



Editorial

Arzt und Werbung

Liebe Leserinnen, lieber Leser,

als Kanzlei, die sowohl im Gewerblichen Rechtsschutz als auch im Medizinrecht über eine umfangreiche Expertise verfügt, behalten wir selbstverständlich auch die aktuellsten Entwicklungen, welche sich an der Schnittstelle zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zutragen, stets im Auge. Die rechtlichen Grenzen des Werberechts im Gesundheitswesen spielen dabei in unserem Berufsalltag eine entscheidende Rolle.

Es ist festzustellen, dass sich bei den Gerichten das Verständnis gerade für das ärztliche Werberecht seit Jahren lockert. Dies belegen zahlreiche in den letzten Jahren ergangene Urteile. Seitdem durch Beschluss des 105. Deutschen Ärztetages 2002 das strikte Werbeverbot in der Musterberufsordnung für Ärzte aufgehoben wurde, ist in der Rechtsprechung ein Trend zu einer weiteren Liberalisierung des ärztlichen Werberechts unverkennbar.

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die rechtlichen Grundlagen in diesem Rechtsbereich gegeben werden. Selbstverständlich stehen wir Ihnen gerne auch persönlich zur Verfügung. Nutzen Sie unsere Kompetenz in den Bereichen Gewerblicher Rechtsschutz und Medizinrecht!

Aus Erlangen grüßt Sie

Maximilian Immig
Rechtsanwalt

Die rechtlichen Grundlagen des ärztlichen Werberechts

Grundsätzlich ist es einem Arzt unbenommen, auf sein Leistungsangebot in angemessener Weise hinzuweisen. Dabei muss er jedoch die gesetzlichen Rahmenbedingungen beachten.

Diese seien hier kurz dargestellt:

1. Berufsrechtliche Regelungen

Ärztliche Werbung muss mit den Berufsordnungen der Landesärztekammern in den jeweiligen Bundesländern, die an die Musterberufsordnung für Ärzte (MBO) angelehnt sind, konform gehen. In § 27 Abs. 1 MBO ist festgelegt, dass dem Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Information Rechnung getragen und eine dem Sachverständnis der Ärzte zuwiderlaufende Kommerzialisierung des Arztberufs vermieden werden muss. Demzufolge sind gemäß § 27 Abs. 2 MBO sachliche berufsbezogene Informationen gestattet, während nach § 27 Abs. 3 MBO berufswidrige Werbung zu unterlassen ist. In einer grundlegenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) klargestellt, dass es nur schwer möglich sei, unmittelbar aus dem Werbeträger auf eine Gefährdung eines Gemeinwohlbelangs wie der Gesundheit der Bevölkerung oder mittelbar auf einen Schwund des Vertrauens in der Öffentlichkeit in die berufliche Integrität des Arztes zu schließen, solange sich das Werbemittel im Rahmen des Üblichen bewege. „Nur übertriebene oder marktschreierische Werbung, die auf eine Vernachlässigung der Pflichten hindeuten könnte, soll vermieden werden.“ (BVerfG, Beschluss v. 18.02.2002, Az.: 1 BvR 1644/01) Daher können auch Flyer, Zeitschriften, Plakate und U-Bahnen als Werbeträger eingesetzt werden. Sogar von einem Einkaufswagen kann Gebrauch gemacht werden (Verwaltungsgericht Minden, Urteil vom 14.01.2009, Az.: 7K 39/08).

„Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung“ (§ 27 Abs. 3 MBO). Unter anpreisender

