

Newsletter

Health Care, Pharma
& Life Sciences

3/2016

Inhaltsverzeichnis

Seite **3** Editorial

Beiträge

Arbeitsrecht

Seite **4** Häufige Kurzerkrankungen als außerordentlicher
Kündigungsgrund

Arzneimittelrecht/Vertragsrecht

Seite **6** AGB-Kontrolle eines Arzneimittelliefervertrags trotz Frage
nach Änderungswünschen

Vergaberecht

Seite **8** Die neue zentrale Beschaffungsstelle des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Ärztliches Berufsrecht

Seite **11** Ärzte als gewerbliche Anbieter:
Die Zulässigkeit dessen steht in berufsrechtlichen Grenzen

Aus der Praxis

Seite **13** Veröffentlichungen

Seite **14** Vorträge

Seite **14** Veranstaltungen

Liebe Leserinnen und Leser,

der Herbst steht vor der Tür und damit ist der dritte Newsletter für dieses Jahr angezeigt.

Das neue EU-Vergaberecht, welches am 18. April diesen Jahres in Kraft getreten ist, hat die Tiefen der praktischen Arbeit erreicht. Für einige von uns überraschend, für andere wie erwartet, gibt es zwar einige Diskussionspunkte, jedoch keine nennenswerten Schwierigkeiten. Die Vorbereitungen auf die pflichtigen E-Vergaben laufen vielerorts und die ersten Probleme, wie die Einstellung der Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung sind zumindest einmal praktisch gelöst. Wer noch nicht genug vom neuen EU-Vergaberecht hat, den verweisen wir gerne auf unsere Update Vergabe-Veranstaltung im Oktober.

Wir haben für Sie auch dieses Mal spannende Themen wie die arbeitsrechtliche Frage der Kündigungsgründe bei häufigen Kurzerkrankungen, die AGB-Kontrolle bei Arzneimittellieferverträgen oder die berufsrechtlichen Grenzen bei Ärzten als gewerbliche Anbieter zusammengestellt.

Bitte denken Sie auch noch einmal daran, gegebenenfalls auf E-Mail-Versand umstellen zu lassen, indem Sie uns Ihre E-Mail-Adresse mitteilen. Dies können Sie gerne über unser Newsletter-Bestellformular im Internet unter www.heuking.de/über-uns/newsletter/newsletter-anmeldung, per E-Mail an d.hattenhauer@heuking.de oder per Mobilgerät über nebenstehenden QR-Code tun. Sagen Sie dieses auch gerne weiter.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

Ihre

Dr. Daniela Hattenhauer

Editorial



Dr. Daniela Hattenhauer

Rechtsanwältin/Partnerin
Standorte: Düsseldorf/Frankfurt
d.hattenhauer@heuking.de



Beiträge

Arbeitsrecht

Häufige Kurzerkrankungen als außerordentlicher Kündigungsgrund

BAG, Urteil vom 23.1.2014 – 2 AZR 582/13

Regina Glaser, LL.M.

Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Standort: Düsseldorf
r.glaser@heuking.de



Sachverhalt

Erkrankt ein Arbeitnehmer über Jahre hinweg immer wieder für kurze Zeiträume und belastet dadurch seinen Arbeitgeber mit Lohnfortzahlungskosten, so kann dem Arbeitnehmer grundsätzlich ordentlich gekündigt werden.

Ist ein Arbeitnehmer aufgrund einer arbeitsvertraglichen oder tariflichen Regelung jedoch ordentlich unkündbar, stellt sich die Frage, ob häufige Kurzerkrankungen auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können.

Das Bundesarbeitsgericht hat dazu entschieden, dass häufige Kurzerkrankungen ausnahmsweise auch ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung sein können.

Dies sei jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen möglich.

Die Klägerin ist seit 1981 bei dem Beklagten beschäftigt und aufgrund tarifvertraglicher Regelungen ordentlich unkündbar.

Die Klägerin war von 2000 bis 2011 wegen unterschiedlicher Erkrankungen durchschnittlich über 18 Wochen im Jahr arbeitsunfähig. In dem Zeitraum von Frühjahr 2010 bis Frühjahr 2012 war die Klägerin jährlich „nur“ noch durchschnittlich 11,75 Wochen krank.

