschluss der Rabattverträge untersagt, da das Ausschreibungsverfahren gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße. Hiergegen beantragten sämtliche Landesverbände der AOK beim Sozialgericht Stuttgart Rechtsschutz.

Das SG Stuttgart hat dem Begehren der Antragsteller stattgegeben.

Nach Ansicht des Gerichts ist für Streitigkeiten Rabattverträge betreffend der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit eröffnet. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern und daher auch den Pharmaherstellern seien dem Sozialrecht unterworfen. Der gegenteiligen Ansicht der Vergabekammer des Bundes und der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf ist das Gericht nicht gefolgt. Auch sei das Ausschreibungsverfahren der AOK in der Sache nicht zu beanstanden, da alle Pharmahersteller ausreichend Gelegenheit gehabt hätten, Angebote abzugeben und auch die entscheidungserheblichen Vergabekriterien bekannt gewesen seien. Das SG hat sich daher nicht der Ansicht der beiden Vergabekammern angeschlossen, wonach die Ausschreibung gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße.

Nach dieser Entscheidung können die geplanten Rabattverträge zum 01.01.2008 in Kraft treten. Ob dies der Fall sein wird, bleibt abzuwarten - gegen einen der beiden Beschlüsse wurde Beschwerde eingelegt.

SG Stuttgart, Beschlüsse vom 20.12.2007, Az: S 10 KR 8404/07 + 8604/07  
Quelle: Juris

## **Leistungs- und Vergütungsrecht**

+++ Zur Zulässigkeit der Vertretung bei so genannter Chefarztbehandlung  
+++

Der Kläger ist liquidationsberechtigter Chefarzt einer Klinik. Die Beklagte war Privatpatientin und befand sich dort in stationärer Behandlung. Sie schloss eine schriftliche Wahlleistungsvereinbarung. Da der Kläger an dem Tag, an dem die Beklagte operiert werden sollte, urlaubsabwesend war, unterzeichnete sie außerdem ein Schriftstück, das die Feststellung enthielt, sie sei über die Verhinderung des Klägers und den Grund hierfür unterrichtet worden. Weiterhin sei sie, da die Verschiebung der Operation medizinisch nicht vertretbar sei, darüber belehrt worden, dass sie die Möglichkeit habe, sich ohne Wahlarztvereinbarung wie ein "normaler" Kassenpatient ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln oder sich von dem Vertreter des Klägers, einem Oberarzt, zu den Bedingungen des Wahlarztvertrags unter Beibehaltung des Liquidationsrechts des Klägers operieren zu lassen. Die Beklagte entschied sich für die zweite Alternative. Die vom Kläger für die durch den Oberarzt ausgeführte Operation erstellte Rechnung beglich die Beklagte nur teilweise.

Die auf Ausgleichung des Restbetrags gerichtete Klage war bislang erfolglos. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat der Kläger seinen Anspruch weiter verfolgt.

Der BGH hat das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen, da die Beklagte weitere noch nicht erörterte Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch des Klägers erhoben hat.

Der BGH hat in seiner Entscheidung betont, dass der Wahlarzt entsprechend dem in § 613 BGB bestimmten Grundsatz die seine Disziplin prägende Kernleistung grundsätzlich persönlich und eigenhändig erbringen muss. Denn der Patient schließt die Wahlleistungsvereinbarung im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Insbesondere müsse der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen.

Aus diesem Grunde könne eine wirksame Vertretervereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, also etwa in dem Vordruck mit der Wahlleistungsvereinbarung, nur für die Fälle einer unvorhersehbaren Verhinderung des Wahlarztes getroffen werden. Überdies dürfe darin als Vertreter nur der ständige ärztliche Vertreter im Sinne der Gebührenordnung für Ärzte bestimmt sein.

Darüber hinaus könne der Wahlarzt im Wege einer Individualabrede mit dem Patienten die Ausführung seiner Leistung auf seinen Vertreter übertragen und zugleich vereinbaren, dass er gleichwohl seinen Honoraranspruch behält. Da sich der Patient oftmals - wie auch im hier entschiedenen Fall - in der bedrängenden Situation einer schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben befinde und er daher zu einer ruhigen und sorgfältigen Abwägung vielfach nicht in der Lage sein wird, bestehen ihm gegenüber aber vor Abschluss einer solchen Vereinbarung besondere Aufklärungspflichten. Danach sei der Patient so früh wie möglich über eine vorhersehbare Verhinderung des Wahlarztes zu

unterrichten und ihm das Angebot zu unterbreiten, dass an dessen Stelle ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztlichen Leistungen erbringt. Weiter sei der Patient über die alternative Option zu unterrichten, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen. Sei die jeweilige Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes verschiebbar, so ist dem Patienten auch dies zur Wahl zu stellen.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren die Voraussetzungen für eine solche Individualabrede erfüllt.

BGH, Urteil vom 20.12.2007, Az: III ZR 144/07

### **Vorinstanzen**

LG Hamburg, Entscheidung v. 20.04.2007 - 309 S 272/05

AG Hamburg-St. Georg, Entscheidung v. 22.09.2005 - 914 C 133/05

## **Sonstiges**

++ Wahl zur Delegiertenversammlung der Zahnärztekammer ungültig ++

Das VG Berlin hat entschieden, dass die Wahl zur Delegiertenversammlung der Zahnärztekammer Berlin 2006 für ungültig zu erklären ist.

Dieser Körperschaft des öffentlichen Rechts gehören kraft Gesetzes sämtliche in Berlin praktizierenden Zahnärzte und Zahnärztinnen (ca. 5.000) an. Fünf der 45 im vergangenen Winter gewählten Mitglieder der Delegiertenversammlung - des wichtigsten Organs der Körperschaft - hatten die Gültigkeit der Wahl angefochten. Sie hatten beanstandet, dass bei der Stimmauszählung Wahlbriefe berücksichtigt worden waren, die erst nach Ablauf der auf einen Zeitraum bis einschließlich Sonntag, den 03.12.2006 festgesetzten Wahlzeit bei der Zahnärztekammer Berlin eingetroffen waren.

Das VG Berlin hat der Klage stattgegeben.

Die Zahnärztekammer konnte sich mit ihrem Argument, die Wahlfrist habe sich auch auf den nachfolgenden Montag erstreckt, weil am Sonntag keine Post zugestellt werde, nicht durchsetzen. Das Gericht wies darauf hin, dass die Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts und des Zivilrechts, auf die sich die beklagte Zahnärztekammer berufen hatte, für das Wahlgeschehen weder direkt noch sinngemäß heranzuziehen seien. Außerdem sei der Schutz der Sonntagsruhe, der den betreffenden Vorschriften über die Fristverlängerung auf den Montag zugrunde liege, gerade im Bereich des Wahlrechts zurückgedrängt. So fänden z.B. politische Wahlen in Deutschland grundsätzlich sonntags statt, woraus sich auch der Begriff des "Wahlsonntags" entwickelt habe.

Das zulässige Rechtsmittel gegen das Urteil ist ein Antrag auf Zulassung der Berufung. Wird das Urteil rechtskräftig, so muss eine Neuwahl durchgeführt werden.

VG Berlin, Urteil vom 19.12.2007, Az: VG 14 A 27.07

Quelle: Juris