

A Gesellschaftsrecht der Ärzte – § 18 MBO-Ä „Berufliche Kooperationen“

- 2 Berufsrechtlicher Ausgangspunkt des Gesellschaftsrechts im Arztberuf ist § 18 MBO-Ä, der die beruflichen Kooperationsformen zum Teil nur aufzählt, zum Teil auch Anforderungen für diese normiert. Zulässig sind nach § 18 Abs. 1 Satz 1 MBO-Ä:
- Berufsausübungsgemeinschaften,
 - Organisationsgemeinschaften,
 - Medizinische Kooperationsgemeinschaften,
 - Praxisverbünde.

§ 7

A

Inhaltsverzeichnis

I. Berufsausübungsgemeinschaften	5
1. Begriff	5
2. Freiberuflichkeit als die Rechtsformwahl einschränkendes Kriterium	6
3. Mögliche Rechtsformen – Überblick und Grundzüge	6
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	6
b) Partnerschaft(sgesellschaft)	7
c) Kapitalgesellschaft, insbesondere GmbH	7
d) Personenhandelsgesellschaften	8
4. GbR – Gemeinschaftspraxis	8
a) Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB	8
b) Gemeinsamer Zweck nach § 705 BGB	9
c) Förderungspflicht § 705 BGB	11
d) Gesellschaftsvermögen – Vermögensbeteiligung, § 718 BGB	12
e) Formen der Bildung einer Gemeinschaftspraxis	15
f) Mitgliedschaftsrechte	16
g) Ergebnisverteilung, Entnahmen	21
h) Haftung in der Außen-GbR	23
i) Dauer, Kündigung, Ausschluss, sonstige Beendigungs- und Ausscheidenstatbestände – §§ 723 ff. BGB	27
j) Folgen von Beendigung oder Ausscheiden	31
k) Sonderprobleme des Ausscheidens	33
5. Ärztepartnerschaft	40
6. Teil-Gemeinschaftspraxis, Teil-Ärztepartnerschaft	41
a) Berufs- und vertragsarztrechtliche Vorgaben	41
b) Vertragsgestaltung	43
7. Ärztegesellschaften, § 23a MBO-Ä	43
a) Rechtsformen	44
b) Spezielle Gestaltungsanforderungen des Berufsrechts	44
II. Organisationsgemeinschaften	45
1. Begriff	45
2. Erscheinungsformen	46
a) Praxisgemeinschaft	46
b) Apparat-Gemeinschaft	46
c) Labor-Gemeinschaft	46
d) Betriebs-, Besitz- und Investitionsgesellschaften	47
3. Praxisgemeinschaft	48
a) Mögliche Rechtsformen	48
b) GbR	48

III. Medizinische Kooperationsgemeinschaft gem. § 23b	
MBO-Ä – Praxisverbund und vernetzte Praxen gem.	
§ 23d MBO-Ä.	53
1. Medizinische Kooperationsgemeinschaft.	53
a) Begriff, Erscheinungsform	53
b) Gesellschaftsrechtliche Einordnung.	54
2. Praxisverbund, vernetzte Praxen	55
a) Begriff, Erscheinungsformen	55
b) Gesellschaftsrechtliche Einordnung.	56
IV. Berufsausübung im Medizinischen Versorgungszentrum	56
1. Einführung	56
2. Zulässige Rechtsformen.	57
3. Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten.	58
a) Gesellschaftszweck, Unternehmensgegenstand	58
b) Ärztliche Leitung.	59
c) Gründer- oder Gesellschaftereigenschaft	60
4. Vertragsarztvariante	60

I. Berufsausübungsgemeinschaften

1. Begriff

- 3 Die Berufsausübungsgemeinschaft stellt die wichtigste Form der beruflichen Kooperation von Ärztinnen und Ärzten dar. Sie dient der gemeinsamen Ausübung des ärztlichen Berufs, führt also ärztliche Tätigkeiten „als solche“ zusammen. § 18 Abs. 2a MBO-Ä definiert die Berufsausübungsgemeinschaft:

„Eine Berufsausübungsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss von Ärztinnen und Ärzten untereinander, mit Ärztegesellschaften oder mit ärztlich geleiteten Medizinischen Versorgungszentren, die den Vorgaben des § 23a Abs. 1, Buchstabe a, b und d entsprechen, oder dieser untereinander zur gemeinsamen Berufsausübung. Eine gemeinsame Berufsausübung setzt die auf Dauer angelegte berufliche Zusammenarbeit selbständiger, freiberuflich tätiger Gesellschafter voraus. Erforderlich ist, dass sich die Gesellschafter in einem schriftlichen Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern und insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Erforderlich ist weiterhin regelmäßig eine Teilnahme aller Gesellschafter der Berufsausübungsgemeinschaft an deren unternehmerisches Risiko, an unternehmerischen Entscheidungen und an dem gemeinschaftlich erwirtschafteten Gewinn.“