Am 28. März 2012 kündigte der Beklagte der Klägerin außerordentlich mit einer sozialen Auslauffrist zum 30. September 2012.

Hiergegen erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsgericht Hamburg und das Landesarbeitsgericht Hamburg gaben der Klägerin Recht. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Entscheidungen bestätigt.

Rechtliche Würdigung

Das BAG stellte zwar zu Gunsten des Arbeitgebers klar, dass häufige Kurzerkrankungen bzw. die darauf gestützte negative Prognose künftiger Erkrankungen grundsätzlich einen Kündigungsgrund darstellen, welcher den Arbeitgeber ohne den Zeitdruck der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zur Kündigung berechtigt. Da es sich bei den häufigen Kurzerkrankungen um einen sogenannten Dauerzustand handele, beginne die Zwei-Wochen-Frist nicht einmalig, sondern vielmehr fortlaufend neu.

Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung lag nach Ansicht des BAG in dem vorliegenden Fall jedoch nicht vor.

Das BAG begründete seine Entscheidung damit, dass der Verlauf der krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin nicht die Prognose rechtfertige, die Klägerin werde künftig im gleichen Maße fehlen wie in den vergangenen zehn Jahren. Die Klägerin sei in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der Kündigung „nur“ noch durchschnittlich 11,75 Wochen statt wie zuvor durchschnittlich 18 Wochen krank gewesen. Zudem sei die Klägerin vom 19. Dezember 2011 bis zum Zugang der Kündigung am 28. März 2012 nicht mehr krank gewesen, was ebenfalls für eine fallende Tendenz spreche.

Überdies sei erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelrecht „sinnentleert“ wird, d.h. der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erhebliche Entgeltleistungen zu erbringen hätte, ohne dass dem nennenswerte Arbeitsleistungen gegenüberstünden.

Dies sei nach Ansicht des BAG selbst bei einer jährlichen Fehlzeit von 18 Wochen nicht der Fall, da auch in diesem Fall der Arbeitnehmer noch zu fast zwei Dritteln seiner Jahresarbeitszeit arbeitsfähig sei und demnach sinnvoll eingesetzt werden könne.

Fazit: Die Entscheidung des BAG ist insbesondere in den Fällen relevant, in denen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich ausgeschlossen ist. In diesen Fällen bleibt dem Arbeitgeber zur einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur das Mittel der außerordentlichen Kündigung. Zu Recht stellt das BAG sehr hohe Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen, so dass hierbei eine außerordentliche Kündigung lediglich in Extremfällen in Betracht kommt und das ursprüngliche Arbeitsverhältnis „sinnentleert“ wäre. Ferner ist der Entscheidung zu entnehmen, dass der Arbeitgeber bei einer krankheitsbedingten außerordentlichen Kündigung nicht an die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gebunden ist. Auch dies kommt dem Arbeitnehmer zugute, da der Arbeitgeber anderenfalls möglichst frühzeitig eine Kündigung aussprechen müsste.

Arzneimittelrecht/ Vertragsrecht

AGB-Kontrolle eines Arzneimittellieferungsvertrags trotz Frage nach Änderungswünschen

BGH, Urteil vom 20.1.2016 – VIII ZR 26/15

Dr. Sebastian Jungemeyer

Rechtsanwalt

Standort: Hamburg

s.jungemeyer@heuking.de



Vertriebshändler sehen sich in Vertragsverhandlungen mit Medizinprodukte- oder Arzneimittelherstellern oder Großhändlern immer wieder mit vorformulierten Vertragsbedingungen (AGB) ihrer Vertragspartner konfrontiert. Verwender von AGB unternehmen dabei häufig den Versuch, die Verträge im Nachhinein als Individualvereinbarung, d. h. als Ergebnis von Verhandlungen auf Augenhöhe, darzustellen. Damit ist beabsichtigt, die in Deutschland auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr übliche gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB zu umgehen, denn Individualvereinbarungen unterliegen nur einer sehr viel mildereren Kontrolle. Der BGH bezog nun klar Stellung zu der Frage, ob für das Vorliegen einer Individualvereinbarung bereits die offene Frage des Verwenders von AGB nach Anmerkungen oder Änderungswünschen zum Vertragsentwurf ausreicht.

