



## Newsletter Januar 2019

### Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht

#### 1. Verkauf von rezeptfreien, apothekenpflichtigen Medikamenten über die Handelsplattform amazon.de verstößt nicht gegen Wettbewerbsrecht

Der in der Stadt Oberharz am Brocken ansässige beklagte Apotheker bietet als sogenannter Marktplatz Verkäufer über die Handelsplattform amazon.de rezeptfreie und apothekenpflichtige Medikamente an, wobei er unter dem Namen seiner Apotheke auftritt. Verkauf und Versand der Medikamente erfolgt nicht über Amazon, sondern über die Apotheke. Ein Apotheker aus München als Mitbewerber hat den Beklagten darauf verklagt, dass dieser es unterlässt, die Medikamente über Amazon anzubieten.

Die Handelskammer hat in diesem Vertriebsweg keinen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften gesehen. Sie bezieht sich damit auf eine Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2012 (Urteil vom 18.10.2012 Az. 3 C 25/11), wonach grundsätzlich der Internetversandhandel mit rezeptfreien Medikamenten erlaubt ist. Wenn aber grundsätzlich "Internetapotheken" erlaubt sind, dann darf ein Apotheker auch als Vertriebsweg den über eine Handelsplattform - wie amazon.de - wählen.

Die Handelsplattform vermittelt auch lediglich den Zugang zum Angebot des Beklagten. An der pharmazeutischen Tätigkeit ist die Handelsplattform nicht beteiligt, da Verkauf und Versand allein durch den Beklagten erfolgen. Der Beklagte betreibt aber eine Apotheke und besitzt die behördliche Erlaubnis zum Versand von Medikamenten.

Ein Gesetzesverstoß liegt auch nicht darin, dass bei amazon.de es Kundenbewertungen, sowohl der Medikamente als auch der Apotheke selbst gibt. So weist das Verkäuferprofil auf amzon.de 100% - 511 positive Bewertungen in den letzten 12 Monaten auf (Stand: 18.01.2019). Jeder Nutzer der Seite kann aber sofort erkennen, dass sich hierbei nicht um Werbung und Bewertungen der Apotheke selbst, sondern um Meinungen der Verbraucher handelt. Damit hat der Beklagte auch nicht gegen Vorschriften der Medikamentenwerbung verstoßen.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Der Kläger kann binnen 1 Monats nach Zustellung hiergegen Berufung beim Oberlandesgericht Naumburg einlegen.

Die Kammer für Handelssachen beim Landgericht ist durch eine Berufsrichterin als Vorsitzende und zwei ehrenamtlichen Handelsrichtern /-innen besetzt. Die Handelsrichter

werden durch die Industrie- und Handelskammern vorgeschlagen. Sie müssen Kaufleute sein oder eine leitende Tätigkeit als Vorstandsmitglied, Geschäftsführer oder Prokurist in einer juristischen Person ausüben. Handelsrichter gibt es, weil neben juristischen Kenntnissen auch kaufmännischen Sachverstand und kaufmännische Erfahrung in die Entscheidung des Gerichts einzubringen. Die ehrenamtlichen Handelsrichter sind deshalb keine Laienrichter, wie Schöffen, sondern Fachrichter mit Spezialkenntnissen auf dem Gebiet der Unternehmensführung. Ehrenamtliche Handelsrichter haben die gleichen Rechte und Pflichten wie Berufsrichter. Sie haben auch gleiches Stimmrecht wie ein Berufsrichter: jede Stimme zählt gleich viel. Anders als die Schöffen in Strafverhandlungen tragen die Handelsrichter Robe und wirken auch an der Abfassung des schriftlichen Urteils mit.