Ob mit dieser „Legal“-definition die vielfältigen Definitionsversuche in Rechtsprechung und Schrifttum¹ gegenstandslos geworden sind, muss hier offen bleiben. In jedem Fall wirft sie neue Fragen auf. Unklar ist insbesondere, ob § 18 Abs. 2a MBO-Ä in Teilen nur Erscheinungsformen beschreibt oder ob er durchweg konstitutive Voraussetzungen formuliert. Sind etwa – abweichend vom Zivilrecht – befristete Berufsausübungsgemeinschaften unzulässig und muss der Gesellschaftsvertrag zwingend schriftlich abgeschlossen werden? Auch verschiebt die „Legal“-definition einen wesentlichen Teil des inhaltlichen Problems lediglich sprachlich von der „gemeinsamen Berufsausübung“ zur „beruflichen Zusammenarbeit“. Für beide Begriffe dürften jedenfalls folgende Elemente unverändert als konstituierend anzusehen sein:

- Gesellschaftsvertrag,
- Abschluss der Behandlungsverträge im Namen der Gemeinschaft,
- Gemeinsame Patientendokumentation,
- Abrechnung der Behandlungsfälle im Namen der Gemeinschaft,
- Einheitliche Ankündigung der gemeinsamen Berufsausübung bzw. der beruflichen Zusammenarbeit nach außen.

Die gemeinsame Ausübung *vertragsärztlicher* Tätigkeit stellt weitergehende Anforderungen; insbesondere müssen alle beteiligten Ärztinnen und Ärzte zur ver-

¹ Bäune/Meschke/Rothfuß, Kommentar zur Zulassungsverordnung für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte (Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV), s. Lit.verz., § 33 Rdnr. 25 ff.; Reiter, Ärztliche Berufsausübungsgemeinschaft vs. Organisationsgemeinschaft – ist die wirtschaftliche Beteiligung Dritter an einer Arztpraxis statthaft?, s. Lit.verz., 6 ff.

tische Züge und bietet weitaus mehr Gestaltungsspielräume als die Aktiengesellschaft. Notarieller Beurkundungszwang, Registerpflicht, kaufmännisches Rechnungs- und Abschlusswesen sowie Gewerbesteuerpflicht kraft Rechtsform (vgl. § 2 Abs. 2 GewStG) sind bei der Wahl dieser Rechtsform zu beachten.

d) Personenhandelsgesellschaften

OHG und KG kommen als Rechtsformen für die Organisation der ärztlichen Berufsausübung de lege lata nicht in Betracht, da sie zwingend gewerbliche Tätigkeit voraussetzen. Das Verständnis fehlender Gewerblichkeit der „freiberuflichen“ Berufsausübung wird zwar vielfach als überholt angesehen. Das in der Literatur insbesondere von Karsten Schmidt vertretene Konzept eines Handelsgesellschaftsrechts als einheitliches Recht unternehmerisch tätiger Außengesellschaften hat der Gesetzgeber jedoch bislang nicht umgesetzt; er beabsichtigt dies absehbar auch nicht.

7

4. GbR – Gemeinschaftspraxis

a) Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB

Grundlage und zentrale Entstehungsvoraussetzung einer GbR ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen mehreren Personen. Nach der Stellung in der Systematik des BGB begründet er ein „Schuldverhältnis“. Daher sind die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar, soweit nicht gesellschaftsrechtliche Besonderheiten und Spezialregelungen (z. B. § 708 BGB gegenüber § 276 BGB) entgegenstehen. Der Gesellschaftsvertrag ist aber nicht nur Schuldvertrag, sondern darüber hinaus auch Organisationsvertrag. Als solcher legt er – über das schuldrechtliche Innenverhältnis hinaus – die Grundlage für einen Personenverband, der nach heute herrschender Dogmatik „als solcher“, also als Subjekt eigenständiger Rechte und Pflichten, nach außen hin auftritt⁸.

8

Der Gesellschaftsvertrag begründet wechselseitige Verpflichtungen, jedoch kein Austauschverhältnis (Synallagma). Die wechselseitig übernommenen Pflichten werden nicht wegen der von den Mitgesellschaftern zugesagten Leistungen, sondern zur Förderung des gemeinsamen Zwecks versprochen. Daher sind die §§ 320 ff. BGB allenfalls eingeschränkt anwendbar und haben lediglich für die Zwei-Personen-GbR praktische Bedeutung. So tritt z. B. an die Stelle der auf das Synallagma abstellenden §§ 320, 322 BGB der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Gesellschaftsvertrag des § 705 BGB kann grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er die Verpflichtung zur Einbringung oder zum Erwerb eines konkreten Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts vorsieht.

Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer GbR richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB. Ausgangspunkt ist der Vertragswortlaut; zu berücksichtigen sind weiterhin Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und

⁸ BGHZ 146, 341 ff.

einem Radius von 30 km ist selbst für eine ländliche Tierarztpraxis zu groß⁶¹. In Ballungsräumen dürfte ein Schutzzonenradius von bereits 3 km die Grenze darstellen. Allgemein gültige Standards kann es aber nicht geben. Im Einzelfall sind die spezifische örtliche Situation, das Fachgebiet sowie eine spezielle Ausrichtung der Praxis zu beachten. Überschreitet das Wettbewerbsverbot die dargestellten Grenzen, so ist zu differenzieren. Geht es um den zeitlichen Aspekt, so lässt die Rechtsprechung die „Geltung erhaltende Reduktion“ auf das tolerable Maß zu⁶². Anders urteilt sie bei Überschreitung der gegenständlichen oder der räumlichen Grenze. Hier soll die Geltung erhaltende Reduktion ausscheiden. Vielmehr greife die Auslegungsregel des § 139 BGB mit der Folge der Gesamtnichtigkeit des Wettbewerbsverbots.

(3) Sanktionen

Zu den möglichen Sanktionen von Verletzungen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gilt das zu den Bindungsklauseln für Vertragsarztsitze Ausgeführte entsprechend. Besteht ein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot, so kann der Ausgeschiedene auf Unterlassung, Schadensersatz und – im Falle eines Vertragsstrafversprechens – auf Vertragsstrafe in Anspruch genommen werden. Vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung ist in der Regel von entscheidender praktischer Bedeutung.

63

5. Ärztepartnerschaft

§ 18 Abs. 5 MBO-Ä spricht das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz ausdrücklich an, § 18a Abs. 1 MBO-Ä nennt die Partnerschaftsgesellschaft explizit. Die 1995 eingeführte Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft oder Partnerschaft hat sich – entgegen den in sie gesetzten Erwartungen – auch im medizinischen Bereich quantitativ bis heute nicht durchgesetzt. Dies verwundert, weil die Rechtsform insbesondere für große freiberufliche Zusammenschlüsse mit überörtlichem Wirkungskreis strukturelle Vorteile bietet. Die Liberalisierung des ärztlichen Niederlassungsrechts durch die MBO-Ä seit 2004 und das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz mit der erweiterten Möglichkeit überörtlicher Zusammenarbeit scheinen aber der Gründung von Ärztepartnerschaften einen gewissen Antrieb gegeben zu haben.

64

Die Partnerschaft eröffnet den freien Berufen eine der Offenen Handelsgesellschaft angegliche Gesellschaftsstruktur. Basis bleibt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. § 1 Abs. 4 PartGG). Sie wird durch körperschaftliche Elemente stabilisiert. Die wesentlichen Unterschiede zwischen (zahn)ärztlicher Gemeinschaftspraxis und (Zahn-)Ärztepartnerschaft sind:

- a) Die Partnerschaft muss einen Namen führen, dessen Bildung § 2 PartGG im Einzelnen regelt. Zusätzlich ist § 18a Abs. 1 MBO-Ä zu beachten.

⁶¹ BGH, NJW 1997, 3089 f.

⁶² BGH, NJW 2000, 2584 f.

- b) Der Partnerschaftsvertrag ist gem. § 3 Abs. 1 PartGG schriftlich abzuschließen. Der zweite Absatz dieser Norm schreibt für diesen Vertrag Mindestinhalte vor.
- c) Die Partnerschaft ist registerpflichtig. Die Ersteintragung in das Partnerschaftsregister wirkt gem. § 7 Abs. 1 PartGG konstitutiv. Die Registerpflicht gilt auch für alle Änderungen der eintragungspflichtigen Angaben.
- d) Die Registerpflicht ermöglicht die Eintragung selbstständiger Niederlassungen entsprechend den handelsrechtlichen Vorschriften (§ 5 Abs. 2 PartGG). Dies ist ein struktureller Vorteil für Berufsausübungsgemeinschaften mit mehreren Standorten. Gerade bei überörtlichem Tätigwerden kann also die Ärztepartnerschaft der Gemeinschaftspraxis vorzuziehen sein.
- e) § 8 Abs. 2 PartGG begrenzt die akzessorische Gesellschafterhaftung auf die „mit der Bearbeitung des Auftrags befassten Partner“. Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung unterfallen diesem Privileg der *Haftungskonzentration* nicht. Ob es angesichts der versicherungsrechtlichen Notwendigkeit, einheitlichen Versicherungsschutz für alle Partner zu unterhalten, tatsächlich große praktische Relevanz hat, erscheint fraglich. Zu beachten ist im Übrigen, dass es auf Verschulden und Zeitpunkt der Befassung nicht ankommt; ein befasster Partner haftet auch für vor seinem Eintritt begangene nicht mehr korrigierbare Fehler⁶³.
- f) Die seit dem 19.7.2013 eröffnete Möglichkeit, die Partnerschaft „mit beschränkter Berufshaftung“ zu führen, ist für Heilberufe wenig attraktiv, da sie die persönliche deliktische Haftung jedes Partners im Außenverhältnis nicht berührt^{63a}.
- g) Die Partnerschaft ist Berufsausübungsgesellschaft (vgl. §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 2 PartGG). § 9 Abs. 3 PartGG regelt daher zwingend das Ausscheiden eines Partners bei Verlust der für die Berufsausübung notwendigen Zulassung.