Werbung ist eine übertriebene Form von Werbung zu verstehen, die insbesondere auf reißerische oder marktschreierische Weise erfolgt. Eine solche kann bereits vorliegen, wenn der Arzt mit Informationen wirbt, deren Inhalt objektiv nicht überprüfbar ist und die für den Patienten nichts aussagen. Sogar wenn mit Informationen geworben wird, die inhaltlich ganz oder teilweise nachprüfbar sind, kann gegen das ärztliche Berufsrecht verstoßen werden, wenn die Werbung wegen ihrer reklamehaften Übertreibung als anpreisend einzustufen ist (so etwa die Auslegungsgrundsätze der Bundesärztekammer zu den §§ 27 ff. MBO vom 10.09.2002). Von irreführender Werbung spricht man, wenn die Werbeaussage objektiv von der Wahrheit abweicht oder zur Täuschung geeignet ist. Eine Werbung kann selbst dann irreführend sein, wenn sie objektiv wahr ist, aber beim Patienten eine falsche Vorstellung erwecken könnte. Vergleichende Werbung jeglicher Art ist nach § 27 Abs. 3 MBO verboten. Hier ist das ärztliche Berufsrecht strenger als das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), wonach die vergleichende Werbung zudem noch „unlauter“ sein muss. Nach § 27 Abs. 3 MBO ist Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit unzulässig. Insbesondere auf dem Gebiet der Fremdwerbung kommt es häufig zu Unklarheiten. Hierzu führte das BVerfG aus, dass bereits der „böse Schein“ genüge. So wurde entschieden, dass die Werbung eines Zahnarztes, welche die Herstellerfirma eines von ihm eingesetzten Tomographen erwähnt, berufswidrig sei. Eine solche Einschränkung der ärztlichen Werbung sei nach Ansicht des BVerfG gerechtfertigt, „denn Fremdwerbung vermittelt den Anschein, der Zahnarzt werbe für die andere Firma, weil er hiervon finanzielle Vorteile habe. Auf diese Weise kann der Eindruck erweckt werden, die Gesundheitsinteressen der Patienten seien für den Arzt nur von zweitrangiger Bedeutung, was geeignet ist, langfristig das Vertrauen in den Arztberuf zu untergraben“ (BVerfG, Beschluss v. 01.06.2011, 1 BvR 233/10). Einen typischen Fall der unzulässigen Fremdwerbung liegt auch dann vor, wenn der Arzt im Wartezimmer über einen Bildschirm Werbung für umliegende Gewerbetreibende zeigt. Denn dadurch entstehe bei den Patienten der Eindruck, der Arzt würde die in der Werbung erscheinenden Gewerbetreibenden bevorzugen. Dies stelle nach Auffassung der Gerichte einen unzulässigen Wer-

beeffect dar (BVerfG, Beschluss v. 26.06.2003, 1 BvR 003/02; VG Münster, Urteil v. 20.05.1998 – 6K 3821/97).

Auch Praxisbezeichnungen sind immer wieder Gegenstand berufsrechtlicher Überprüfungen. Beispielsweise wurde die von niedergelassenen Zahnärzten vorgenommene Firmierung und Werbung mit der Bezeichnung „Zahnklinik B.“ als irreführend und damit berufswidrig beurteilt. Denn durch die Verwendung des Klinikbegriffs werde die Verkehrserwartung erzeugt, dass es sich um eine mit einem spezialisierten Krankenhaus vergleichbare Einrichtung handle, welche insbesondere die Möglichkeit der stationären Behandlung bietet (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 14.07.2010 – OVG 91 HB 1/08). Hingegen wurde ein Berufsgericht, welches die Bezeichnung einer großen Zahnarztpraxis mit mehr als 20 Mitarbeitern mit dem Begriff „Zahnärztheaus“ als unzulässig beurteilte, vom BVerfG deutlich in seine Schranken gewiesen: „Das Landesberufsgericht prüft zwar die Frage der Irreführung, bejaht diese aber nicht mit nachvollziehbaren und nicht mit verfassungsrechtlich tragfähigen Argumenten (...) Bereits seine Annahme, ein „Zahnärztheaus“ liege nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nur vor, bei einem Haus, in dem mehrere Zahnärzte unabhängig voneinander ihre Praxis ausübten, begründet das Gericht nicht in nachvollziehbarer Weise“ (BVerfG, Beschluss v. 14.07.2011 – 1 BvR 407/11).

Durch den Begriff „insbesondere“ kommt zum Ausdruck, dass die Aufzählung in § 27 MBO nicht abschließend ist. Somit können auch andere im Lauterkeitsrecht vorhandene Kategorien, wie z.B. die unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG) oder die getarnte Werbung nach § 27 Abs. 3 MBO den Tatbestand der berufswidrigen Werbung erfüllen.

2. Verstöße gegen das Heilmittelwerbegesetz (HWG)

§ 27 Abs. 3 S. 3 MBO beinhaltet unter anderem auch einen Verweis auf die Verbotstatbestände des HWG. Ein Verstoß gegen das HWG ist demnach immer auch berufswidrig.

Nach § 1 Abs. 1 HWG erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich dieses Gesetzes nicht nur auf Arzneimittel und Medizinprodukte, sondern unter anderem auch auf andere Mittel, Verfahren und Behandlungen und Gegenstän-

de, soweit sich die Werbeaussagen auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden und krankhafte Beschwerden beziehen. Auch plastisch-chirurgische Eingriffe sind mit eingeschlossen, soweit die Werbeaussage die Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit betrifft. In personeller Hinsicht gilt das HWG nicht nur für Ärzte, sondern für sämtliche werbetreibende Personen.

Das HWG unterscheidet bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zwischen Werbung innerhalb und außerhalb der Fachkreise. Zu den Fachkreisen gehören nach § 2 HWG Angehörige der Heilberufe oder des Heilgewerbes, Einrichtungen, die der Gesundheit von Mensch oder Tier dienen, oder sonstige Personen, soweit sie mit Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln erlaubterweise Handel treiben oder sie in Ausübung ihres Berufes anwenden. Außerhalb der Fachkreise (sog. Publikumswerbung) darf nach § 10 Abs. 1 HWG für verschreibungspflichtige Medikamente nicht geworben werden.