LG Magdeburg, Urteil vom 18.01.2019, Az. 36 O 48/18

Löffler  
Pressesprecher

<http://www.presse.sachsen-anhalt.de/index.php?cmd=get&id=900633&identifizier=18612a6393bdc8f0a845fbbddcae77876>

## 2. Klage eines Apothekers gegen Widerruf der Approbation erfolgreich

Der Kläger hatte in der Zeit von 2009 bis 2012 im Abrechnungssystem seiner Apotheke in Düren eine Manipulationssoftware verwendet. Deswegen war er mit Urteil des Amtsgerichts Aachen vom 28. März 2017 wegen Steuerhinterziehung in Höhe von rund 200.000 Euro zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten auf Bewährung verurteilt worden. Daraufhin war ihm die Apothekenbetriebserlaubnis entzogen worden. Die dagegen erhobene Klage wurde mit Urteil der 7. Kammer des Verwaltungsgerichts vom 6. Juli 2018 abgewiesen (Aktenzeichen 7 K 5905/17, vgl. Pressemitteilung vom 23. Juli 2018). Über den Antrag auf Zulassung der Berufung ist noch nicht entschieden (Aktenzeichen (Aktenzeichen OVG Münster 13 A 3040/18).

[http://www.vg-aachen.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/15\\_180723/index.php](http://www.vg-aachen.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/15_180723/index.php)

Die Klage gegen den Widerruf seiner Approbation hatte dagegen Erfolg. Zur Urteilsverkündung heute hat Richterin Brunhilde Küppers-Aretz ausgeführt:

Der Kläger habe sich keines Verhaltens schuldig gemacht, aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Apothekerberufs ergibt. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Art der Straftat, der Schwere und Zahl der Verstöße gegen Berufspflichten, dem Ausmaß der Schuld und dem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sowie unter Würdigung der Persönlichkeit des Klägers und seiner Lebensumstände sei die Kammer zu dem Ergebnis gelangt, dass die Straftaten nicht von einer solchen Schwere und einem solchen Unrechtsgehalt geprägt seien, dass sie die äußerste Maßnahme, die beruflich gegen einen Apotheker verhängt werden könne, nämlich den Widerruf der Approbation, rechtfertigen. Zwar liege ein schwerwiegender Verstoß gegen die jedem Kaufmann und damit auch einem Apotheker obliegenden gewerberechtlichen sowie allgemeinen vermögensrechtlichen Pflichten vor. Allerdings gebe es keine Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten in Bezug auf das durch einen Widerruf zu schützende Vertrauensverhältnis zwischen Apotheker und Patient bzw. Kunde in der gesundheitlichen Beratung. Von dem Fehlverhalten seien weder die Abrechnungen gegenüber den Kunden noch die Krankenkassen betroffen. Es sei zu keiner Schädigung des öffentlichen Gesundheitssystems gekommen. Das sei auch

nicht beabsichtigt gewesen. Der Kläger habe den Einsatz der "Mogelsoftware" aus eigenem Antrieb beendet, nach Aufdeckung der Verfehlungen an der Aufklärung mitgewirkt und seine Unrechtseinsicht deutlich gemacht. Er habe bereits ein Jahr vor dem Widerruf den entstandenen Schaden wiedergutmacht, und zwar wohl auch für strafrechtlich verjährte Zeiten.

Zudem sei der Entzug der Apothekenbetriebserlaubnis, der für die wirtschaftliche und berufliche Existenz des Klägers weitreichende Folgen haben dürfte, als milderer Mittel gegenüber der Untersagung jeglicher Berufstätigkeit als Apotheker geeignet, der Öffentlichkeit deutlich zu machen, dass das Fehlverhalten nicht folgenlos bleibe, und einer Erschütterung des Ansehens und Vertrauens der Bevölkerung in den Berufsstand entgegenzuwirken.

Die im Urteil der 7. Kammer getroffene Feststellung, dass der Kläger nicht mehr die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, steht der Einschätzung der Kammer nicht entgegen, dass der Kläger weiterhin die erforderliche Zuverlässigkeit zur Ausübung des Apothekerberufs besitzt. Die schwerwiegenden Verstöße gegen gewerberechtliche Pflichten würden sich nicht im Kernbereich der berufsrechtlichen Pflichten bewegen.