Ein Arzneimittelgroßhändler hatte einem pharmazeutischen Unternehmen, das auch Arzneimittel anderer Hersteller vertreibt, auf deren Bestellung einen Vertragsentwurf mit der Bitte um Unterzeichnung zukommen lassen und zugleich um Mitteilung gebeten, falls Anmerkungen oder Änderungswünsche bestehen. Der Vertrag wurde unverändert abgeschlossen. In der Folge kam es zum Streit über die Verwirkung einer in dem Vertrag vorgesehenen pauschalen Vertragsstrafe für sämtliche Vertragsverstöße, so dass die Sache bei Gericht landete.

Der BGH entschied in dritter Instanz, dass der vom Großhändler zur Unterzeichnung durch den Vertriebshändler vorgelegte Vertragsentwurf als AGB zu behandeln sei und daher der gerichtlichen Inhaltskontrolle nach den strengen Vorschriften für AGB unterliege. Im Rahmen einer AGB-Kontrolle wird von Gerichten u. a. geprüft, ob die Klauseln eines Vertrags klar und verständlich formuliert sind und den anderen Vertragspartner nicht auf unangemessene, gegen Treu und Glauben verstoßende Weise benachteiligen.

Die vom Großhändler ausgesprochene Einladung, Anmerkungen oder Änderungswünsche zum Vertragsentwurf mitzuteilen, ändere nichts an der Einordnung als AGB. Denn nach Auffassung

Gerichtliche AGB-Kontrolle auf unangemessene Benachteiligung des anderen Vertragspartners

des BGH stand dem Vertriebshändler in dem zu entscheidenden Fall keine effektive Möglichkeit zu, eigene Textvorschläge einzubringen und gegen den Großhändler durchzusetzen. So habe der Großhändler in seinem Anschreiben mit der Aufforderung zur Mitteilung von Änderungswünschen zwar eine gewisse Verhandlungsbereitschaft signalisiert, dem Vertragspartner aber gerade keine hinreichende Möglichkeit eingeräumt, alternativ eigene Textvorschläge oder gar ein abweichendes Vertragsformular einzubringen. Wegen der fehlenden effektiven Einflussmöglichkeiten könne dem Vertriebspartner auch nicht vorgehalten werden, dass er nicht auf den Hinweis des Großhändlers reagierte, den Vertragsentwurf unverändert unterzeichnete und kommentarlos an den Großhändler schickte. Laut BGH dürfe sich der Vertriebshändler trotzdem auf die Unwirksamkeit einzelner Regelungen des Vertrags berufen.

Mit Blick auf die zwischen den Parteien streitige Vertragsstrafe stellte das Gericht fest, dass eine solche Sanktion darauf gerichtet sei, den Vertragspartner zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung anzuhalten. Innerhalb von AGB müsse eine Vertragsstrafe aber immer im Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und seinen Folgen stehen. Die Festlegung eines bestimmten pauschalen Geldbetrags für sämtliche Vertragsverstöße sei nur dann verhältnismäßig, wenn der Betrag auch bei dem kleinsten erfassten Vertragsverstoß noch angemessen sei. Andernfalls sei eine Vertragsstrafenregelung unwirksam. Um eine Unwirksamkeit der Klausel zu vermeiden, hätte der Großhändler demnach in den Vertragsentwurf zum Beispiel eine Staffelung der Höhe der Vertragsstrafe vor dem Hintergrund der tatsächlich zu erwartenden Schäden einbauen müssen. Dadurch wäre der Eindruck vermieden worden, dass die Vertragsstrafenregelung dazu missbraucht werde, einen nicht gerechtfertigten zusätzlichen Gewinn zu erzielen.

Vertragsstrafenregelungen müssen in angemessenem Verhältnis zum Schaden stehen

Fazit: Die strenge gerichtliche Inhaltskontrolle in Verträgen zwischen Unternehmen ist eine Besonderheit des deutschen Rechts, die zu Recht vielfach kritisiert wird. Allerdings bietet sie für viele Kaufleute einen Ausweg aus Regelungen, die sie in Verhandlungen mit Herstellern von Arzneimitteln und Medizinprodukten oder Großhändlern notgedrungen akzeptieren mussten. Nach der Entscheidung des BGH steht nun fest, dass sich Verwender von AGB der strengen AGB-Kontrolle nicht durch einen einfachen Hinweis auf Verhandlungsbereitschaft entziehen können. Ein Verhandeln auf Augenhöhe erfordert also mehr als nur die bloße Aufforderung zur Mitteilung von Änderungswünschen.

