

BDAktuell

JUS-Letter

März 2016 | Jahrgang 16 | Ausgabe 1

Apothekenwahlrecht:

„Keine Sorge, das Rezept schicke ich gleich an die Apotheke!“

Dr. iur. Christian Bichler, München*

Der Umstand, dass in Deutschland der Grundsatz der freien Arztwahl existiert, ist sowohl der Ärzteschaft als auch den Patienten hinlänglich bekannt. Allerdings gilt in Deutschland auch das Recht auf freie Apothekenwahl. Dies ist ebenfalls ein originäres Recht des Patienten und kann in rechtlicher Hinsicht Kooperationen zwischen Ärzten und Apothekern entgegenstehen. Dennoch lässt sich in der Praxis immer häufiger beobachten, dass Ärzte ihre Rezepte, ohne diese je an den jeweiligen Patienten ausgehändigt zu haben, unmittelbar an Apotheken – teils per Fax – senden. Im Anschluss an die Rezept-Weiterleitung durch den Arzt wird dem Patienten das Produkt von der beauftragten Apotheke zugesandt oder er kann es in der Apotheke abholen. Die Ärzte begründen dies häufig damit, dass Patienten mit bestimmten Arzneimitteln versorgt werden sollen, die unter Umständen erst in Apotheken hergestellt werden müssen, oder sie betrachten ihr Vorgehen schlicht als eine besondere Serviceleistung gegenüber ihren Patienten. Einige Ärzte sind zudem der Ansicht, eine unmittelbare Weiterleitung der Rezepte an Apotheken sei sinnvoll, um einen reibungslosen Ablauf und eine lückenlose und qualitativ hochwertige Versorgung der Patienten mit verordneten Arzneimitteln gewährleisten zu kön-

nen. Der Umweg über eine unmittelbare Aushändigung des Rezeptes an den Patienten könne schließlich zu einer Verzögerung der Arzneimittelabgabe führen.

Das unmittelbare Zuleiten von Rezepten des Arztes an Apotheken lässt jedoch neben sozialrechtlichen, berufsrechtlichen sowie wettbewerbsrechtlichen auch datenschutzrechtliche Verstöße und teils strafrechtliche Sanktionen befürchten. Ärzte wie auch Apotheker sollten sich in diesem Zusammenhang darüber im Klaren sein, dass die Übersendung von Verschreibungen eines Arztes unmittelbar an Apotheken erhebliche rechtliche Risiken mit sich bringt und nur in Ausnahmefällen gestattet ist.

Apothekenwahlfreiheit

In § 31 Abs. 1 S. 5 Sozialgesetzbuch V (SGB V) ist ausdrücklich geregelt, dass Versicherte ein Recht darauf haben, unter den Apotheken frei zu wählen. Man spricht hierbei vom Recht auf freie Apothekenwahl, d.h. der Patient kann für die Versorgung mit Arzneimitteln jede Apotheke frei wählen.¹ Dieses Recht darf nicht, auch nicht durch den behandelnden Arzt, eingeschränkt werden. Durch die unmittelbare Versendung der Rezepte an eine Apotheke wird dem Patienten – zumindest faktisch – das Recht auf freie Apothekenwahl genommen.

* Rechtsanwalt/Fachanwalt für Medizinrecht, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte, München

¹ Vgl. Flint in Hauck/Noftz, SGB V, § 31, Rn. 88 f.

In dieser Ausgabe:

Apothekenwahlrecht:
„Keine Sorge, das Rezept schicke ich gleich an die Apotheke!“ 156

Neuer BDA-Musterprozess:
Abrechnungsauskünfte der KV und Vertrauensschutz 159

Keine GEMA-Gebühren für Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen 159

BDA BERUFSVERBAND
DEUTSCHER
ANÄSTHESISTEN

- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27

Telefax: 0911 3938195

E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
Internet: www.bda.de

Im Bereich der Versorgung mit Zytostatika hat das Apothekenwahlrecht allerdings seit Kurzem eine (fragwürdige) Einschränkung erfahren. Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass im Rahmen des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V geschlossene exklusive Versorgungsverträge zwischen Krankenkassen und (preisgünstigen) Apotheken – aufgrund von Wirtschaftlichkeitserwägungen – das Wahlrecht des Patienten ausschließen. In diesen besonderen Fällen ist eine exklusive Direktbelieferung der Arztpraxis mit Zytostatikazubereitungen durch die Vertragsapotheken der Krankenkasse vorgesehen. Der Patient hat kein Recht darauf, eine andere als die Vertragsapotheken zu wählen. Missachtet eine andere Apotheke solche Exklusivverträge der Krankenkassen, begibt sie sich in die Gefahr der Retaxierung. Diese Gefahr besteht selbst dann, wenn der Patient die Versorgung durch die andere Apotheke ausdrücklich wünscht.²

Verbot der Zuweisung von Verschreibungen

Der Patient kann sein Wahlrecht zwar auch dadurch ausüben, dass er eine sog. Apothekenwählerklärung (schriftlich oder konkludent) abgibt. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass eine Kooperation zwischen Apotheke und Arzt wiederum Beschränkungen unterliegt.