§ 7

A

6. Teil-Gemeinschaftspraxis, Teil-Ärztepartnerschaft

a) Berufs- und vertragsarztrechtliche Vorgaben

- 65 § 18 Abs. 1 Satz 2 1. HS. MBO-Ä ermöglicht die gemeinschaftliche Berufsausübung „zum Erbringen einzelner Leistungen“. Damit sind Teil-Gemeinschaftspraxis und Teil-Ärztepartnerschaft grundsätzlich zulässig. Ihr auf gemeinsame Berufsausübung ausgerichteter Zweck beschränkt sich auf einen Ausschnitt der Berufstätigkeit. Gesellschaftsrechtlich ergibt sich aus § 705 BGB hierfür keine Besonderheit. Die GbR darf jeden gesetzlich zulässigen Zweck verfolgen. Dies schließt selbstverständlich die Möglichkeit ein, Berufe nur in Teilbereichen gemeinschaftlich auszuüben. In berufsrechtlicher Hinsicht ist § 31 MBO-Ä zu beachten, der Zuweisungsentgelte auf beiden Seiten verbietet. Daher bestimmen jetzt § 18 Abs. 1 Sätze 2–4 MBO-Ä:

⁶³ BGH, NJW 2010, 1360 ff.

^{63a} Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, s. Lit.verz., § 8 PartGG, Rdnr. 48.

I. Personal

1. Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit

- 159** Gemäß § 7 Satz 1 ApoG verpflichtet die Apothekenbetriebslaubnis zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung¹⁹⁸. Bei Filialapotheken trifft diese Verantwortung den Filialleiter, wobei die Verpflichtung des Erlaubnisinhabers als Betreiber des Apothekenunternehmens gemäß § 7 Satz 2, 2. Hs. ApoG unberührt bleibt. Dem Grundsatz der persönlichen Leitung widerspricht es, wenn der Apothekenleiter rechtlich nicht die Verantwortung für den Abgabevorgang von Arzneimitteln trägt, sondern diesen über einen Apothekenterminalauftritt delegiert¹⁹⁹. Die pharmazeutischen Tätigkeiten müssen, soweit es keine gesetzlichen Ausnahmen gibt²⁰⁰, mit eigenem Personal erbracht werden; ein Outsourcing ist regelmäßig nicht zulässig²⁰¹. Demgegenüber kann ein Apotheker im Bereich der nichtpharmazeutischen Tätigkeiten mit Dritten zusammenarbeiten. Dies betrifft etwa externe Logistikunternehmen, Marketingagenturen, Unterstützung bei Vertragsverhandlungen und Vertragsabschlüssen mit Lieferanten oder Krankenkassen, das Einsammeln oder Übermitteln von Rezepten oder die Übergabe von Arzneimittelsendungen²⁰². Auch Kooperationen mit ausländischen Apotheken können dabei zulässig sein²⁰³. Allerdings sind dabei die Abgabevorschriften nach deutschem Recht einzuhalten²⁰⁴. Korrespondierend zu der Vorschrift in § 7 Satz 1 ApoG verpflichtet § 2 Abs. 2 ApBetrO den Apothekenleiter dazu, die Apotheke persönlich zu leiten. Der Apothekenleiter ist dafür verantwortlich, dass die Apotheke unter Beachtung der geltenden Vorschriften betrieben wird. § 2 Abs. 1 ApBetrO definiert für die verschiedenen Apothekentypen, wer Apothekenleiter ist.

¹⁹⁸ Allg. *Jung/Kernchen*, Rechtliche Anforderungen an die Eigenverantwortung des Apothekenleiters, A&R 2011, 70 ff.; ausführlich, *Kieser*, in: *Kieser/Wesser/Saalfrank*, Apothekengesetz, § 7 Rdnr. 1 ff.; zur Abgrenzung Arbeitnehmereigenschaft/selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Apothekenfranchisesystems vgl. auch LAG Nürnberg, Urt. v. 09.03.2017, Az.: 5 Sa 452/16.

¹⁹⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.06.2010, Az.: 3 C 30/09 - Apothekenterminal.

