

# Rechtsprechung bestätigt: Arztpraxis darf kein Laden werden

Die wirtschaftliche Situation vieler Ärztinnen und Ärzte führt verständlicherweise zu zunehmenden Anfragen nach den Möglichkeiten und Grenzen von (wirtschaftlich unter Umständen interessanten) Aktivitäten außerhalb/neben der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit. Über die Möglichkeiten, aber auch über die Grenzen ist an dieser Stelle bereits zu einem früheren Zeitpunkt berichtet worden. Inzwischen existiert eine eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung.

von Bertram F. Koch, Justiziar der Ärztekammer Westfalen-Lippe

**D**rei weitere, in der ersten Hälfte dieses Jahres ergangene Gerichtsentscheidungen haben bestätigt: Das ärztliche Berufsrecht gestattet es einem Arzt nicht, in seiner Praxis wie auch immer geartete Gesundheitsprodukte zu verkaufen oder sonstwie abzugeben. Auch ein Bewerben der Dinge in der Praxis ist nicht erlaubt. Sowohl das Oberlandesgericht Koblenz (Urteil vom 22.02.2005, Az.: 4 U 813/04) und das Oberlandesgericht Frankfurt (Urteil vom 14.04.2005, Az.: 6 U 111/04) als auch der Bundesgerichtshof (Urteil vom 02.06.2005, Az.: 1 ZR 317/02) haben in den jeweiligen Fällen (Anm.: Es ging um den Verkauf von Nahrungsergänzungsmitteln, die Abgabe von Rückenbandagen sowie den Verkauf bzw. die Abgabe von Diabetesteststreifen) übereinstimmend sowohl einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Berufsordnung als auch einen Verstoß gegen § 34 Abs. 5 Berufsordnung bejaht (s. Kästen auf dieser Seite). Sämtliche Urteile stimmen in der Bewertung überein, dass der Heilauftrag des Arztes von merkantilen Gesichtspunkten zu trennen ist und getrennt bleiben muss. Die Urteilsgründe verdienen besondere Aufmerksamkeit und sind deshalb nachstehend auszugsweise zitiert. Im Einzelnen:

## **OLG Koblenz, Urteil vom 22.02.2005 („Bandagen“)**

„... Das Verbot des § 3 Abs. 2 Berufsordnung beruht auf der traditionellen Trennung der Tätigkeit von Ärzten einerseits und Herstellern von medizinischen Hilfsmitteln oder sonstigen Medizinprodukten anderer-

### **§ 34 Abs. 5 Berufsordnung**

„Es ist nicht gestattet, Patientinnen oder Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen“

### **§ 3 Abs. 2 Berufsordnung**

„Ärztinnen und Ärzten ist untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter ihrer Mitwirkung abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind“

seits. Es hat die Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes zum Gegenstand und soll außerdem verhindern, dass das besondere Vertrauen in den Arztberuf zur Verkaufsförderung solcher Produkte missbraucht wird, die der Patient nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit seiner Betreuung benötigt. Dabei stellt die Berufsord-

nung nicht auf die Entgeltlichkeit ab, sondern untersagt sogar eine unentgeltliche Abgabe der Produkte.

Nach § 34 Abs. 5 Berufsordnung ist es den Ärzten nicht gestattet, Patientinnen oder Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen, und insbesondere nicht gestattet, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln von dem Hersteller oder Händler eine Vergütung oder sonstige wirtschaftliche Vergünstigung zu fordern oder anzunehmen (§ 34 Abs. 1).

Mit diesen Verboten steht die Abgabe der von dem Beklagten den einzelnen Ärzten überlassenen Rückenbandagen und die Zahlung der Vergütungen für das Ausfüllen der Fragebogen und die Erstellung der Endgutachten nicht in Einklang. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass die von den Ärzten vorgenommene Überlassung der Bandagen an Patienten die Abgabe eines von den vorgenannten Vorschriften erfassten Produktes darstellt. Ein Verstoß wäre daher nur dann zu verneinen, wenn die Abgabe der Bandagen wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie wäre und die Zahlungen durch den Beklagten tatsächlich ausschließlich zum Zwecke der Durchführung des Eintragungsverfahrens in das Hilfsmittelverzeichnis erfolgt wären. Beides ist zu verneinen.