Eine Absprache zwischen Arzt und Apotheker, die eine Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand hat, ist gem. § 11 Abs. 1 S. 1 Apothekengesetz (ApoG) in der Regel verboten. Dieses Verbot basiert auf dem Grundsatz einer strengen Trennung zwischen dem Beruf des Arztes und dem des Apothekers, wodurch u.a. die Wahlfreiheit des Pa-

tienten geschützt werden soll. Auch die Berufsordnungen der Apotheker regeln das Verbot von Zuweisungen von Verschreibungen.³ Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 11 ApoG ist zum einen die Nichtigkeit der zwischen Apotheker und Arzt getroffenen Absprache. Zum anderen besteht für den Apotheker die Gefahr eines Bußgeldes sowie des Verlustes seiner Apothekenbetriebserlaubnis.⁴ Außerdem ist § 11 ApoG eine sog. Marktverhaltensregelung (i.S.d. § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG) und ermöglicht dadurch wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern.

Wenngleich es sich bei § 11 ApoG um eine apothekenrechtliche Vorschrift handelt, ist der Arzt als Beteiligter einer unzulässigen Absprache ebenfalls Normadressat und kann seinerseits wegen einer Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden.⁵ Für den Arzt stellt sich in diesem Zusammenhang zudem das berufsrechtliche Problem einer unerlaubten Zuweisung. Die Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä) regelt, dass Ärzte ihren Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen, so auch Apotheken, empfehlen oder an diese verweisen dürfen (vgl. § 31 Abs. 2 MBO-Ä). Der einschlägige § 31 MBO-Ä stellt ebenso wie § 11 ApoG eine wettbewerbsrechtlich relevante Marktverhaltensregelung dar. Von einer solchen Verweisung ist bei der unmittelbaren Übermittlung der Verordnungen an einen Apotheker ohne Zutun des Patienten auszugehen.

Die Grenze für die Annahme einer unzulässigen Absprache zwischen Apotheker und Arzt ist verhältnismäßig gering. Im Falle der Weitergabe von TCM-Arzneimittel-Rezepten eines Arztes an einen Apotheker hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen die Bedeutung des Apothekenwahlrechts ausdrücklich hervorgehoben. Das OVG NRW entschied, dass das Auffinden einer großen Zahl aus einer Arztpraxis übermittelten Rezepten in einer Apotheke für eine zumindest konkludente Absprache spreche. Selbst wenn die

Übermittlung der Rezepte mit Zustimmung des Patienten erfolgt wäre, sei ein Verstoß gegen das Verbot von Zuweisungen nach § 11 ApoG zu bejahen.⁶ Ein hinreichender Grund, der eine Übermittlung von Rezepten ausnahmsweise erlauben kann und insbesondere bei qualitativen Vorteilen in der Versorgungsqualität bejaht wird, ist häufig nur schwer begründbar. So genügen weder eine langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arzt und Apotheker noch eine räumliche Nähe (mit anderen Worten: bloße Bequemlichkeit genügt nicht).⁷ Vielmehr müsste begründet werden können, dass die speziellen Bedürfnisse des einzelnen Patienten im Einzelfall die konkrete Zuweisung erforderlich machen. Wegen allgemeiner Qualitätsmerkmale darf eine umfassende Zuweisung aller Patienten gerade nicht erfolgen. Sofern mehrere Anbieter gleiche Vorteile bieten, darf auch nicht nur an einen bestimmten Anbieter verwiesen werden. Die Befürchtung des einzelnen Arztes, die Patienten würden die Verordnungen zu spät einlösen oder die darin enthaltenen Informationen falsch weitergeben, genügt nicht als hinreichender Grund für eine Zuweisung. Solche Gefahren bestehen bei nahezu allen ärztlich verordneten Arzneimitteln. Die Zuweisung von Verordnungen muss jedoch die Ausnahme bleiben. Sollte der Patient hingegen Schwierigkeiten haben, selbst eine geeignete Apotheke zu finden, kann er den Arzt um eine Empfehlung bitten. Mit anderen Worten: Wenn der Patient den Arzt konkret fragt, an welche Apotheke er sich wenden kann, darf der Arzt eine bestimmte Apotheke nennen. Gleichwohl sollte auch bei einer solchen Empfehlung darauf geachtet werden, nicht ständig eine bestimmte Apotheke zu empfehlen. Sofern mehrere Anbieter gleiche Vorteile bieten, darf nicht nur an einen bestimmten Anbieter verwiesen werden.⁸