²⁰⁰ Ausnahmen sind die Auftragsherstellung von Arzneimitteln nach § 11 a ApBetrO, § 21 Abs. 2 Ziff. 1 b AMG oder die Auslagerung der analytischen Prüfung bei Defekturzneimitteln nach § 8 Abs. 3, 4 ApBetrO.

²⁰¹ Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 14.10.2010, Az.: 2 L 245/08; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.02.2011, Az.: 2 U 65/10; BGH, Urt. v. 19.07.2012, Az.: I ZR 40/11 – Pharmazeutische Beratung über Call-Center.

²⁰² Vgl. BGH, Urt. v. 19.07.2012, Az.: I ZR 40/11, Rdnr. 52, 55 – Pharmazeutische Beratung über Call-Center; BVerwG, Urt. v. 13.03.2008, Az.: 3 C 27/07; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 14.10.2010, Az.: 2 L 245/08, Rdnr. 96.

²⁰³ BGH, Urt. v. 30.01.2012, Az.: I ZR 2011/10 – Europa Apotheke Budapest; BVerwG, Urt. v. 26.02.2015, Az.: 3 C 30/13; BVerwG, Urt. v. 18.03.2008, Az.: 3 C 27/07; VGH Bayern, Urt. v. 11.11.2013, Az.: 9 BV 10.706.

²⁰⁴ BGH, Urt. v. 25.02.2014, Az.: I ZR 77/09, Rdnr. 15 - Hollandpreise.

§ 11

2. Abschnitt

B

2. Vertretung des Apothekenleiters

a) Vertretung durch einen Apotheker

Nach § 2 Abs. 5 ApBetrO muss sich ein Apothekenleiter, sofern er seine Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke vorübergehend nicht selbst wahrnimmt, durch einen Apotheker vertreten lassen. Die Vertretung darf insgesamt drei Monate im Jahr nicht überschreiten. Allerdings kann die zuständige Behörde eine längere Vertretung genehmigen, wenn ein in der Person des Apothekenleiters liegender wichtiger Grund gegeben ist. Ein wichtiger Grund kann ein längerer Auslandsaufenthalt, Krankheit, Schwangerschaft oder auch Elternzeit sein. Eine Vertretung nach § 2 Abs. 5 ApBetrO ist den zuständigen Behörden nicht anzuzeigen. Die Behörde muss die Vertretung, sofern sie drei Monate nicht übersteigt, auch nicht genehmigen. Der Vertreter rückt während der Dauer der Vertretung an die Stelle des Apothekenleiters. Er ist gegenüber den anderen Mitarbeitern weisungsbefugt. Diese allgemeine Weisungsbefugnis des Apothekenleiters steht grundsätzlich der Beschäftigung von freien Mitarbeitern in der öffentlichen Apotheke entgegen.

160

b) Vertretung durch einen freien Mitarbeiter

Die Vertretung des Apothekenleiters durch einen freien approbierten Mitarbeiter stellt keinen Verstoß gegen § 7 ApoG dar²⁰⁵. Auch ein Filialapothekenleiter kann Vertreter des Inhabers des Apothekenunternehmens sein. In diesem Fall ist sicherzustellen, dass gleichzeitig der Filialapothekenleiter durch einen anderen Approbierten vertreten wird. Wichtig ist, dass es keine Personalunion zwischen dem Leiter des Apothekenunternehmens einerseits und der Leitung der Filialapotheke andererseits. Hierbei muss es sich um verschiedene Personen handeln. Zudem sind die Anzeigepflichten nach § 2 Abs. 5 Satz 4 ApoG in diesem Fall zu beachten.

161

c) Kurzfristige Abwesenheit

Allerdings erfordert nicht jede Abwesenheit des Apothekenleiters eine Vertretung im Sinne des § 2 Abs. 5 ApBetrO. Es gibt keine ständige Präsenzpflcht des Apothekenleiters. Ein Vertreter muss erst dann eingesetzt werden, wenn der Apothekenleiter seinen beruflichen Leitungsfunktionen nicht mehr nachkommen kann. Bei einer kurzfristigen Abwesenheit ist dies nicht der Fall²⁰⁶. Im digitalen Zeitalter kann die Leitungs- und Überwachungsfunktion durch den Apothekenleiter auch ohne Präsenz in der Apotheke wahrgenommen werden^{206a}. Aufsichtsbehörden und Kammer sehen das Fehlen von approbiertem Personal bei einer Revision durch die Aufsichtsbehörde regelmäßig als Verstoß gegen § 2 Abs. 5 ApBetrO an. Dies gilt auch

162

205 Vgl. Berufungsgericht für die Heilberufe beim OLG München, Urt. v. 12.12.2012, Az.: LBG-Ap 2/12; vgl. auch *Borrmann*, Urlaubsvertretung als selbstständige Tätigkeit?, DAZ 2011, 315 ff.