Vergaberecht

Die neue zentrale Beschaffungsstelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Dr. Daniela Hattenhauer

Rechtsanwältin

Standorte: Düsseldorf/Frankfurt

d.hattenhauer@heuking.de



Dr. Clemens Butzert

Rechtsanwalt

Standort: Frankfurt

c.butzert@heuking.de



Sinn und Zweck

In § 120 Abs. 4 GWB hat der Gesetzgeber mit der Vergaberechtsreform 2016 als Ausformung europäischen Rechts die zentrale Beschaffungsstelle geschaffen, über die öffentliche Auftraggeber vereinfacht bestimmte Waren sowie Bau- und Dienstleistungen beschaffen können, ohne selbst ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen.

Eine zentrale Beschaffungsstelle, die der Gesetzgeber neu normiert hat, stellt nach § 120 Abs. 4 Satz 1 GWB einen öffentlichen Auftraggeber dar, der für andere öffentliche Auftraggeber, so zum Beispiel kommunale Krankenhäuser oder Universitätskliniken, dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft, öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen schließt. In der neuen Regelung werden Art. 37 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 55 der Richtlinie 2014/25/EU umgesetzt. Zwar sah bereits die Richtlinie 2004/18/EG eine zentrale Beschaffungsstelle vor. Diese setzte der deutsche Gesetzgeber aber nicht um, wobei die Umsetzung in das Ermessen der einzelnen Mitgliedsstaaten gestellt war.

Über die Institution der zentralen Beschaffungsstelle soll der Beschaffungsbedarf öffentlicher Auftraggeber zusammengeführt werden, um so Größenvorteile zu erzielen und Transaktionskosten zu verringern. Insgesamt soll das Beschaffungsmanagement im öffentlichen Bereich dadurch verbessert und weiter professionalisiert werden. Die neue Regelung des § 120 Abs. 4 GWB, die eine auf Dauer installierte Beschaffungsstelle fest schreibt, schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass sich öffentliche Auftraggeber anlässlich einzelner Beschaffungsvorhaben ohne dauerhafte Institution zusammenschließen und gemeinsam ein Vergabeverfahren vorbereiten oder durchführen.

Beauftragung und Tätigkeit

Öffentliche Auftraggeber, zum Beispiel Krankenhäuser, können die Zentralbeschaffung nach § 120 Abs. 4 Satz 2 GWB auf zwei verschiedenen Wegen bewerkstelligen. Einmal können sie Liefer- und Dienstleistungen erwerben, die von einer zentralen Beschaffungsstelle selbständig eingekauft worden sind, oder aber Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge mittels einer zentralen Beschaffungsstelle selbst vergeben. Im Zuge dessen kann die zentrale Beschaffungsstelle im Namen und auf Rechnung ihrer Auftraggeber ein Vergabeverfahren selbständig durchführen und ist dann auch für dessen Rechtmäßigkeit alleine und unmittel-

bar verantwortlich. Andernfalls kann die Beschaffungsstelle in ihrer Tätigkeit Weisungen der Auftraggeber unterliegen. Dabei bleiben die Auftraggeber folglich selbst für die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens verantwortlich.

Aufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten können von den öffentlichen Auftraggebern an eine zentrale Beschaffungsstelle ohne ein Vergabeverfahren vergeben werden, auch wenn der jeweilige Auftrag eine entgeltliche Leistung betrifft. Die Entbehrlichkeit eines Vergabeverfahrens beruht darauf, dass die zentrale Beschaffungsstelle bei ihrer Beschaffungstätigkeit selbst für die nötige Transparenz zu sorgen und das Vergaberecht zu achten hat. Dass sie als zentrale Beschaffungsstelle tätig wird, muss aber nach außen erkennbar werden.