Unmittelbare Übersendung per Fax

Die Übersendung von Verordnungen an die Apotheke per Fax kann zudem einen Verstoß gegen § 24 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) begründen.

2 Vgl. BSG, Urteil vom 25.11.2015 – B 3 KR 16/15 R.
 3 Beispielhaft: § 11 Abs. 2 S. 2 der Berufsordnung für Apotheker in Bayern.
 4 Rixen in Rixen/Krämer, ApoG, § 11, Rn. 58 ff.
 5 OVG NRW, Urteil vom 02.09.1999 – 13 A 3323/97, Rn. 13 ff., zitiert nach juris.
 6 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.02.2013 – 13 A 2521/11.
 7 Weiterführend: Braun in MedR 2015, 22 ff.
 8 Zu alledem: Scholz in Spickhoff, Medizinrecht, § 31 MBO-Ä, Rn. 13 ff., 17.

§ 24 ApBetrO macht Vorgaben zum Betrieb einer Rezeptsammelstelle, die eine behördliche Erlaubnis voraussetzt. Das OLG Saarbrücken hat im Jahr 2013 entschieden, dass eine Übersendung per Fax nur zulässig ist, wenn medizinische Gründe vorliegen.⁹ Sofern allerdings schon kein Grund für eine Zuweisung von Verschreibungen besteht, kann kaum von einem medizinischen Grund, der zur Übersendung eines Rezeptes per Fax berechtigen kann, ausgegangen werden. Der Umstand, dass die Apothekenbetriebsordnung primär für Apotheken und nicht für Ärzte gilt, ist zumindest aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ohne Belang. § 24 ApBetrO ist eine sog. Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG. Für wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern genügt auch eine Anstiftung oder Beihilfe zu dem wettbewerbswidrigen Verhalten. § 24 ApBetrO trifft somit insofern Arzt und Apotheker gleichermaßen.

Das LG Dessau-Roßlau hat zwar in seiner (noch nicht rechtskräftigen) Entscheidung ausgeführt, dass eine ärztliche Weiterleitung von Rezepten an Apotheken – unabhängig von dem Vorliegen eines hinreichenden Grundes – zulässig sein kann, wenn der Patient den Arzt um Auskunft gebeten hat und die Weiterleitung somit nur auf Nachfrage des Patienten erfolgt. Durch dieses Verhalten bringe der Patient zum Ausdruck, dass er seine Wahlfreiheit durch die Empfehlung des Arztes unterstützt wissen möchte.¹⁰ Gewissermaßen stellt das LG Dessau-Roßlau die durch die erbetene Empfehlung des Arztes unterstützte Entscheidung des Patienten zur Weiterleitung des Rezeptes an eine von ihm gewählte Apotheke über das berufsrechtliche Verbot von Zuweisungen. Das LG Dessau-Roßlau lässt jedoch bedauerlicherweise offen, wann die vom OLG Saarbrücken (vgl. oben) aufgestellte Grenze zur unzulässigen Rezeptsammelstelle überschritten sein soll.

Es formuliert lediglich pauschal, dass ein Apotheker, der versucht in verschiedenen Arztpraxen Rezepte zu sammeln, wohl eine Rezeptsammelstelle betreibt. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Zirkelschluss, der weder Apotheken noch Ärzten Rechtssicherheit bietet.

Versand von Arzneimitteln

Sollte die Apotheke die Arzneimittel zudem unmittelbar an den Verbraucher senden, zeigen sich weitere rechtliche Hürden. Die Versendung von Arzneimitteln durch Apotheken unterliegt bestimmten Beschränkungen und erfordert insbesondere eine sog. Versandhandelserlaubnis (vgl. § 11a ApoG i.V.m. § 43 Abs. 1 S. 1 Arzneimittelgesetz – AMG). Eine solche Erlaubnis wäre nur dann nicht erforderlich, wenn die Zustellung der Arzneimittel durch Boten der Apotheke erfolgt (vgl. § 17 Abs. 2 ApBetrO). Verstöße gegen diese Vorschriften können ebenfalls wettbewerbsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen und unter Umständen auch eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellen.

