<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6127-8>

Anmerkung zu OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 23.4.2021 – 9 A 4109/18 (VG Münster)

Adrian Schmidt-Recla und Katharina Vette

Der Sachverhalt der hier zu besprechenden Entscheidung erklärt sich selbst und muss nicht repetiert werden. Für den klagenden Heilpraktiker (und dessen Kollegen) geht Leitsatz Nr. 4 der Entscheidung direkt ans Portemonnaie: Eigenbluttherapien dürfen sie in Nordrhein-Westfalen nurmehr dann ohne ärztliche Aufsicht durchführen, wenn sie das Blut, das sie ihren Klienten entnehmen, einem homöopathischen Zubereitungsverfahren unterwerfen (es also verschütteln und potenzieren). Das sei ein verhältnismäßiger Eingriff in deren Berufsausübungsfreiheit. Starker Tobak: Die entscheidende Passage des Urteils findet sich unter A. III. 1. b. bb. (1): § 28 TFG erlaube die Blutentnahme ohne ärztliche Anordnung und Aufsicht nur dann, wenn das aus dem entnommenen Blut hergestellte Präparat „homöopathisch zubereitet“ worden sei. Wer wie der Kläger im vorliegenden Fall Blut mit homöopathischen Arzneimitteln vermische (oder Blut ozonisiere), bereite aber kein „homöopathisches Eigenblutprodukt“ zu. Das OVG führt das in beeindruckender Schärfe vor – aber ist es auch vertretbar?

1. Das Problem liegt darin, dass der Rechtsbegriff „homöopathisches Eigenblutprodukt“ im TFG nicht legal definiert worden ist¹. Wer diesen Begriff bestimmen will, hat zwei Möglichkeiten: So kann einerseits darauf abgestellt werden, dass der gesamte Prozess aus Entnahme und Reinjektion eine homöopathische Behandlung sei, während andererseits (mit dem OVG) angenommen werden kann, das entnommene Blut müsse, bevor es reinjiziert werde, mit spezifisch homöopathischen Techniken zu einem (dann) homöopathischen Arzneimittel verarbeitet werden. Diese zweite Variante operiert mit einem Rückgriff auf § 4 Abs. 26 S. 1 AMG und verschmilzt die in verschiedenen Gesetzen verwendeten Begriffe („Eigenblutprodukt“ im TFG und „Arzneimittel“ im AMG) wegen des Adjektivs „homöopathisch“ zu einem (das OVG betreibt dazu erheblichen argumentativen Aufwand). Der BGH stand 2012 bereits an diesem Scheideweg. Er hat damals bei einem ähnlich gelagerten Sachverhalt § 28 TFG angewendet² und dafür auf eine seinerzeit schon mehrjährige Rechtsprechung zu Nosodenpräparaten³ verwiesen, die in so hohen Potenzen verwendet werden, dass vom Ausgangsstoff (dem Krankheitserreger) keine Substanz mehr vorhanden ist. Solche (fertigen) Nosodenpräparate sind auch dann nicht das Problem, wenn der Ausgangsstoff Blut war, weil sie mit den Potenzierungs- und Verschüttelungsmethoden der homöopathischen Arzneilehre hergestellt werden. Dieses Ergebnis lässt sich auch mit einfacher grammatischer Auslegung von § 28 TFG gewinnen. Auch in Anmerkungen zu der genannten BGH-Entscheidung wird darauf hingewiesen, dass entscheidend nicht die „Darreichungsform“ oder die Anwendung in einer entsprechenden Therapieeinrichtung sei, sondern eben das Zubereitungsverfahren⁴. Bei Eigenbluttherapien werden drei Methoden unterschieden, nämlich erstens die „Reiztherapie“ mit dem unverändertem Blut, zweitens die „Serumtherapie“ mit dem zentrifugiertem (Blut-) Serum und drittens die „Therapie nach flüssiger Verdünnung“. Wer hierzu genauer informiert werden will, sollte das vom OVG Münster zitierte (und kritisierte) Urteil des VG Osnabrück⁵ lesen.