Dienstleistungsaufträge, die an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden, können auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren umfassen. Solche Leistungen betreffen nicht zuletzt die Bereitstellung der technischen Infrastruktur sowie die Vorbereitung und die Verwaltung des Vergabeverfahrens selbst beziehungsweise diesbezügliche Beratung. Es ist aber zu beachten, dass Aufträge für Beratungs- und Unterstützungsleistungen nur dann ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden dürfen, wenn sie lediglich begleitende Nebenleistungen eines Beschaffungsauftrags darstellen.

Durch die zentrale Beschaffung und damit eine Zentralisierung der Kaufkraft will der Gesetzgeber jedoch nicht Transparenz und Wettbewerb sowie die Marktzugangsmöglichkeiten kleiner und mittlerer Unternehmen beeinträchtigen. Daher lassen die Regelungen zur zentralen Beschaffungsstelle nach § 120 Abs. 4 Satz 2 GWB die Teile 1 bis 3 des GWB, die den Schutz des Wettbewerbs betreffen, unberührt.

In der neu normierten zentralen Beschaffungsstelle finden sich zu einem großen Teil die bereits vor der Normierung existenten Einkaufskooperationen wieder. Diese Einkaufskooperationen bilden sich aus mehreren Krankenhäusern aufgrund von individuell ausgestalteten Kooperationsverträgen, oft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), und nehmen zentral die Beschaffungen für ihre Mitgliedskrankenhäuser vor. Entsprechend der jetzigen Funktion der zentralen Beschaffungsstelle

Beratungs- und Unterstützungsleistungen

Wahrung von Transparenz und Wettbewerb

Einkaufskooperationen und die neue zentrale Beschaffungsstelle

arbeiten sie nach wie vor mit dem Ziel, für ihre Mitglieder die bestmöglichen Preise am Markt zu erzielen und das Beschaffungsmanagement zu verbessern.

Gesondert zu beachten war jedoch im Rahmen solcher Einkaufskooperationen vor der aktuellen Normierung die vergaberechtliche Gebundenheit der meist öffentlich-rechtlich dominierten Mitgliedskrankenhäuser, wobei unter anderem der ab bestimmten Schwellenwerten geltenden Ausschreibungspflicht unbedingt nachzukommen war. Dennoch wurden Einkaufskooperationen in der Rechtsprechung spiegelbildlich zu Bietergemeinschaften als grundsätzlich vergaberechtlich unbedenklich eingestuft. Durch die Normierung der zentralen Beschaffungsstelle in § 120 Abs. 4 GWB und damit die Einbindung des zentralen Einkaufs öffentlicher Stellen in das Vergaberecht wurde nun aber für die Tätigkeit von Einkaufskooperationen größere Rechtssicherheit geschaffen.

Dabei kommt den Einkaufskooperationen durch die neue Regelung auch legalisierend zugute, dass sie als zentrale Beschaffungsstellen nun offiziell Waren und Dienstleistungen zum Weiterverkauf an öffentliche Auftraggeber auch im eigenen Namen beschaffen dürfen. Einkaufskooperationen hatten zuvor, obgleich sie dauerhaft institutionalisiert waren, im Rahmen eines Vergabeverfahrens als Vergabestellen ausdrücklich im Namen und auf Rechnung ihrer Mitglieder zu handeln.

Nicht unter den Begriff der zentralen Beschaffungsstelle aus § 120 Abs. 4 Satz 1 GWB zu fassen sind aber zentrale Vergabestellen von Krankenhäusern, die lediglich interne Organisationseinheiten darstellen.

Fazit: Durch § 120 Abs. 4 GWB wird dem zentralen Einkauf öffentlicher Auftraggeber mit der zentralen Beschaffungsstelle ein normativ abgesicherter Rahmen inklusive strukturierter Handlungsalternativen verliehen. Nicht zuletzt kommt dies Einkaufskooperationen zugute, die bisher nur individualvertraglich institutionalisiert waren. Auch wenn Einkaufskooperationen zuvor schon durch die Rechtsprechung anerkannt waren, bietet ihnen die neue Normierung zusätzlich weitergefasste Handlungsmöglichkeiten.