Die Abgabe durch den Arzt ist nur dann erlaubt, wenn die ärztliche Therapie es erfordert, dass das Produkt nicht durch einen Dritten, also etwa einen Mitarbeiter eines Sanitätshau-

ses, sondern gerade durch den Arzt selbst dem Patienten verabreicht wird. Das ergibt sich aus Wortlaut und Sinn der Bestimmung des § 3 Abs. 2 sowie ihrem systematischen Zusammenhang in der Berufsordnung. Nach dem Wortlaut der Bestimmung reicht es nicht aus, dass das Produkt selbst notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist, vielmehr ist erforderlich, dass gerade die Abgabe durch den Arzt medizinisch geboten ist. Auch nach dem Sinn der Bestimmung ergibt sich nichts anderes. Diese will im Grundsatz die traditionell geprägte Trennung der ärztlichen Tätigkeit einerseits und der Heilmittelveräußerung andererseits aufrechterhalten. Auch der systematische Zusammenhang steht einer anderen Auslegung der Vorschrift entgegen. Wenn nämlich – wie dies § 34 Abs. 5 Berufsordnung festschreibt – dem Arzt sogar schon der Verweis an einen bestimmten Anbieter von gesundheitlichen Leistungen untersagt ist, dann kann es ihm nicht auf der anderen Seite gestattet sein, die betreffenden Produkte sogar selbst zu vertreiben. Die Abgabe der Bandagen an die Patienten war somit den Ärzten untersagt, da sie nicht notwendiger Bestandteil der Therapie waren. Die Bandage kann zwanglos in Sanitätshäusern erworben und dort auch dem Patienten angepasst werden.

Die Abgabe der Bandagen unterfällt auch dem Verbot nach § 34 Abs. 5 Berufsordnung. Auch sie untersagt es dem Arzt, an Stelle von Apotheken und Sanitätshäusern die Bandagen abzugeben. Wenn nämlich der Arzt in die Freiheit der Auswahl durch den Patienten schon nicht durch den Hinweis auf ein bestimmtes Sanitätshaus eingreifen darf, dann darf er erst recht nicht selbst die Waren abgeben, weil er so durch die angebotene Bequemlichkeit einerseits und im Hinblick auf das ihm entgegengebrachte Vertrauen andererseits sogar in besonders massiver Weise in eben diese Auswahlfreiheit eingreift. Faktisch und insbesondere aus der Sicht der Patienten betreibt der jeweilige Arzt eine Art Außenstelle des Sanitätshauses des Beklagten, mit dem er zusammenarbeitet. Das Angebot auf

Überlassung der Bandage stellt damit, auch wenn es so nicht ausdrücklich formuliert wird, aus sich heraus eine deutliche Empfehlung an die Patienten dar, die Bandagen über ihn zu beziehen. ...“

**OLG Frankfurt,  
Urteil vom 14.04.2005  
(„Nahrungsergänzungsmittel“)**

„...Das in § 3 Abs. 2 Berufsordnung normierte Verbot hat die Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes zum Gegenstand und soll verhindern, dass das besondere Vertrauen in den Arztberuf zur Verkaufsförderung solcher Produkte missbraucht wird, die die Patienten nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit Ihrer Betreuung benötigen (vgl. OLG Köln, WRP 2003, S. 405 f.). Mit dieser Zielrichtung beinhaltet § 3 Abs. 2 Berufsordnung eine verfassungsrechtlich zulässige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit. Denn es besteht ein legitimes und im Hinblick auf § 12 Grundgesetz aner kennenswertes Gemeinschaftsinteresse daran, einer Verbindung von ärztlicher Behandlungstätigkeit und kommerzieller Verkaufstätigkeit entgegen zu wirken. Die Fremdwerbung eines Arztes ist im Regelfall Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen am Gewinn orientierten Verhaltens und birgt daher die Gefahr in sich, das Vertrauen in den Arztberuf zu untergraben und dadurch langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung zu haben (BVerfG, WRP 2003, S. 1209 ff. – Werbung von Zahnärzten im Internet).