Das HWG findet keine Anwendung auf die Unternehmenswerbung. In der Werbung muss daher in dem Maße auf ein Produkt Bezug genommen werden, dass im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt der Werbetätigkeit auf der Werbung für das jeweilige Produkt liegt. Das BVerfG hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Arzt im Internet das von ihm durchgeführte „biologische Facelifting“ vorstellte und dabei das Präparat „Botox“ bzw. später in geänderter Textfassung den Wirkstoff „Botulinum-Toxin“ nannte. Dazu führte das BVerfG aus: „Es ist schon zweifelhaft, ob die Vorschriften des Heilmittelwerbegerichts auf die Selbstdarstellung eines Arztes, der über Behandlungen mit einem bestimmten Medikament informiert, Anwendung finden können, solange der Arzt nicht den Erwerb bestimmter Mittel empfiehlt. Nur bei einem Einfluss auf das Kaufverhalten der Patienten könnte der Verkehr von Arzneimitteln betroffen sein. Die Regulierung ärztlicher Behandlung und ihrer Darstellung unterfällt jedenfalls nicht dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. (...) Selbst wenn man in bestimmten Zusammenhängen innerhalb eines ärztlichen Selbstdarstellungstextes Werbung für ein Medikament annehmen und die Anwendbarkeit des Heilmittelwerbegesetzes

bejahen wollte, lässt es sich im vorliegenden Fall nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbaren, dass die Gerichte von einer verbotenen Werbung des Beschwerdeführers ausgegangen sind. Das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass den Angehörigen freier Berufe nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten sei. Sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen, sind zulässig.“ (BVerfG, Beschluss v. 30.04.2004, Az.: BvR 2334/03)

Im Herbst 2012 trat das Zweite Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften in Kraft. Damit wurden europarechtliche Vorgaben umgesetzt, womit zahlreiche Regelungen des HWG geändert und gelockert wurden. Beispielsweise ist es dem Arzt nun erlaubt, mit Vorher-Nachher-Bildern zu werben, wenn dies nicht in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise geschehe (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 HWG). Auch wurde das Verbot der Werbung in Berufsbekleidung gestrichen.

3. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Da die Werbung eines Arztes stets auch eine Wettbewerbshandlung bzw. geschäftliche Handlung darstellt, ist die Einhaltung der Vorschriften des UWG zu beachten. Das Berufsrecht orientiert sich bei der Auslegung von vielen Begriffen, wie der irreführenden Werbung, an der wettbewerbsrechtlichen Judikatur, so dass oft Deckungsgleichheit herrscht. In manchen Bereichen (z.B. der vergleichenden Werbung) ist das ärztliche Berufsrecht restriktiver als das UWG.

Ein Verstoß gegen die MBO entfaltet auch wettbewerbsrechtliche Wirkungen. Denn in § 4 Nr. 11 UWG heißt es: "Unlauter handelt insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln." Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung stellen die Satzungen der Ärztekammern Vorschriften i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG dar.

4. Fazit

Der Arzt hat bei seiner Werbetätigkeit eine Vielzahl von Regelungen zu beachten und muss dabei bedenken, dass Verstöße im Werbebe-

reich empfindliche Sanktionen zur Folge haben können. Verstöße gegen die MBO können beispielsweise eine Verwarnung, einen Verweis, eine Geldbuße oder sogar einen Ausschluss aus der Ärztekammer nach sich ziehen. Zudem muss der Arzt mit einer Abmahnung durch einen Kollegen nach § 12 Abs. 1 UWG rechnen. Darin regelmäßig enthalten ist das Verlangen nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Diese sollte stets genau geprüft werden. Denn die Unterwerfungserklärung ist oft zu Gunsten des Abmahnenden formuliert. Es empfiehlt sich daher in vielen Fällen die Abgabe einer zugunsten des abgemahnten Arztes modifizierten Unterlassungserklärung. Bei deren Erstellung ist mit größter Sorgfalt vorzugehen, sie sollte deshalb durch einen Rechtsanwalt erfolgen. Denn im Falle des Verstoßes gegen die Unterlassungserklärung ist die vereinbarte Vertragsstrafe zu zahlen. Unter Umständen muss der Arzt bei unzulässiger Werbung auch mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen rechnen. Bei Verstößen gegen das Irreführungsgebot nach § 3 HWG droht eine Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe. Wird gegen andere Vorschriften aus dem HWG verstoßen, können Geldbußen bis zu 50.000 € verhängt werden.

