

Interview mit Prof. Dr. med. Dr. jur. Christian Dierks

Arzt, Jurist und Partner in der
Kanzlei Dierks + Bohle, Berlin



Prof. Dr. med. Dr. jur. Christian Dierks (**CD**), Arzt, Jurist und Partner in der Kanzlei Dierks + Bohle (Berlin) stellte sich nachfolgend den Fragen von Dr. Gerhard Brenner, Vorstandsmitglied der Stiftung LebensBlicke (**GB**).

GB: Herr Professor Dierks, Ihre Anwaltskanzlei Dierks + Bohle in Berlin ist in verschiedenen Bereichen des Medizinrechts tätig. Sie vertreten Organisationen der Kostenträger und Leistungserbringer wie auch einzelne Ärzte. Wir haben den Eindruck, dass das Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen eine zunehmende Bedeutung hat. Warum ist das so und in welchen Bereichen sind Wettbewerbsregeln besonders zu beachten?

CD: Das Wettbewerbsrecht hat im heutigen Gesundheitswesen in der Tat eine bedeutsame Rolle. Und warum sollte das auch nicht so sein? Wir haben es mit einem Markt zu tun, in dem die Leistungsträger und die Leistungserbringer im Wettbewerb zueinanderstehen, und dieser Wettbewerb braucht Regeln. Ihre Beobachtung, dass das Wettbewerbsrecht eine zunehmende Bedeutung erlangt, beruht darauf, dass wir vor einigen Jahren eine Phase ohne Wettbewerbsregeln hatten, nachdem der Gesetzgeber auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu den Festbeträgen die Geltung des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen außer Kraft gesetzt hatte. Nebenbei bemerkt war dies auch eine Phase maximaler Wettbewerbsrhetorik der Gesetzgebung bei weitgehender Abwesenheit von Regeln. Die Änderung in § 69 SGB V musste zurückgenommen werden, nachdem die EU-Kommission zwei Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte. Parallel dazu entwickelten sich sehr viel mehr kooperative Strukturen in der Gesundheitsversorgung als wir dies noch Ende des vergangenen Jahrhunderts hatten. So fallen die geänderte Rechtslage und neue Sachverhalte zusammen. Wir beobachten, dass nicht nur "klassische" Bereiche wie die Vergabe von Rabattverträgen für Arzneimittel vom Wettbewerbsrecht durchdrungen werden, sondern auch ganz allgemein die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern, Kostenträgern und weiteren Akteuren im Gesundheitswesen. Defizite gibt es noch bei der Anwendung des Kartellrechts auf

horizontale Beziehungen der Leistungsträgerseite. Hier kann das Bundeskartellamt aufgrund der jüngeren Rechtsprechung noch nicht so, wie es sollte. Auch die gesetzlich geregelte Ausnahme, dass das Wettbewerbsrecht nicht auf solche Verträge Anwendung finden soll, zu deren Abschluss die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet sind, begegnet europarechtlichen und wirtschaftspolitischen Bedenken.

GB: Im Gesundheitsmarkt sind eine Reihe von Verbandsorganisationen und gemeinnützige Stiftungen tätig, ohne selbst Marktpartner im Sinne des Angebots oder Verkaufs von Dienstleistungen oder Produkte zu sein. Dennoch bestehen Kontakte zu industriellen Partnern, die sich aus der Verbindung auch Unterstützung für ihre Interessen erhoffen. Wo sind Ihrer Erfahrung nach die Problembereiche in solchen Verbindungen zu sehen?

CD: Sie sprechen hier einen wichtigen Aspekt der wettbewerbsrechtlichen Schwierigkeiten an, die wir aktuell im deutschen Gesundheitswesen beobachten. Gesundheitspolitisch ist es durchaus erwünscht, dass sich gesellschaftliche Akteure wie Stiftungen oder Verbände an der Versorgung der Patienten beteiligen. Dadurch wird nicht zuletzt viel Know-How in das Gesundheitssystem getragen. Auch stellt sich in der Praxis immer wieder heraus, dass es im deutschen Gesundheitswesen Zeit braucht, bis Abrechnungsvoraussetzungen für innovative Behandlungskonzepte geschaffen werden. Nehmen Sie die personalisierte Medizin als Beispiel, die ja gerade auch in der Onkologie von wachsender Bedeutung ist: Es werden zunehmend Arzneimittel entwickelt, die bei bestimmten Genmutationen eines Tumors hervorragend wirken, doch die dafür notwendigen molekularbiologischen Tests können erst dann von den Krankenkassen übernommen werden, wenn hierfür eine Abrechnungsziffer geschaffen wird. Bis dahin hängt es von der Zahlungsfähigkeit des krebserkrankten Patienten ab, ob er sich diesen Test leisten kann. Wird nun jedoch dieser Test vom Hersteller des Arzneimittels oder einer anderen Organisation gesponsert, stellt sich sofort die Frage, ob darin nicht eine unlautere Beeinflussung des behandelnden Arztes liegen könnte. In einer solchen Situation ist dies aber der einzige Weg, wie der Patient zu seiner Therapie gelangen kann. Ein anderes Beispiel ist die Informationsarbeit von Verbänden und Stiftungen, insbesondere gegenüber Ärzten: Auch hier sehen wir, dass es einen schmalen Grat zwischen erlaubter sachlicher Information und unerlaubter, unlauterer Beeinflussung des Ordnungsverhaltens gibt. Dies wird durch erheblich divergente Regelungen in unterschiedlichen Ärztekammerbezirken nicht einfacher. Daher sollte das Wettbewerbsrecht daraufhin überprüft werden, wie klargestellt

werden kann, dass fachlich richtige, patientenorientierte und nicht manipulative Handlungen zur Verbesserungen der Patientenversorgung erlaubt sein müssen.