Eine gewerbliche Tätigkeit ist einem Arzt nicht schlechthin verboten, er darf ihr aber, um die eben dargestellten nachteiligen Auswirkungen zu vermeiden, nicht im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit nachgehen (§ 3 Abs. 2 Berufsordnung). Nach dem oben dargestellten Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist ein Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit dann gegeben, wenn zwischen der gewerblichen und der ärztlichen Tätigkeit konkrete Berührungspunkte vor-

liegen, die den durch die gewerbliche Tätigkeit angesprochenen Verbrauchern den Eindruck nahe legen, der gewerblich tätige Arzt trete ihnen insofern, „wie ein Arzt“ gegenüber, als er seine Empfehlungen und Ratschläge unvoreingenommen, nur dem gesundheitlichen Wohl der Ratsuchenden dienend und unbeeinflusst durch kommerzielle Interessen gebe.... (wird näher ausgeführt)

Der Ausnahmetatbestand gem. § 3 Abs. 2 letzter Halbsatz Berufsordnung ist hier nicht erfüllt. Die Ausnahmebestimmung lässt die Abgabe von Waren und die Erbringung gewerblicher Dienstleistungen im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit dann zu, wenn die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Für das hier in Rede stehende Diät- und Ernährungsprogramm sowie für die Abgabe entsprechender Diätprodukte und Nahrungsergänzungsmittel besteht die Notwendigkeit eines ‚verkürzten Versorgungsweges‘ nicht. ...“

**BGH, Urteil vom 02.06.2005  
(„Diabetesteststreifen“)**

„... aa) Bei der Auslegung des Begriffs des notwendigen Bestandteils ärztlicher Therapie und damit des Umfangs des in § 3 Abs. 2 BO enthaltenen Verbots ist zum einen die hinter der Regelung stehende Gemeinwohlerwägung, zum anderen aber auch die Reichweite des Art. 12 GG zu berücksichtigen. Das Verbot dient der Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes. Der Patient soll darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen, sondern ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.8.2003 -1 BvR 1003/02, GRUR 2003, 966, 967 = WRP 2003, 1209 - betr. die Werbung eines Zahnarztes im Internet; Ratzel in: Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 3. Aufl., § 3 Rdn. 2). Die Abgabe von in großem Umfang benötigten Verbrauchsprodukten durch den Arzt

ist im Regelfall Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen Verhaltens, das die Gefahr einer langfristigen negativen Rückwirkung auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung durch eine Orientierung an ökonomischen Erfolgskriterien in sich birgt. Das Verbot in § 3 Abs. 2 BO beugt der gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor (vgl. BVerfGE 85, 248, 260).

bb) Das Verbot ist gerechtfertigt, soweit vernünftige Zwecke des Gemeinwohls dies erfordern und den seinen Beruf ausübenden Arzt nicht übermäßig oder unzumutbar treffen (vgl. BVerfGE 85, 248, 260). Allerdings begegnet das Verbot des § 3 Abs. 2 BO nicht unmittelbar bestehenden Gesundheitsgefahren, sondern soll lediglich langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung durch eine Kommerzialisierung des Arztberufs verhindern. Dementsprechend ist der Begriff der Produkte, die notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind und daher von Ärzten zulässigerweise abgegeben werden dürfen, weit auszulegen. Es reicht aus, dass der Arzt Einweisungen, Schulungen, Anpassungs- oder Kontrollleistungen oder eine Notfallversorgung für erforderlich erachtet und die Abgabe der Ware in direktem Zusammenhang damit vornimmt oder veranlasst. Ein rein geschäftsmäßiges Verhalten liegt dagegen vor, wenn die abgegebenen Verbrauchsprodukte nicht unmittelbar für die genannten Maßnahmen benötigt werden. Soweit ein Arzt eine weitergehende Zusammenarbeit mit einem Leistungsanbieter wünscht, kann er mit diesem eine medizinische Kooperationsgemeinschaft i. S. des § 23b MBO eingehen, soweit die Berufsordnung des Landes eine entsprechende Regelung enthält.