206 Siehe auch *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, s. Lit.verz., § 2 Rdnr. 77 ff. (Stand 01/2018).

206a Vgl. insbesondere auch *Kieser*, in: *Kieser/Wesser/Saalfank*, Apothekengesetz, § 7 Rdnr. 71 ff.

III. Abgabe von Arzneimitteln

- 193** Kernaufgabe des Apothekers ist die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln.

1. § 17 ApBetrO als Kernstück der Arzneimittelabgabe und des Arzneimittelbezugs

- 194** Das Inverkehrbringen von Arzneimitteln ist in § 17 ApBetrO, der in engem, untrennbarem Zusammenhang mit den §§ 11 a, b ApoG und § 43 AMG steht, geregelt.
- 195** Rechtlicher Ausgangspunkt für die Abgabe von Arzneimitteln ist § 43 AMG. Nach § 43 Abs. 1 AMG dürfen Arzneimittel, sofern es sich nicht um freiverkäufliche Arzneimittel handelt oder ein Ausnahmefall des § 47 AMG oder § 44 AMG vorliegt, nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht auf dem Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden. § 43 Abs. 1 Satz 2 AMG hält ferner fest, dass außerhalb der Apotheke mit diesen Arzneimitteln grundsätzlich kein Handel getrieben werden darf. § 43 Abs. 1 Satz 1 2.Hs. AMG verweist auf die nähere Regelung durch das Apothekengesetz. Der Gesetzgeber geht von dem Normalfall aus, dass apothekenpflichtige Arzneimittel in Apotheken abgegeben werden. Dieser Grundsatz hat über § 21 Abs. 2 Nr. 1 ApoG Eingang in § 17 Abs. 1 a ApBetrO gefunden.

2. Abgabe in den Apothekenbetriebsräumen

a) Inverkehrbringen

- 196** Nach § 17 Abs. 1 a ApBetrO dürfen Arzneimittel²⁵¹ außer im Fall des § 11 a ApoG (Versand) und des § 17 Abs. 2 a ApBetrO (Botenzustellung) nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht und nur durch pharmazeutisches Personal²⁵² ausgehändigt werden. Der Begriff des Inverkehrbringens ist in § 4 Abs. 17 AMG legal definiert. Danach ist „Inverkehrbringen“ das Vorrätighalten zum Verkehr oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten, das Feilbieten und die Abgabe an andere.

aa) Abgabe

- 197** Üblicherweise wird unter „Abgabe an andere“ die Einräumung der Verfügungsgewalt an einen Dritten durch körperliche Überlassung des Arzneimittels verstanden²⁵³.

²⁵¹ Vgl. zu den Vorgaben bei der Abgabe von Gefahrstoffen, *Emsbach*, Die Abgabe von Gefahrstoffen, DAZ 2013, 76 ff.

²⁵² Die Abgabe/Aushändigung durch PKAs ist eine Ordnungswidrigkeit, Der Apotheker, der dies nicht verhindert, begeht einen Berufsrechtsverstoß, Bezirksberufsgericht für Apotheker in Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2012, Az.: BBG 6/11.

²⁵³ Siehe etwa *Kloesel/Cyran*, Arzneimittelgesetz, s. Lit.verz. § 4 Anm. 57; BGH, Urt. v. 27.09.1951, Az.: 4 StR 336/51, LRE 1, 82 f.; BGH, Urt. v. 03.07.2003, Az.: 1 StR 453/02, A&R 2004, 125; vgl. *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, s.Lit.verz., § 17 Rdnr. 59 (Stand 01/2017); zum Einsatz

3. Versand von Arzneimitteln

Apothekenpflichtige und verschreibungspflichtige Arzneimittel können im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden, sofern der Apotheker über eine Versandhandelserlaubnis nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG, § 11 a ApoG^{330a} verfügt. Der Gesetzgeber hatte sich zum 01.01.2004 für die generelle Zulassung des Versandhandels entschieden³³¹, obwohl diese weder europarechtlich noch verfassungsrechtlich³³² geboten war. Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung „DocMorris“³³³ (nur) festgestellt, dass der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel durch Apotheken mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union nicht verboten werden kann, die Freigabe des Versandes verschreibungspflichtiger Arzneimittel jedoch gemeinschaftsrechtlich nicht notwendig ist. Das Bundesverfassungsgericht³³⁴ hat das Versandverbot von Impfstoffen an Ärzte, also an Fachkreise, für verfassungswidrig erklärt. Es hat sich nicht zur Zulässigkeit des Versandes an Endverbraucher geäußert. Ein Versandverbot im RX-Bereich hat aufgrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs^{334a} eine neue Relevanz erhalten^{334b}.