VG Aachen, Urteil vom 10.01.2019, Aktenzeichen: 5 K 4827/17

[http://www.vg-aachen.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/02\\_190110/index.php](http://www.vg-aachen.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/02_190110/index.php)

## **Arzthaftungsrecht**

### **1. Unterlassene Zählkontrolle ist ein Behandlungsfehler**

Die heute 30-jährige Klägerin unterzog sich im März 2014 einer urologischen Operation in dem Krankenhaus der Beklagten, bei der eine 1,9 cm lange Nadel im Körper zurückgeblieben war. Dies wurde bei einem CT im April 2014 festgestellt und die Patientin darüber rund zwei Monate nach der Operation informiert. Seither muss sie sich zur Kontrolle des Verbleibs der Nadel im Körper regelmäßig röntgenologisch untersuchen lassen und befürchtet Folgeschäden sowie gegebenenfalls eine weitere Operation zur Entfernung der Nadel.

Das LG Ulm hatte die Beklagte bereits zu Schmerzensgeld und Schadensersatz verurteilt, wogegen diese sich mit ihrer Berufung richtet. Nach Auffassung der Berufungsklägerin, vertreten durch das Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistung der Bundeswehr, stelle eine unterbliebene Zählkontrolle keinen Behandlungsfehler dar.

Das OLG gibt der Geschädigten überwiegend Recht und reduziert lediglich das erstinstanzlich verhängte Schmerzensgeld. Der Senat sieht im Zurücklassen der Nadel im Bauchraum einen schuldhaften Behandlungsfehler, der der Klinik zur Last fällt. Nach der BGH-Rechtsprechung müssten Ärzte alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen das unbeabsichtigte Zurücklassen eines Fremdkörpers im Operationsgebiet treffen und sämtliche Instrumente nach einer OP auf ihre Vollständigkeit überprüfen. Zur Zählkontrolle und Vermeidung unbeabsichtigt im Operationsgebiet zurückgelassener Fremdkörper hat das Aktionsbündnis Patientensicherheit bereits 2010 Handlungsempfehlungen veröffentlicht. Da diese Handlungsempfehlungen auf Grundlage eines Beschlusses des deutschen Bundestages durch das Bundesministerium für Gesundheit gefördert wurden, hält es der Senat für befremdlich, dass die beklagte Bundesrepublik Deutschland meint, sie selbst sei 4 Jahre nach Veröffentlichung dieser Empfehlungen nicht zu Zählkontrollen bei Operationen

verpflichtet. Nach den weiteren Darlegungen des Senats seien der Behandlungsfehler und die verspätete Aufklärung der Patientin jedoch nicht als grober Behandlungsfehler zu bewerten.

Das unbemerkte Zurücklassen der Nadel habe bei der Klägerin zu einem Schaden geführt. Sie sei nicht nur durch die regelmäßigen Lagekontrollen der Nadel, sondern auch durch das Wissen um die Nadel im Körper und die Ungewissheit über die Erforderlichkeit einer Operation zu deren Entfernung belastet. Das Berufungsgericht hält daher ein Schmerzensgeld in Höhe von 10.000,- € für angemessen und ausreichend. Weiter erhält die Klägerin ihre bisherigen materiellen Schäden in Höhe von rund 2.000,- € erstattet. Im Übrigen stellte der Senat fest, dass der Krankenträger verpflichtet ist, der Klägerin alle weiteren materiellen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden aus dem Behandlungsfehler zu ersetzen. Die Revision wurde nicht zugelassen.

1 U 145/17 OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.2018, Az. 1 U 145/17; Vorinstanz LG Ulm, Urteil vom 25.10.2017, Az. 6 O 302/15

<http://www.olg-stuttgart.de/pb/,Lde/5432395/?LISTPAGE=1178276>

## 2. Zur Haftung für Fehler des Notarztes bei einem Rettungsdiensteinsatz in Sachsen

Die Wahrnehmung rettungsdienstlicher Aufgaben ist im Freistaat Sachsen (Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz - SächsBRKG) der hoheitlichen Betätigung zuzurechnen. Für Fehler des Notarztes bei einem Rettungsdiensteinsatz haften in Sachsen die Rettungszweckverbände beziehungsweise die Landkreise und Kreisfreien Städte, die sich nicht zu einem Rettungszweckverband zusammengeschlossen haben.