cc) Die Abgabe von Diabetesteststreifen durch den Beklagten erfolgt danach als notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie, wenn die Teststreifen für eine Ersteinweisung oder eine notwendige Nachschulung oder zum Zwecke der Notfallversorgung benötigt werden. Der Umstand, dass die Ersteinweisung oder Nachschulung auch in Apotheken oder Sa-

nitätshäusern durchgeführt werden könnte, steht dem nicht entgegen. Denn es ist Sache des Arztes, im Rahmen seiner Kompetenz zur umfassenden medizinischen Versorgung des Patienten zu entscheiden, ob er solche Schulungs- und Einweisungsmaßnahmen selbst vornehmen oder zumindest von seinem Personal vornehmen lassen will.

dd) Soweit der Beklagte über den zu vorstehend cc) dargestellten Umfang hinaus Diabetesteststreifen an Patienten abgibt, handelt es sich nicht um einen notwendigen Bestandteil der ärztlichen Therapie. Vielmehr ersetzt eine solche Abgabe den Bezug der Teststreifen durch die Patienten von einem ihrer Wahl unterliegenden Leistungsanbieter, nämlich einer Apotheke, einem Sanitätshaus oder einem Diabetikerversandhandel. Dies ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bereits aus dem eigenen Vortrag des Beklagten, er weise seine Patienten vor der Abgabe der Teststreifen auf alternative Bezugsquellen hin. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien in dieser Hinsicht ausgeschöpft; von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

b) Die vorliegende Beurteilung steht, anders als die Revision meint, nicht in Widerspruch zu den Senatsentscheidungen „Verkürzter Versorgungsweg“ (Urt. v. 29.6.2000 -I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080 = WRP 2000, 1121) und „Hörgeräteversorgung“ (Urt. v. 15.11.2001 -I ZR 275/99, GRUR 2002, 271 = WRP 2002, 211). Diesen Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, bei denen die Mitwirkung des Arztes zur Versorgung der Patienten mit Hörgeräten medizinisch notwendig war. Im Gegensatz dazu ist die Abgabe der Diabetesteststreifen unter Mitwirkung des Beklagten außer in Schulungs- und Notfällen medizinisch nicht geboten. Im übrigen kann das Sanitätshaus, für das der Beklagte ein Depot unterhält, auch ohne Überschreitung der nach § 3 Abs. 2 BO für eine Zusammenarbeit mit dem Beklagten bestehenden Beschränkungen eigenständig neben anderen Leistungsan-

bietern am Wettbewerb teilnehmen, indem es den Patienten die Teststreifen zu wirtschaftlich günstigen Bedingungen unmittelbar zur Verfügung stellt. ...“

Im Sinne der Rechtsprechung ist damit klar: Nicht nur der Verkauf bzw. die unter Umständen sogar kostenlose Abgabe von Produkten in der Arztpraxis ist in der Regel unzulässig. Unzulässig ist es auch, wenn das Produkt in der Arztpraxis lediglich erworben wird. Mit dem Berufsrecht unvereinbar ist es überdies, wenn ein Arzt in seiner Praxis – wie auch immer im Einzelnen gehandelt und selbst dann, wenn der Patient darum bittet – Bestellungen für Dritte tätigt bzw. (z. B. über die Arzthelferin) organisiert und auf diese Weise Aufträge bzw. „Geschäfte“ vermittelt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob man als Arzt durch die „Geschäftsvermittlung“ selbst finanzielle Vorteile hat oder nicht. Hat man durch eine solche „Geschäftsvermittlung“ finanzielle Vorteile (z. B. Provisionen) ist erst Recht ein Verstoß gegen die Berufsordnung zu bejahen.

Demgegenüber begegnet es keinen Bedenken, wenn der Verkauf/die Abgabe organisatorisch wie räumlich (und natürlich steuerlich) von der Praxis getrennt stattfindet. Dies kann z. B. in einer außerhalb/neben der Praxis angesiedelten Einrichtung (Gesellschaft oder auch Einzelfirma) erfolgen. Auch bei einer solchen Konstruktion muss allerdings mit Blick auf § 34 Abs. 5 Berufsordnung sichergestellt sein, dass bei der ärztlicherseits gegebenen Empfehlung gleichzeitig unmissverständlich darauf hingewiesen wird, dass eine Kaufmöglichkeit auch an anderer Stelle besteht.