Auffällig ist bei der Umsetzung der Versandvorschriften, dass § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG – Versandhandelsverbot mit Erlaubnisvorbehalt –, jedenfalls was den Versand an Fachkreise angeht, hinter den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts zurückbleibt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Zulässigkeit des Versandes von Impfstoffen an Ärzte nicht davon abhängig gemacht, dass der versendende Apotheker über eine spezielle Erlaubnis verfügt³³⁵. Auf der Internetseite www.dimdi.de hält das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation (DIMDI) eine Übersicht über Apotheken, denen eine Versandhandelserlaubnis erteilt worden ist, bereit. Die rechtlichen Grundlagen bilden § 43 Abs. 1 Satz 1, 3 AMG, § 67 Abs. 1 AMG. Die Behörde, die die Gesamthandelserlaubnis erteilt, liefert Informationen an das Versandhandelsregister. In dem Register sind Apothekenname, Ort und die Domains, unter denen der Versandhandel erfolgt, genannt.

330a Vgl. zu den Voraussetzungen des § 11a ApoG ausführlich *Kieser*, in: *Kieser/Wesser/Saalfank*, Apothekengesetz, § 11a ApoG; *Krämer*, in: *Rixen/Krämer*, Apothekengesetz, § 11a ApoG.

331 Allgemein: *Sander*, Verfassungsrechtliche und europarechtliche Bewertung der Neuregelungen zum Versandhandel, ApoR 2004, 44 ff.

332 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Versands von Impfstoffen an Ärzte: BVerfG, Beschl. v. 11.02.2003, Az.: 1 BvR 1972/00–1 BvR 70/01, BVerfGE 107, 186 ff.

333 EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Az.: C-322/01, GRUR Int. 2004, 80 ff.; zur europarechtlich zulässigen Versendung von Arzneimitteln nach Österreich trotz Verbot vgl. Oberster Gerichtshof Österreichs, Beschl. v. 27.03.2012, Az.: 4 Ob 13/12 h, DAZ 2012, 3068.

334 BVerfG, Beschl. v. 11.02.2003, Az.: 1 BvR 1972/00–1 BvR 70/01, BVerfGE 107, 186 ff.

334a Urt. v. 19.10.2016, Az.: C 148/15.

334b Vgl. hierzu auch *May/Bauer/Dettling*, Versandverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel - Wettbewerbsökonomische und gesundheitspolitische Begründetheit, 2017; *Wodarz*, PharmR 2017, 131 ff.

335 So zutreffend: *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, s. Lit.verz., § 17 Rdnr. 499 (Stand 01/2017).

4. Selbstversorgung als Ausnahmefall

Eine unzulässige Umgehung der grundsätzlichen Vertragspflicht stellte es dar, wenn ein oder mehrere Apotheker versuchen, zielgerichtet Kunden, Heimbewohner oder Betreuer durch entsprechende Informationsschreiben oder Werbemaßnahmen dazu zu bewegen, von ihrem Apothekenwahlrecht dahin Gebrauch zu machen, dass die Arzneimittel von einer Apotheke, mit der kein Heimversorgungsvertrag geschlossen worden ist, geliefert werden. Denn die systematische Versorgung von Heimbewohnern mit Arzneimitteln durch eine Apotheke, die keinen Heimversorgungsvertrag hat, möchte § 12 a Abs. 1 ApoG insbesondere auch mit Blick auf die Dokumentations- und Überwachungspflichten des Apothekers verhindern. 369

Die Selbstversorgung der Bewohner mit Arzneimitteln ist, wie sich aus der Systematik des § 12 a ApoG ergibt, eher der Ausnahmefall⁴⁴⁵. Eine Selbstversorgung liegt vor, wenn der Bewohner selbst (gerade zum Zeitpunkt der Rezepteinlösung) in der Lage ist, in eine Apotheke zu gehen oder selbst in der Apotheke z.B. per Post im Wege des Versandes nach § 11 a ApoG zu bestellen. In allen Fällen, in denen der Heimbewohner sich nicht mehr selbst mit Arzneimitteln versorgen kann und der Heimbewohner diese individuelle Versorgung auch nicht durch Beauftragte, die allerdings weder zu dem Apothekenpersonal noch zum Heim gehören dürfen, sicherstellt (z.B. Versorgung durch Kinder oder Betreuer), ist der Abschluss eines entsprechenden Vertrages notwendig. 370

Insoweit ist es auch nicht Aufgabe des Heimpersonals, Individualaufträgen von Heimbewohnern zur Einlösung von Arzneimittelverschreibungen in Apotheken, mit denen kein Heimversorgungsvertrag geschlossen worden ist, nachzukommen. Der Heimträger hat mit Abschluss eines oder mehrerer Heimversorgungsverträge die Möglichkeit dafür geschaffen, dass die Bewohner ihre Arzneimittel ordnungsgemäß erhalten können. Sofern die Heimbewohner individuell etwas anderes wünschen, ist es ihre Aufgabe – ohne Nutzung des Heimpersonals oder der Infrastruktur des Heimes – dafür Sorge zu tragen, dass sie ihre Arzneimittel entsprechend erhalten. 371

