

DIERKS + BOHLE

RECHTSANWÄLTE



Kostenloses Verblisten als rechtswidrige Zugabe?

BVKA-Tagung „Heimversorgung reloaded“
Dienstag, 18.03.2013

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Grau, Berlin
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

www.db-law.de

Begriff

§ 1a Abs. 5 ApBetrO neu

„Patientenindividuelles Verblistern ist die auf Einzelanforderung vorgenommene und patientenbezogene manuelle oder maschinelle Neuverpackung von Fertigarzneimitteln für bestimmte Einnahmezeitpunkte des Patienten in einem nicht wieder verwendbaren Behältnis.“

Beispielfälle

Fall 1:

Apotheker A kooperiert mit Heim, das sich in privater Trägerschaft befindet. In diesem Rahmen bietet A an, erforderliche Verblisterungen für das Heim kostenlos vorzunehmen.

Fall 2:

Apotheker A kooperiert mit einem Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft. Dabei verblistert er Arzneimittel für das Krankenhaus, ohne eine hierfür eine Vergütung zu verlangen.

Rechtliche Fragestellungen beim kostenlosem Verblistern

1. Heilmittelwerberecht
 - Insbesondere § 7 HWG
2. Berufsrecht der Apotheker
 - Berufsordnungen für Apotheker
3. Sozialrecht
 - Insbesondere § 128 SGB V
4. Strafrecht
 - Insbesondere §§ 331 ff. StGB
5. Wettbewerbsrecht

Heilmittelwerberecht

§ 7 Abs. 1 S. 1 HWG

„Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Dienstleistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen [...].“

Heilmittelwerberecht und AMPreisV

§ 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 7, S.2 AMPreisV:

„Ausgenommen sind die Preise und Preisspannen der Apotheken, wenn es sich um eine Abgabe handelt von aus Fertigarzneimitteln entnommenen Teilmengen, soweit deren Darreichungsform, Zusammensetzung und Stärke unverändert bleibt.“

„Im Fall von Satz 1 Nr. 7 können Sozialleistungsträger, private Krankenversicherungen oder deren Verbände das Verfahren für die Berechnung der Apothekenabgabepreise für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel mit Apotheken oder deren Verbänden vereinbaren.“

Heilmittelwerberecht

§ 7 Abs. 1 S. 1 HWG

- „Werbegabe“ i.S.d. § 7 HWG liegt nur vor, wenn sie unentgeltlich erfolgt
 - Zu „Werbegabe“ zählen auch Dienstleistungen
 - Erfasst sind Handlungen des Anbietens, Ankündigens sowie Gewährens
 - Kostenlose Verblisterung ist unentgeltliche Dienstleistung
 - Produktbezug auch, wenn auf gesamtes Arzneimittelsortiment bezogen
- Nach § 7 Abs. 1 S. 1 HWG grds. unzulässig

AUSNAHMEN NACH § 7 HWG

1. es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um Gegenstände von geringem Wert, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produktes oder beider gekennzeichnet sind, oder um **geringwertige Kleinigkeiten** handelt;
2. die Zuwendungen oder Werbegaben in
 - a) einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden **Geldbetrag** oder
 - b) einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden **Menge** gleicher Ware gewährt werden;

Zuwendungen oder Werbegaben nach Buchstabe a sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten; Buchstabe b gilt nicht für Arzneimittel, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist;

3. die Zuwendungen oder Werbegaben nur in handelsüblichem Zubehör zur Ware oder in **handelsüblichen Nebenleistungen** bestehen; als handelsüblich gilt insbesondere eine im Hinblick auf den Wert der Ware oder Leistung angemessene teilweise oder vollständige Erstattung oder Übernahme von Fahrtkosten für Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs, die im Zusammenhang mit dem Besuch des Geschäftslokals oder des Orts der Erbringung der Leistung aufgewendet werden darf;

Heilmittelwerberecht

Ausnahmen

- **§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG**
 - z.B. Geringwertigkeit der Werbegabe
 - aber: Für Geringwertigkeit ist auf den Gesamtwert aller Werbegaben abzustellen, d.h. nicht auf einzelne Verblisterung sondern auf Wert aller angebotenen Verblisterungen
 - deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden erforderlich
- **vss. auch kein Fall des zulässigen Barrabatts nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG**

Verblisterung auch vss. keine handelsübliche Nebenleistung nach Nr. 3

- Nebenleistung kann nur sein, was nach Vertragsinhalt od. Verkehrsanschauung nicht schon Teil der Hauptleistung ist
- Nebenleistung muss geeignet sein, die Hauptleistung zu ermöglichen od. zu fördern
- Handelsüblichkeit nur bei angemessenem wirtschaftlichem Mehraufwand

Heilmittelwerberecht

Ansicht in der Rechtsprechung

LG Leipzig, Urteil v. 28.06.2000 – 06 HK O 42/2000:

- kostenloses Verblistern ist verbotene Zugabe i.S.d. § 7 HWG
- geht über geschuldete Beratung hinaus
- ist keine handelsübliche Nebenleistung, weil nicht unerheblicher Aufwand, der bei wirtschaftlicher Betrachtung vernünftigerweise nur gegen ein zusätzliches Entgelt erbracht wird.