2. So einfach, wie es das OVG Münster gerne hätte, hatte aber schon der „Nosodenfall“ des BGH nicht gelegen. Denn die damalige Beklagte hatte einer Patientin Blut entnommen, dieses zentrifugiert, so Blutserum gewonnen und dieses mit Kochsalz und Nosoden vermischt. Dem Sachverhalt und den Gründen der BGH-Entscheidung kann aber nicht entnommen werden, in welchem Verhältnis Blutserum, Kochsalz und Nosoden dabei standen. Gleichwohl (oder trotzdem oder deswegen) habe es sich, so der VI. Zivilsenat, bei dem von der Beklagten mit Nosoden versetzten Serum des Klägers um ein *homöopathisches Eigenblutprodukt* gehandelt⁶. Damit ist der BGH aber streng genommen über seine eigene Voraussetzung hinweggegangen, denn ob, nachdem das Blut zentrifugiert und mit Kochsalz und Nosoden vermischt worden war, tatsächlich eine dem „Homöopathischen Handbuch“ entsprechende Potenz erzeugt worden war, bleibt nach den Angaben des damaligen Sachverhalts durchaus unklar: Festgestellt hatte der BGH 2012 nur, dass die beklagte Heilpraktikerin „Fertigprodukte verwendet“ hatte, mit denen sie das entnommene Blut vermischt hatte – deshalb sei davon auszugehen, dass die vorgeschriebenen Zubereitungsschritte und Potenzierungen eingehalten worden seien⁷. Diese zugegeben etwas grobe Elle beseitigte die zahlreichen Nachweisprobleme für genaue Mischungsverhältnisse und einzelne Potenzierungsschritte und bleibt damit letztlich – rechtlich – dabei stehen, § 28 TFG aus sich heraus zu verstehen.

Das lässt sich einerseits als eine vereinfachende, andererseits aber auch salomonische Lösung bezeichnen, weil sie davon absieht, dass das Gericht durch Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes in die therapeutischen Verfahren und damit in den Standard derer, die Eigenbluttherapien entwickeln und anwenden, hinein regiert. Wer kritischer sein will, wird sie für etwas nebulös halten. In der Kommentarliteratur aber wurde sie zustimmend rezipiert⁸. Diese Literatur geht noch einen entscheidenden Schritt weiter und nimmt an, es genüge für § 28 TFG, wenn in einer gebräuchlichen und standardgemäßen Verfahrensweise vorgegangen werde – und so (angefüllt mit dem genuinen Argument der Eigenblutspende, keine Fremdblutspende zu sein und damit nicht eine Gefahr heraufzubeschwören, die fremdes Blut – oder Bestandteile davon – im Körper der behandelten Person hervorrufen kann) kommt sie zu dem Schluss, dass die Norm *erst recht* auch für unverändert zurückgegebenes Eigenblut (Reiztherapie, Variante 1) und für homöopathisch mit Sauerstoff oder Ozon angereichertes Eigenblut gelte⁹. Anders gesagt: Wenn schon die Therapie nach flüssiger Verdünnung nicht dem Arztvorbehalt unterliege, dann könne nichts anderes für die Reiz- und/oder Serumtherapien gelten. Andere stellen (ebenfalls) auf die subjektive Zweckbestimmung in dem Moment ab, in dem das Blut entnommen wird¹⁰. Damit spürt diese Literatur (durch den vielleicht vom BGH erzeugten Nebel hindurch) den rechtlichen Gründen dafür nach, weshalb es nicht ent-

Prof. Dr. iur. Adrian Schmidt-Recla
und Wiss. Mitarb. Katharina Vette,
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Deutschland

- 1) BGH, NJW 2012, 684 = BGHZ 192, 198; *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 28 TFG, Rdnr. 3.
- 2) BGH, NJW 2021, 684.
- 3) Abgeleitet von „ὁ νόσος“ (griech.): die Krankheit. „Nosodenpräparate“ sind aus krankmachenden Substanzen gewonnene Arzneimittel (*aequalia aequalibus curentur*).
- 4) *Olzen/Abanador*, JR 2012, 521, 522.
- 5) VG Osnabrück, BeckRS 2020, 32087.
- 6) Auch dazu BGH, NJW 2012, 684. Zutreffend beobachtet von *Hellweg*, in: *Clausen/Schroeder-Printzen*, Münchener Anwalts-handbuch Medizinrecht, 2000, § 18, Rdnr. 74, Fn. 127.
- 7) BGH, NJW 2012, 684.
- 8) Z.B. von *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 28 TFG, Rdnr. 3.
- 9) *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 28 TFG, Rdnr. 3.
- 10) *Tag*, in: *MüKo/StGB*, 14. Aufl. 2022, § 28 TFG, Rdnr. 1.