Die Betonung der freien Apothekenwahl in § 12 a Abs. 1 ApoG hat insoweit den primären Zweck, sicherzustellen, dass noch gehfähige Heimbewohner nicht zwangsversorgt werden, sondern es ihnen freisteht, über § 12 a Abs. 3 ApoG ihre Arzneimittel selbst zu beziehen. Ein Heimversorgungsvertrag ist in diesem Fall nicht notwendig. Das Wahlrecht wird auch dann relevant, wenn es verschiedene heimversorgende Apotheken gibt und der Bewohner/Betreuer beispielsweise eine Apotheke, die ihn versorgen soll, wählen kann. 372

⁴⁴⁵ Vgl. auch Landesberufungsgericht für Heilberufe Koblenz, Urt. v. 11.09.2009, LBG-H A 10322/09.

5. Kontrahierungszwang

- 373** Das Verbot der Schattenbelieferung/Parallelversorgung ohne Vertrag ist auch aus einem anderen Blickwinkel von Bedeutung. Die herrschende Auffassung geht davon aus, dass ein Apotheker zum Abschluss eines Heimversorgungsvertrages verpflichtet ist und ein Kontrahierungszwang besteht⁴⁴⁶. Ein Kontrahierungszwang für den Heimträger, einen Versorgungsvertrag auf Wunsch eines Apothekers abzuschließen, besteht hingegen nicht⁴⁴⁷. Mit dem Abschluss ist Aufwand für den Apotheker verbunden. Ein Entgelt für den Heimversorgungsvertrag erhält der Apotheker nicht. Er muss vielmehr die Verpflichtungen, die § 12 a ApoG vorsieht, unentgeltlich erfüllen und u.a. die Mitarbeiter des Heims beraten. Ob und gegebenenfalls welche Umsätze er mittelbar über den Abschluss des Heimversorgungsvertrages erzielt, ist offen. Dies hängt zum Einen von dem jeweiligen Medikamentenbedarf der Heimbewohner ab und zum Andern inwieweit diese von der Versorgung über die heimversorgende Apotheke Gebrauch machen. Die Vertragspflicht soll aber auch dazu führen, dass der heimversorgende Apotheker neben den Pflichten auch eine reale Chance hat, Umsätze mit den Patienten zu generieren.

6. Vertragspflicht nur für apothekenpflichtige Produkte

- 374** Notwendig ist der Abschluss eines Heimversorgungsvertrages für die Belieferung mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten. Vertragsfrei kann hingegen mit sonstigen Medizinprodukten, Verbandsmitteln, Körperpflegeprodukten und den apothekenüblichen Waren⁴⁴⁸ versorgt werden. Auch die Erbringung von apothekenüblichen Dienstleistungen nach § 1 a Abs. 11 ApBetrO⁴⁴⁹ wie z.B. Ernährungsberatung, Gesundheitstests, Anpassen von Medizinprodukten etc. ist ohne Vertrag möglich. Richtigerweise ist § 12 a ApoG aber verfassungskonform dahin auszulegen, dass die Vertragspflicht nur für die Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln gilt, eine Versorgung mit freiverkäuflichen Arzneimitteln aber auch ohne Vertrag möglich ist. Für freiverkäufliche Arzneimittel gilt die Apothekenpflicht nach § 43 ApoG nicht. Sie können auch von Drogeriemärkten oder Supermärkten abgegeben werden, sofern die Mitarbeiter einen Sachkundenachweis nach § 50 AMG haben. Typische freiverkäufliche Arzneimittel sind z.B. Erkältungsbäder. Wenn es aber einem Drogeriemarkt möglich wäre, den Bewohner eines Heims mit solchen freiverkäuflichen Arzneimitteln ohne Heimversorgungsvertrag

§ 11

2. Abschnitt

B

⁴⁴⁶ Vgl. etwa Landesberufungsgericht für Heilberufe Koblenz, Urt. v. 11.09.2009, LBG-H A 10322/09 – Juris-Rdnr. 28.

⁴⁴⁷ LG Memmingen, Urt. v. 08.03.2004, Az.: 2 O 2297/03.

⁴⁴⁸ Vgl. § 1 a Abs. 10 ApBetrO; *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, s.Lit.verz., § 1 a Rdnr. 110 ff. (Stand 01/2018).

⁴⁴⁹ Vgl. *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, s. Lit.Verz., § 1 a Rdnr. 260 ff. (Stand 01/2018).