BGH, Urteil vom 15.11.2018, Az. III ZR 69/17

<https://www.juris.de/perma?d=KORE313222018>

## Ärztliches Berufsrecht

### Abrechnungsbetrug begründet nicht immer den Widerruf einer Approbation

Das VG Hamburg hat den Widerruf der Approbation eines Kardiologen wegen Abrechnungsbetrugs aufgehoben, weil das vom Strafgericht geahndete Verhalten nicht seine Berufsunwürdigkeit begründet.

Der Kläger ist approbierter Arzt und seit 1994 als Chefarzt der Kardiologischen Abteilung eines Hamburger Krankenhauses tätig. Über einen Zeitraum von vier Jahren reichte der Kläger – im eigenen Namen – bei der Kassenärztlichen Vereinigung Rechnung zu Leistungen ein, die er nicht persönlich, sondern nachgeordnete Ärzte bzw. seine Abteilung erbracht hatten. Im Zuge eines Ermittlungsverfahrens räumte der Kläger den Sachverhalt ein. Er erstattete der Kassenärztlichen Vereinigung die von ihm abgerechneten Leistungen und verzichtete auf seine Ermächtigung, ambulante Leistungen als Kassenarzt abzurechnen. Das AG Hamburg-St. Georg setzte mit Strafbefehl vom 12.04.2016 wegen Betrugs in 15 Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und eine Geldbuße i.H.v. 100.000 Euro

fest. Die Freiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Ärztekammer Hamburg leitete ein berufsrechtliches Verfahren gegen den Kläger ein, sah von einer Sanktionierung des Klägers im Ergebnis aber ab. Die Freie und Hansestadt Hamburg widerrief im Februar 2018 die Approbation des Klägers. Er habe sich aufgrund des langjährigen und systematischen Abrechnungsbetrugs zur Ausübung des Arztberufes als unwürdig erwiesen. Hiergegen legte der Kläger zunächst Widerspruch, anschließend Klage vor dem VG Hamburg ein.

Die Klage hatte Erfolg. Das VG Hamburg hat den Widerruf der Approbation des Kardiologen wegen Abrechnungsbetrugs aufgehoben.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts begründet das dem Kläger zur Last gelegte und vom Strafgericht geahndete Verhalten nicht seine Berufsunwürdigkeit, was Voraussetzung des Widerrufs gewesen wäre. Für das Verwaltungsgericht bestehe im Ergebnis kein Grund, an der ärztlichen Integrität des Klägers zu zweifeln. Zwar habe sich der Kläger eines nicht unerheblichen Fehlverhaltens schuldig gemacht. Das Verhalten sei aber weder von Gewinnstreben noch ärztlicher Gewissenlosigkeit geprägt gewesen. Die fehlerhaften Abrechnungen hätten zudem Routineaufgaben betroffen, die schon im Ausgangspunkt von der Kassenärztlichen Vereinigung nicht dem Kläger als Chefarzt zur persönlichen Erledigung hätten übertragen werden sollen.

Die Beklagte kann innerhalb eines Monats nach Zustellung des schriftlichen Urteils die Zulassung der Berufung beantragen, über die das OVG Hamburg zu entscheiden hat.

VG Hamburg, Urteil vom 23.01.2019, Az. 17K 4618/18

juris-Redaktion

Quelle: Pressemitteilung des OVG Hamburg v. 23.01.2019

## **Vertragsarztrecht**

### Änderung der Bedarfsplanungsrichtlinie

Die Facharztgruppen Chirurgen und Orthopäden werden ab dem 16.01.2019 gemeinsam erfasst.