scheidend sein kann, für jedes Eigenblutprodukt detailliert angeben zu können, mit wieviel Millilitern Kochsalzlösung und/oder Nosoden 1 ml Blut jeweils vermischt worden ist. Die Frage nach dem Zweck der Eigenblutspende und der erwähnte erst-recht-Schluss stellen darauf ab, dass das verwendete Blut eigenes bleibt und allerhöchstens verdünnt wird. Ein Gefährdungspotential, das gerade mit dem Arztvorbehalt abgesichert werden müsste, verneinen diese Ansichten. Genau dieser Argumentation war der Kläger im vorliegenden Streit gefolgt.

3. Dieser für Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker freundlichen Auslegungsmethode stemmt sich das OVG Münster aber mit argumentativer Verve entgegen. Die Konsequenz der Entscheidung besteht darin, nurmehr die „Therapie nach nachgewiesener flüssiger Verdünnung“ als arztvorbehaltsfreie Therapie anzuerkennen und damit der Reiz- und der Serumtherapie zu attestieren, so gefährlich zu sein, dass nur approbierte Ärztinnen und Ärzte sie anwenden dürften – oder, worauf das OVG am Schluss der Entscheidungsgründe (suffisant?) hinweist, so gefährlich zu sein, dass Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker sie immerhin (oder nur?) unter ärztlicher Aufsicht anwenden dürften. Es attestiert den genannten Ansichten in der Literatur, § 28 TFG teleologisch zu reduzieren und tritt, indem es auf § 4 Abs. 26 S. 1 AMG rekurriert, dafür ein, die Rechtsordnung einheitlich zu verstehen. Doch es schießt mit Kanonen auf Spatzen:

4. Denn so rechtlich einleuchtend es erscheint, wenn das OVG Münster zum Ausgangssatz des BGH von 2012 zurückkehrt (oder darauf beharrt), so artifiziell mutet es gleichzeitig an (lassen wir einmal alle methodischen Streitereien darüber, ob erst-recht-Schlüsse tatsächlich teleologische Reduktionen seien und auch darüber, ob das AMG als systematisch aufgebaute Kodex systematisch ausgelegt werden könne, beiseite): Kann es für das Risiko, dem der Arztvorbehalt des TFG offensichtlich und selbständig steuern will, darauf ankommen, was die Person, die mit einer Kanüle Blut entnimmt, mit diesem Blut macht, bevor sie es derselben Person wieder reinjiziert, wenn ausgeschlossen ist, dass sie es mit fremdem Blut oder Krankheitserregern verunreinigt? Wenn (wie hier) unstrittig ist, dass die bei Blutentnahmen und -injektionen gebotenen Hygienestandards eingehalten werden, wer will fordern, dass diese nicht ausreichen, um Gefahren (welche?) abzuwenden? Was können universitär ausgebildete Medizinalpersonen hier besser als andere? Weiter gefragt: Bei welchem Mischungsverhältnis genau soll eigentlich der Punkt erreicht sein, an dem die Chose kippt („Schütt noch zwei Fläschchen Kochsalzlösung dazu und rühr‘et um, dann darf‘se das auch ohne Arzt“)? Sollen Gerichte darüber entscheiden (und wenn ja: Welche Grenze darf es aus der Sicht der Richterinnen und Richter am 9. Senat des OVG Münster sein)? Das werden wohl die wenigsten befürworten; aber unmittelbar danach schließt sich die nächste Frage an: Sollen Ärztinnen und Ärzte darüber entscheiden? Warum eigentlich überlassen wir diese Frage nicht denen, die die Eigenbluttherapien anwenden? Halten wir diese Personen für *ex professione* unfähig, proprietäre Standards zu entwickeln? Damit ist der Schmerzpunkt freigelegt – denn über allem schwebt die Frage, ob wir es für sinnvoll halten, Eigenbluttherapien, in welcher Form auch immer, durchzuführen (die Verf. tun das nicht). Spielt es aber *rechtlich* eine Rolle, ob wir sie für medizinisch sinnvoll halten?