Ärztliches Berufsrecht

Regelmäßig ist festzustellen, dass Arztpraxen neben ihren eigentlichen ärztlichen Tätigkeiten Produkte wie Nahrungsergänzungsmittel, Zahnbürsten, Hörgeräte, Brillen, Bandagen oder Kosmetika vertreiben oder Einweisungen, Schulungen, Anpassungs- oder Kontrollleistungen zu diesen Produkten sowie andere Dienstleistungen wie eine Ernährungsberatung anbieten. Solche gewerblichen Leistungen verstoßen jedoch oft gegen das Berufsrecht der Ärzte.

Nach § 3 Abs. 2 MBO-Ä ist es Ärzten untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer 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. Dieses Verbot konkretisiert den § 3 Abs. 1 MBO-Ä, der es Ärzten allgemein untersagt, neben der Ausübung ihres Berufs eine andere Tätigkeit, die mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist, auszuüben oder in irgendeiner Form damit in Verbindung zu stehen, wie zu Werbezwecken entsprechend § 27 Abs. 3 MBO-Ä. Es soll verhindern, dass das besondere Vertrauen der Patienten in ihren Arzt in wettbewerbswidriger Weise für gewerbliche Eigeninteressen eingesetzt wird, und auch die Unabhängigkeit des Arztes gewährleisten. Der Arzt soll sich ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten und nicht von kommerziellen Interessen leiten lassen.

Eine Produktabgabe oder Dienstleistung ist daher im Einzelfall nur zulässig, wenn die medizinische Therapie erfordert, dass die Leistung gerade durch den Arzt erfolgt, wie zumindest in einem Notfall, und die Leistung nicht problemlos zum Beispiel in einem Sanitätshaus oder einer Apotheke erworben werden kann. So wurde in der Rechtsprechung der Verkauf von Kontaktlinsen, Hörgeräten und orthopädischen Hilfsmitteln als zulässig erachtet, da die betreffenden Produkte individuell auf den Patienten angepasst werden müssen. Als durch einen Arzt zu erbringende Dienstleistung wurden unter anderem Schulungen von Diabetikern am Blutzuckermessgerät anerkannt. Für frei verkäufliche Waren wie Diabetesstreifen, Bandagen und Augentropfen, für die keine ärztlich-therapeutische Beratungs- oder Anpassungs-

Ärzte als gewerbliche Anbieter: Die Zulässigkeit dessen steht in berufsrechtlichen Grenzen



Dr. Daniela Hattenhauer

Rechtsanwältin

Standorte: Düsseldorf/Frankfurt

d.hattenhauer@heuking.de



Dr. Clemens Butzert

Rechtsanwalt

Standort: Frankfurt

c.butzert@heuking.de

Warenverkauf und Dienstleistung als Ausnahme

leistung nötig ist, wurde dementsprechend ein Verkaufsverbot bejaht. Dienstleistungsaufträge, die an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden, können auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren umfassen. Solche Leistungen betreffen nicht zuletzt die Bereitstellung der technischen Infrastruktur sowie die Vorbereitung und die Verwaltung des Vergabeverfahrens selbst beziehungsweise diesbezügliche Beratung. Es ist aber zu beachten, dass Aufträge für Beratungs- und Unterstützungsleistungen nur dann ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden dürfen, wenn sie lediglich begleitende Nebenleistungen eines Beschaffungsauftrags darstellen.

Gewerbe außerhalb der ärztlichen Tätigkeit

Dennoch soll durch das Verbot des § 3 Abs. 2 MBO-Ä nicht die ärztliche Tätigkeit als solche beschränkt, sondern lediglich die Ausweitung der Tätigkeit auf eine nichtmedizinische verhindert werden. Ein Arzt darf insoweit gewerblich tätig sein, solange kein Zusammenhang mit der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit besteht und die Tätigkeit nicht unter das allgemeine Tätigkeitsverbot des § 3 Abs. 1 MBO-Ä fällt. Er dürfte dann zeitlich, organisatorisch, wirtschaftlich und rechtlich getrennt von seiner Arztpraxis die im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit unzulässigen Leistungen anbieten. So wurde eine in dieser Weise abgehaltene gewerbliche Ernährungsberatung, die kein Bestandteil der ärztlichen Therapie war, für zulässig gehalten. Der Arzt darf im Rahmen solcher Tätigkeiten aber insbesondere nicht seine ärztliche Berufsbezeichnung, zum Beispiel werbend, unlauter einsetzen.