Beschluss des G-BA vom 20.09.2018, Inkrafttreten ab 16.01.2019

<https://www.g-ba.de/informationen/beschluesse/3505/>

## **Sonstiges**

### Keine sachgrundlose Befristung bei einer vor 8 Jahren bestehenden Vorbeschäftigung

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis von etwa eineinhalbjähriger Dauer bestanden hat, das eine vergleichbare Arbeitsaufgabe zum Gegenstand hatte.

Der Kläger war vom 19. März 2004 bis zum 30. September 2005 als gewerblicher Mitarbeiter bei der Beklagten tätig. Mit Wirkung zum 19. August 2013 stellte die Beklagte den Kläger erneut sachgrundlos befristet für die Zeit bis zum 28. Februar 2014 als

Facharbeiter ein. Die Parteien verlängerten die Vertragslaufzeit mehrfach, zuletzt bis zum 18. August 2015. Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt nicht geendet hat.

Die Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Im Jahr 2011 hatte das Bundesarbeitsgericht zwar entschieden, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erfasse in verfassungskonformer Auslegung nicht solche Vorbeschäftigungen, die länger als drei Jahre zurückliegen. Diese Rechtsprechung kann jedoch auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 2018 (- 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 -) nicht aufrechterhalten werden. Danach hat das Bundesarbeitsgericht durch die Annahme, eine sachgrundlose Befristung sei nur dann unzulässig, wenn eine Vorbeschäftigung weniger als drei Jahre zurückliege, die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben überschritten, weil der Gesetzgeber eine solche Karenzzeit erkennbar nicht regeln wollte. Allerdings können und müssen die Fachgerichte auch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar ist, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann danach insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht, insbesondere lag das vorangegangene Arbeitsverhältnis acht Jahre und damit nicht sehr lang zurück. Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Befristung im Vertrauen auf die im Jahr 2011 ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vereinbart zu haben. Sie musste bei Abschluss der Verträge mit dem Kläger jedenfalls die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Norm vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand haben könnte.

BAG, Urteil vom 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 -

[https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2019&nr=21852&pos=0&anz=3&titel=Sachgrundlose\\_Befristung\\_-\\_Vorbesch%E4ftung](https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2019&nr=21852&pos=0&anz=3&titel=Sachgrundlose_Befristung_-_Vorbesch%E4ftung)

## Stellenangebote

**pwk & PARTNER** ist eine bundesweit, hochspezialisiert im Medizinrecht tätige Rechtsanwaltskanzlei mit Sitz in Dortmund. Wir verstehen uns als kompetente Ansprechpartner für niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser, Medizinische Versorgungszentren, Privatkliniken, Berufsverbände, Praxisnetze, Pflegeeinrichtungen und alle anderen Leistungserbringer im Gesundheitswesen.

Zur Verstärkung unseres Teams in Dortmund suchen wir für den Bereich des Gesellschaftsrechts eine(n)

**Rechtsanwalt (m/w)**

Wir erwarten Engagement, ein überzeugendes Auftreten, Bereitschaft zum teamorientierten Arbeiten und einschlägige berufliche Erfahrungen im Gesellschaftsrecht. Wünschenswert wären zusätzliche Kenntnisse im Bereich des Vertragsarztrechts.

Wir bieten Ihnen eine anspruchsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit in einer im Medizinrecht hochspezialisierten Kanzlei.

Schriftliche Bewerbungen richten Sie bitte an  
pwk & PARTNER Rechtsanwälte mbB  
Herrn Rechtsanwalt Peter Peikert  
Saarlandstr. 23  
44139 Dortmund  
T +49 (0) 231 77574-118  
[peter.peikert@pwk-partner.de](mailto:peter.peikert@pwk-partner.de)

---

**V.i.S.d.P.:** Rechtsanwältin Rita Schulz-Hillenbrand, Fachanwältin für Medizinrecht  
Mitglied im Vorstand der AFAE, Würzburg

AFAE, Anwälte für Ärzte, <http://www.afae.de>, Ritterstraße 9, 40213 Düsseldorf, Telefon  
0211/864630, Telefax 0211/320840

**Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. © AFAE**