Das ist die eigentliche, auch die verfassungsrechtliche Diskussion darüber, ob der mit der Lösung des OVG Münster verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker gerechtfertigt sei, grundlegende Frage. Nach hier vertretener Ansicht rechtfertigt das mit den derzeit geläufigen Eigenbluttherapien verbundene Gefahrenpotential diesen Eingriff nicht. An der Lösung des BGH sollte festgehalten werden. Auch die kunstvoll elaborierte Entscheidung des OVG Münster wird es nicht verhindern, dass die Medizinalberufe sich zu Las-

ten der einen, historisch jungen, aber definitionsmächtigen Universitätsmedizin weiter ausdifferenzieren und spezialisieren. Längst auch ist das HPrG nicht mehr das „Heilpraktikerverhinderungsgesetz“, als das der Gesetzgeber des Jahres 1939 es geschaffen hat. Das (Medizin-) Recht wie jede oder jeder, die oder der es anwendet, hat jedenfalls nur die Aufgabe, in diese Differenzierungs- und Spezialisierungsprozesse nur dann steuernd/verbietend einzugreifen, wenn für diejenigen, denen medizinische Leistungen angeboten, aufgedrängt oder auch aufgezwungen werden (alles kommt vor), daraus Gefahren resultieren.

Der Anspruch auf eine Covid-19-Zweitimpfung

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; VwGO § 123 Abs. 1 S. 2; VwVfG § 38 Abs. 1

1. Die Bestätigung eines Impftermins per E-Mail eines Impfzentrums begründet nur dann noch keinen Rechtsanspruch auf Durchführung der Impfung, sofern sich das Impfzentrum eine weitere Überprüfung der Impfvoraussetzungen ausdrücklich vorbehält.

2. In der Terminvergabe zur Zweitimpfung liegt, wenn sie nach der Erstimpfung ausgesprochen wird, eine anspruchsbegründende Zusicherung zur Zweitimpfung. (Leitsätze des Bearbeiters)

VG Magdeburg, Beschl. v. 13. 7. 2021 – 1 B 120/21 MD

Problemstellung: Die Parteien stritten im Eilverfahren gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO um einen Anspruch auf eine Zweitimpfung, den die Ag., die Stadt Magdeburg zugleich Betreiberin eines Impfzentrums, ablehnte. Als die Impf-Priorisierung im April 2021 noch bestand, vergab die Stadt knapp 2.500 Impftermine an Nicht-Magdeburger, darunter auch die niedersächsischen Antragssteller. Die ursprünglich zugesagten Termine zur Zweitimpfung „stornierte“ die Ag. aber ca. einen Monat nach Erhalt der Erstimpfung, da nicht genug Impfstoff vorhanden sei und „Auswärtige“ keinen Anspruch hätten. Für die Betroffenen war es unterdessen praktisch unmöglich, andernorts eine isolierte Zweitimpfung zu erhalten, noch dazu in dem engen Zeitfenster, in dem die Zweitimpfungen bekanntlich erfolgen müssen.

Dogmatisch waren Aspekte der Selbstbindung der Verwaltung entscheidend, insbesondere, ob die Terminvergabe zur Zweitimpfung eine Zusicherung darstellte. Außerdem ging es inhaltlich um die Frage, ob die Bestätigung einer Online-Reservierung zur Erstimpfung bereits eine Zusicherung zur Durchführung der Erstimpfung begründet. Vor dem Hintergrund der derzeitigen „vierten Welle“ und voraussichtlich flächendeckenden Impfungen werden diese Fragen auch künftig bedeutsam sein. Das VG entschied mit teilweise überzeugender Begründung im Ergebnis zutreffend zugunsten der Antragssteller.

Marius Hossbach und Niklas Hossbach

Zum Sachverhalt: Die Ag. ist die Stadt Magdeburg als Betreiberin des Impfzentrums Magdeburg, die auch für die Terminvergabe

Eingesandt und bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. iur. Marius Hossbach, Fachanwalt für Medizinrecht und Mitglied der Ethik-Kommission der Ärztekammer Hamburg, Korten Rechtsanwälte AG, Neuer Wall 44, 20354 Hamburg, Deutschland

und von Dr. iur. Niklas Hossbach, Referendar am OLG Celle, Schloßplatz 2, 29221 Celle, Deutschland