Fazit: Da der Betrieb einer Arztpraxis mit besonderen ethischen und insbesondere nicht vorrangig wirtschaftlichen Interessen verbunden ist, dürfen Ärzte grundsätzlich nicht als gewerbliche Anbieter von Waren und Dienstleistungen auftreten. Der Therapiezweck steht im Vordergrund. Sollte es die Therapie erfordern, ist also in Ausnahmefällen ein Vertrieb von Waren und Dienstleistungen sehr wohl möglich. Außerhalb seiner ärztlichen Tätigkeit steht es dem Arzt bei ausreichender Trennung und Unterscheidbarkeit von seinem Praxisbetrieb selbstverständlich frei, ein Gewerbe zu betreiben.

Aus der Praxis

Veröffentlichungen

Dr. Clemens Butzert hat in der med-intern 3/2016 den Artikel **„Voraussetzungen einer Praxisverlegung: Es kommt auf den Versorgungsgrad im betreffenden Bezirk an“** veröffentlicht.

Kirstin van de Sande hat in der IBR-online am 13. Juni 2016 den Artikel **„Arzneimittel-Rabattvereinbarung: Rahmenvertragstypische Kalkulationsrisiken sind vom Bieter zu tragen!“** veröffentlicht.

Dr. Clemens Butzert hat den Beitrag **„Für Fristbeginn nach § 101b Abs. 2 GWB a.F. sachliche und rechtliche Kenntnis nötig“** veröffentlicht.

Vorträge

Das Team von Dr. Daniela Hattenhauer referiert am **28. Oktober 2016** beim „**Update Vergaberecht**“ in Frankfurt.

Dr. Daniela Hattenhauer referiert bei der „**Grundlagenschulung zum neuen Vergaberecht**“ am **31. Oktober 2016** im Kommunalen Bildungswerk Berlin im Kreis Bad Segeberg.

Bei der Veranstaltung „**Vergaberecht für Auftraggeber: Typische Praxisprobleme und -risiken erkennen und vermeiden**“ referiert **Dr. Daniela Hattenhauer** am **29. November 2016**.

Ute Klemm, LL.M. referiert am **2. Dezember 2016** bei der Veranstaltung „**Einführung in das Vergaberecht und -verfahren**“ in Berlin.

Veranstaltungen



Das Team von Dr. Daniela Hattenhauer ist auch in diesem Jahr wieder **vom 14. bis zum 17. November** auf der **Messe MEDICA** in **Düsseldorf** vertreten.

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhalts gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

www.heuking.de

Verantwortliche Redaktion:

Dr. Daniela Hattenhauer, Düsseldorf/Frankfurt

Diese und alle weiteren Ausgaben
des Newsletters Health Care, Pharma & Life Sciences
finden Sie im Internet unter www.heuking.de/ueber-uns/newsletter.html



Berlin

Kurfürstendamm 32
10719 Berlin
T +49 30 88 00 97-0
F +49 30 88 00 97-99

Chemnitz

Weststraße 16
09112 Chemnitz
T +49 371 38 203-0
F +49 371 38 203-100

Düsseldorf

Georg-Glock-Straße 4
40474 Düsseldorf
T +49 211 600 55-00
F +49 211 600 55-050

Frankfurt

Goetheplatz 5-7
60313 Frankfurt am Main
T +49 69 975 61-415
F +49 69 975 61-200

Hamburg

Neuer Wall 63
20354 Hamburg
T +49 40 35 52 80-0
F +49 40 35 52 80-80

Köln

Magnusstraße 13
50672 Köln
T +49 221 20 52-0
F +49 221 20 52-1

München

Prinzregentenstraße 48
80538 München
T +49 89 540 31-0
F +49 89 540 31-540

Brüssel

Rue Froissart 95
1040 Brüssel/Belgien
T +32 2 646 20-00
F +32 2 646 20-40

Stuttgart

Augustenstraße 1
70178 Stuttgart
T +49 711 22 04 579-0
F +49 711 22 04 579-44

Zürich

Bahnhofstrasse 3
8001 Zürich/Schweiz
T +41 44 200 71-00
F +41 44 200 71-01