Berufsrecht der Apotheker

z.B. § 13 Abs. 1 BO-Apotheker Berlin

„Apothekerinnen und Apothekern ist es nicht gestattet, im Zusammenhang mit der Berufsausübung Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder versprechen zu lassen, anzunehmen und anderen solche Vorteile anzubieten, wenn hierdurch die fachliche Unabhängigkeit beeinflusst wird oder ein solcher Eindruck entsteht. Eine Beeinflussung liegt dann nicht vor, wenn der Wert des Geschenkes oder des anderen Vorteils geringfügig ist.“

Berufsrecht der Apotheker

§ 13 Abs. 1 BO-Apotheker Berlin

- Vorteil = jede Leistung, die objektiv eine materielle Besserstellung bewirkt und auf die kein Anspruch besteht
- Tathandlung = u.a. anbieten von Vorteilen ggü. Dritten
- Ausreichend ist, dass Eindruck der Beeinflussung der fachlichen Unabhängigkeit entsteht
- Ausnahme: Geringwertigkeitsgrenze

Berufsrecht Apotheker

Kostenlose Verblisterung z.B. problematisch, wenn Eindruck entsteht, dass dies angeboten wird, um als heim-/krankenhausversorgende Apotheke ausgewählt zu werden

Allgemein LAK BW v. 20.05.2008:
kostenloses Verblistern verstößt gegen §
19 Nr. 6 BO BW

Sozialrecht

§ 128 Abs. 2 SGB V

„Leistungserbringer dürfen Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren.“

Sozialrecht

§ 128 Abs. 6 SGB V

„Ist gesetzlich nichts anderes bestimmt, gelten bei der Erbringung von Leistungen nach den §§ 31 und 116b Abs. 7 die Absätze 1 bis 3 sowohl zwischen pharmazeutischen Unternehmen, Apotheken, pharmazeutischen Großhändlern und sonstigen Anbietern von Gesundheitsleistungen als auch jeweils gegenüber Vertragsärzten, Ärzten in Krankenhäusern und Krankenhausträgern entsprechend.“

Sozialrecht

§ 128 Abs. 2 i.V.m. Abs. 6 SGB V

- Erfasst auch Konstellationen zwischen Apotheken und Krankenhausträgern bzw. sonstigen Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen
 - Unklar ob Heime i.S.d. § 1 HeimG erfasst
- Tathandlung = u.a. Gewähren von Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Arzneimitteln
- „Zuwendung“ kann auch kostenlose Erbringung von Leistungen sein
 - Kostenlose Verblisterung problematisch, wenn dies angeboten wird, um als heim-/krankenhausversorgende Apotheke ausgewählt zu werden od. Verordnungen zu erhalten

Strafrecht

§ 331 Abs. 1 StGB (Vorteilsannahme)

„Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Strafrecht

§ 333 Abs. 1 StGB (Vorteilsgewährung)

„Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstausbübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Strafrecht

§ 331 Abs. 1 bzw. § 333 Abs. 1 StGB

- Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB
 - können auch Krankenhausärzte sein, wenn Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geführt wird
 - ggf. auch Führungspersonen
- Tathandlung = u.a. Gewähren bzw. Annehmen von Vorteilen für die Dienstaussübung
- Vorteil = jede Leistung, die objektiv eine materielle Besserstellung bewirkt und auf die kein Anspruch besteht
 - Kostenlose Verblisterung erfasst

Strafrecht

§ 331 Abs. 1 bzw. § 333 Abs. 1 StGB

- „Für“ Dienstausbübung
 - Unrechtsvereinbarung
 - z.B. als „Dankeschön“ für gute Zusammenarbeit
 - Zu Dienstausbübung zählen auch Auswahl- od. Beschaffungsentscheidungen
- Rechtfertigung, wenn Dienstherr Vorteilsannahme bzw. -gewährung genehmigt (§ 331 Abs. 3 bzw. § 333 Abs. 3 StGB)

Strafrecht

§ 331 Abs. 1 bzw. § 333 Abs. 1 StGB

Kostenlose Verblisterung durch Apotheke jedenfalls problematisch

- wenn es angeboten wird, um als krankenhausversorgende Apotheke ausgewählt zu werden
- wenn es gewährt wird, um sich für bisherige Zusammenarbeit erkenntlich zu zeigen
- Wenn es angeboten wird, um Verordnungen zu erhalten

Wettbewerbsrecht

§ 3 Abs. 1 UWG

„Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“

§ 4 Abs. 1 Nr. 11 UWG

„Unlauter handelt insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.“

Wettbewerbsrecht

§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 11 UWG

- Verstoß gegen marktrelevante Normen ist immer auch wettbewerbsrelevantes Verhalten
- Zu den marktrelevanten Normen zählen:
 - § 7 Abs. 1 S. 1 HWG
 - § 13 Abs. 1 BO-Apotheker Berlin
 - § 128 Abs. 2, Abs. 6 SGB V
 - §§ 331 ff. StGB

- Bei rechtswidriger kostenloser Verblisterung besteht auch die Gefahr von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen und/oder Unterlassungsklagen

Zusammenfassung

Kostenloses Verblistern

- verstößt als rechtswidrige Zugabe i.d.R. gegen § 7 HWG
- ist auch berufs- und sozialrechtlich bedenklich (§ 13 BO-Berlin und § 128 Abs. 2, Abs. 6 SGB V)
- kann deshalb wettbewerbsrechtlich verfolgt werden
- kann schließlich sogar strafrechtlich gem. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB relevant sein

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

DIERKS + BOHLE

RECHTSANWÄLTE

Dr. Ulrich Grau
Walter-Benjamin-Platz 6 , D - 10629 Berlin
Tel: 030 - 327 787 22 | Fax: 030 - 327 787 77
grau@db-law.de

www.db-law.de