GB: Lassen Sie mich mit einem Beispiel konkret werden. Welche Möglichkeit bestehen für eine Stiftung wie die unsrige, die Darmkrebsprävention zu unterstützen und dabei auch über die diagnostischen Verfahren zu informieren, insbesondere dann, wenn wie bei den Stuhltests mehrere Produkte auf dem Gesundheitsmarkt konkurrieren?

CD: Zunächst einmal können und dürfen Sie ganz allgemein öffentlich über Qualitätsunterschiede von Tests aufklären, freilich ohne einzelne Produkte hervorzuheben. Bereits darin liegt ein wichtiger Beitrag von Stiftungen und auch Fachgesellschaften zur Verbesserung der Versorgung. Allerdings besteht ein Risiko, sobald Sie Ihr in der Praxis erworbenes Wissen um einzelne Produkte in die Beratungsarbeit integrieren. Ich meine, dass es insoweit auch eine zentrale Aufgabe des behandelnden Arztes ist, auf Grund seiner Erfahrung und seiner Kenntnis des konkreten Behandlungsfalls die richtigen Produkte auszuwählen.

GB: Könnte eine Information, von einer gemeinnützigen Stiftung herausgegeben, über bereits veröffentlichte Produkteigenschaften diagnostischer Tests überhaupt als Wettbewerbsverstoß gewertet werden?

CD: Tatsächlich sind die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften sehr weitreichend und haben eine beträchtliche Zahl an Einzelentscheidungen vieler Gerichtsinstanzen hervorgebracht. Wir beobachten hier tatsächlich seit Jahrzehnten die Entwicklung eines „Case Law“, eines Fallrechts wie im angloamerikanischen Raum. Ob dies der Rechtssicherheit dient, sei einmal dahingestellt. Aber auch gemeinnützige Stiftungen sind diesen Regelungen unterworfen und können, gerade wenn sie öffentlich bekannt und sichtbar arbeiten, erheblichen Einfluss auf die wirtschaftlichen Chancen einzelner Produkte nehmen. Die „Stiftung Warentest“ ist sicherlich das bekannteste Beispiel für diesen Effekt.

GB: Man hört immer wieder von Abmahnungen oder Unterlassungsklagen, bei denen man den Eindruck gewinnt, dass der Kläger das Ziel verfolgt durch Verhinderung der neutralen Information über Konkurrenzprodukte sich seinerseits einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Wie kann man sich davor schützen oder dagegen rechtlich vorgehen?

CD: Abmahnungen und Unterlassungsklage müssen durch einen erfahrenen Anwalt zunächst überprüft werden. Zu dem Zeitpunkt, an dem eine Abmahnung zugeschickt oder eine

Unterlassungsklage erhoben wird, ist noch nicht ausgemacht, ob überhaupt ein Wettbewerbsverstoß vorliegt. Vielfach werden diese Instrumente strategisch eingesetzt, um Konkurrenten abzuschrecken oder sich selbst einen Vorteil zu verschaffen. Zu beachten ist, dass sich die Marktverhaltensregeln, deren Verletzung behauptet wird, je nach Sektor stark unterscheiden: das Kartellrecht, das Vergaberecht, das Heilmittelwerberecht und die Berufsordnungen der Leistungserbringer gehören ebenso dazu wie die Kodizes der pharmazeutischen Industrie und der Medizinproduktehersteller ... ein Dickicht.

GB: Abschließend eine grundsätzliche Frage: Welche Empfehlung würden sie einer gemeinnützigen Organisation für ihre Informationskonzepte gegenüber der Öffentlichkeit oder den zuständigen Entscheidungsträgern im Gesundheitswesen geben, um diese auch bei Nennung von Produkten wettbewerbskonform zu gestalten?

CD: Es ist sowohl für Patienten als auch für Ärzte schwierig, gute und sachliche Informationen zu erhalten. Dies liegt sicherlich auch daran, dass Medizin immer auch mit Erfahrung zusammenhängt. Ob ein bestimmtes Produkt einem konkreten Patienten hilft, hängt neben der wissenschaftlichen Erkenntnis von den allgemeinen Wirkungen eines Produkts auch stark von der Mitwirkungsbereitschaft des Patienten ab, von der Handhabbarkeit des Produkts und von individuellen Präferenzen, welche Aspekte in der Behandlung gerade wichtig sind. Daher ist eine Pluralität an Informationen wichtig, die dann aber einer Bündelung bedürfen, um nicht unübersichtlich zu werden. Hierin sehe ich eine Hauptaufgabe gemeinnütziger Organisationen. Wenn Sie obendrein einzelne Produkte nennen möchten, sollten Sie die lauterkeitsrechtlichen Grenzen der Bevorzugung oder Diffamierung beachten und die Adressaten im Blick behalten, damit Sie heilmittelwerberechtlich auch auf der sicheren Seite sind.

GB: Herr Prof. Dierks, herzlichen Dank für Ihre Bereitschaft sich für dieses Interview zur Verfügung zu stellen.