Datenschutzrecht

Die vom Arzt an den Apotheker übermittelten Rezepte enthalten regelmäßig personenbezogene Angaben, wie Name, Adresse und Telefonnummer des Patienten, in Kombination mit den verordneten Arzneimitteln, die wiederum häufig Rückschlüsse auf etwaige Erkrankungen des Patienten zulassen. Im Datenschutzrecht herrscht jedoch der Grundsatz, dass personenbezogene (Gesundheits-) Daten nur aufgrund einer schriftlichen Einwilligung des Betroffenen (vgl. § 4a Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) bzw. einer gesetzlichen Erlaubnis erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen (vgl. § 4 Abs. 1 BDSG). Für den Fall, dass eine schriftliche Einwilligung des Patienten in die Datenübertragung nicht vorliegt, greift zwar die Ausnahmenvorschrift des § 28 BDSG, wonach in bestimmten Situationen das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung auch ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig ist. Allerdings gelten

bei besonderen personenbezogenen Daten, wozu Gesundheitsdaten zählen, weitere Einschränkungen. Demnach ist die Verwendung von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung des Betroffenen unter der Prämisse erlaubt, dass dies zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Weitere Gründe, bei deren Vorliegen eine Weitergabe von Gesundheitsdaten zulässig ist, liegen beispielsweise in dem Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben, sowie in Daten, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat. Auch die Datenverwendung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche oder zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung zählen zu den Ausnahmen von der Pflicht zur Einholung einer Einwilligungserklärung, allerdings nur, sofern die Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Wenngleich der Zweck der Gesundheitsversorgung oder Behandlung bei der Übermittlung eines Rezeptes an den Apotheker noch zu bejahen sein mag, bleibt dennoch fraglich, ob die entsprechende Datenverwendung hierfür auch tatsächlich erforderlich ist. Schließlich ist in aller Regel die Aushängung des Rezeptes an den Patienten eine ebenso geeignete Maßnahme. Vor dem Hintergrund dieser engen Ausnahmetatbestände ist für den Arzt somit der rechtlich sicherste Weg, eine datenschutzrechtliche Einwilligung des Patienten einzuholen. Der Arzt muss sich jedoch des Umstandes bewusst sein, dass auch die Einholung einer solchen datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung nicht über die sozialrechtlichen, apothekenrechtlichen und berufsrechtlichen Hürden hinweghelfen kann.

⁹ Vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 25.09.2013 – 1 U 42/13, Rn. 36 f., zitiert nach juris.

¹⁰ LG Dessau-Roßlau, Urteil vom 25.09.2015 - 3 O 22/15 (noch nicht rechtskräftig).

Fazit

- Im Hinblick auf die gewichtige Bedeutung, die dem Recht des Patienten auf freie Apothekenwahl zukommt, ist der Ärzteschaft zu raten, ausgestellte Verordnungen dem Patienten unmittelbar auszuhändigen, damit dieser sich die Apotheke seiner Wahl aussuchen kann.
- Nur in Einzelfällen, in denen ein hinreichender Grund vorliegt, der die unmittelbare Übersendung der Verordnung an die Apotheke erforderlich macht, ist die Umgehung des Apothekenwahlrechts zulässig, wobei sich dann in der Regel die Einholung entsprechender (insbesondere datenschutzrechtlicher) Einwilligungserklärungen des Patienten empfiehlt.
- Sofern solche hinreichenden Gründe nicht vorliegen, darf der Arzt zwar auf Nachfrage des Patienten Apotheken empfehlen. Von einer Übersendung der Rezepte per Fax unmittelbar an die (empfohlene) Apotheke ist in diesem Fall im Zweifel dennoch – sofern kein medizinischer Grund hierfür vorliegt – abzuraten, um sich nicht dem Vorwurf des Betriebs einer Rezeptsammelstelle auszusetzen.

Neuer BDA-Musterprozess: Abrechnungsauskünfte der KV und Vertrauensschutz

Elmar Mertens, Aachen
Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Viele Anästhesisten in Hamburg wurden im vergangenen Jahr mit Honorarrückforderungen der KV konfrontiert, weil sie sich auf die Auskunft ihrer KV verlassen haben. So vertrat die KV in persönlichen Beratungsgesprächen und auch bei Vorträgen die Ansicht, dass alle Narkosen bei Operationen (OPS-Code) nach Kap. 31 EBM abgerechnet werden können. In dem Informations-

schreiben vom 17.03.2014 revidierte die KV Hamburg ihre (falsche) Auskunft und wies darauf hin, dass Anästhesien/Narkosen bei zahnärztlichen Eingriffen nicht nach Abschnitt 31.5.3 EBM abgerechnet werden dürfen. Die KV bat in dem Informationsschreiben darum, dies bei zukünftigen Abrechnungsquartalen zu beachten. Gleichwohl führte die KV auch für frühere Abrechnungsquartale eine sachlich-rechnerische Richtigstellung durch, wobei die Leistungen nach Kap. 31 gestrichen und in Kap. 5 Leistungen umgerechnet worden sind. Darauf basierend erfolgte auch die Honorarabrechnung.

Da es sich hier um eine grundsätzliche Fragestellung handelt, die für eine Vielzahl unserer Mitglieder von Bedeutung ist, hat der BDA entschieden, das Verfahren eines Anästhesisten als Musterprozess finanziell zu unterstützen. Dessen Klage wurde im Februar 2015 bei dem Sozialgericht Hamburg (Az. S 27 KA 13/15) eingereicht. In diesem Prozess geht es nicht nur um den Vertrauensschutz bei Abrechnungsauskünften der KV, sondern auch um den Vertrauensschutz bezüglich Überweisungsscheine von Mund-Kiefer-Gesichtschirurgen. Somit können wir in einem Prozess zwei Grundsatzfragen für unsere Mitglieder klären lassen. Wir werden über den Fortgang des Verfahrens berichten.

Keine GEMA-Gebühren für Hintergrundmusik in Zahnarzt- praxen

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 18.06.2015 (Az. I ZR 14/14) entschieden, dass die Wiedergabe von Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen im Allgemeinen keine – vergütungspflichtige – öffentliche Wiedergabe im Sinne des Urheberrechtsgesetzes darstellt und insofern keine Gebühren an die GEMA zu entrichten sind.

Bei folgendem Fall hatte der BGH zu entscheiden: In der zahnärztlichen Praxis des Beklagten werden im Wartebereich Hörfunksendungen als Hintergrundmu-

sik übertragen. Dazu hat der Zahnarzt mit der GEMA im Jahr 2003 einen urheberrechtlichen Lizenzvertrag geschlossen, den er aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)¹¹ fristlos gekündigt hat. Die GEMA akzeptierte diese Kündigung nicht und klagte auf Zahlung der Gebühren aufgrund des Lizenzvertrages. Die Argumentation der GEMA hatte vor dem BGH keinen Erfolg. In der Pressemitteilung des BGH¹² wird ausgeführt:

„Dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 15.03.2012 ist zu entnehmen, dass eine öffentliche Wiedergabe... jedenfalls voraussetzt, dass die Wiedergabe gegenüber einer unbestimmten Zahl potenzieller Adressaten und Recht vielen Personen erfolgt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit diesem Urteil ferner entschieden, dass diese Voraussetzungen im Allgemeinen nicht erfüllt sind, wenn ein Zahnarzt in seiner Praxis für seine Patienten Hörfunksendungen als Hintergrundmusik wiedergibt.

Der Bundesgerichtshof ist an die Auslegung des Unionrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union gebunden und hat die entsprechende Bestimmung des nationalen Rechts richtlinienkonform auszulegen. Der vom Bundesgerichtshof zu beurteilende Sachverhalt stimmte darüber hinaus in allen wesentlichen Punkten mit dem Sachverhalt überein, der dem Gerichtshof der Europäischen Union bei seiner Entscheidung vorgelegen hatte. Der Bundesgerichtshof hat daher entschieden, dass die Wiedergabe von Hörfunksendungen in Zahnarztpraxen im Allgemeinen – und so auch bei dem Beklagten – nicht öffentlich und damit auch nicht vergütungspflichtig ist.“

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofes sind auch auf andere Arztpraxen übertragbar. Ob die Ausführungen nur für Einzelpraxen gelten, wie seinerzeit vom EuGH entschieden, oder auch auf Gemeinschaftspraxen etc. übertragbar sind, kann man erst nach Vorliegen des Urteils im Volltext beurteilen.

¹¹ Urteil des EuGH vom 15.03.2012, Aktenzeichen C-135/10; Volltext: <http://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilssammlung-public.html>

¹² Pressemitteilung Nr. 101/2015 = www.Bundesgerichtshof.de