Auf dem Gebiet des im Wandel befindlichen ärztlichen Werberechts ist also äußerste Vorsicht geboten. Durch die neue Gesetzeslage und vor allem durch die zunehmend liberale Haltung der Rechtsprechung haben sich für die Ärzteschaft viele neue Werbemöglichkeiten ergeben. Doch ist dies bei vielen Ärztekammern noch nicht angekommen. Dort wird oft noch eine viel restriktivere Linie vertreten. Im Falle einer Ahndung ist es daher oft anzuraten, sich mit fachkundiger Hilfe zu wehren.

*Maximilian Immig
Rechtsanwalt*

Anerkennung einer Berufsausübungsgemeinschaft als Aufbau- praxis

**Nach ständiger Rechtsprechung des Bundes-
sozialgerichts (BSG) müssen umsatzmäßig un-
terdurchschnittlich abrechnende Praxen in der
Aufbauphase die Möglichkeit haben, zumin-**

**dest den durchschnittlichen Umsatz der Arzt-
gruppe zu erreichen.**

Dem Vertragsarzt muss – wegen seines Rechts auf berufliche Entfaltung unter Berücksichtigung der sog. Honorarverteilungsgerechtigkeit – die Chance bleiben, durch Qualität und Attraktivität seiner Behandlung oder auch durch eine bessere Organisation seiner Praxis neue Patienten für sich zu gewinnen, um so legitimerweise seine Position im Wettbewerb mit den Berufskollegen zu verbessern. Daher ist allen Praxen mit unterdurchschnittlichen Umsätzen die Möglichkeit einzuräumen, durch Umsatzsteigerung jedenfalls bis zum Durchschnittsumsatz der Fachgruppe aufzuschließen und damit ihre Praxis zu einer mit typischen Umsätzen auszubauen. Dies hat das BSG in zeitlicher Hinsicht dahingehend konkretisiert, dass Praxen in der Aufbauphase – die auf einen Zeitraum von drei, vier oder fünf Jahren bemessen werden kann – die Steigerung ihres Honorars auf den Durchschnittsumsatz sofort möglich sein muss, während dies anderen, noch nach der Aufbauphase unterdurchschnittlich abrechnenden Praxen jedenfalls innerhalb von fünf Jahren ermöglicht werden muss (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 17.07.2013 – B 6 KA 44/12 R). Die Bemessung des Zeitraums der Aufbauphase erfolgt im HVV durch dessen Vertragspartner bzw. in der Satzung über die Honorarverteilung durch die KÄV.

In dem vorstehend angesprochenen Urteil hatte sich das BSG mit der Frage zu befassen, ob eine Berufsausübungsgemeinschaft mit dem Eintritt eines erst kurze Zeit tätigen Arztes als Aufbaupraxis anzusehen ist, des Weiteren mit der Frage, ob durch eine Standortverlegung eine Praxis zu einer Aufbaupraxis wird. Das BSG hat beides verneint. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

Eine Berufsausübungsgemeinschaft, die als solche schon längere Zeit an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt, wird weder durch den Eintritt eines erst kurze Zeit vertragsärztlich tätigen Arztes noch durch eine Standortverlegung zu einer Aufbaupraxis im Sinne des Honorarverteilungsrechts.

*Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
FA für Medizinrecht*

Ruinöser Preiswettbewerb bei zahnärztlichen Leistungen

Das Kammergericht Berlin stellte mit Urteil vom 09.08.2013 – 5 U 88/12 – u. a. fest:

1. Die Vereinbarung von Pauschalpreisen für zahnärztliche Leistungen ist als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 GOZ grundsätzlich unzulässig.

2. Die Unterschreitung des Mindestsatzes der Gebührenordnung für Zahnärzte ist in der Regel unzulässig. Das Verbot eines Angebots, den Mindestsatz für zahnärztliche Leistungen bei mittlerer Schwierigkeit und durchschnittlichem Zeitaufwand zu unterschreiten, kann nur in besonderen Fällen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar sein. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Grenze zu einem ruinösen Preiswettbewerb überschritten wird.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte betreibt ein Internetportal, auf dem sie sog. „Deals“ anbietet. U. a. bewarb sie die kosmetische Zahnreinigung für € 24,90 bei einem Zahnarzt. Nach der GOZ belaufen sich die Mindestgebühren für eine professionelle Zahnreinigung auf € 49,80. Die Klägerin ist eine berufsständische Vertretung der Zahnärzte.

Entscheidung:

Bei den Bestimmungen der GOZ handelt es sich, so das Kammergericht im Einklang mit der herrschenden Meinung und Rechtsprechung, um Marktverhaltensvorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Dem steht die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nicht entgegen. Die Richtlinie lässt Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Gesundheitsaspekte unberührt, so auch die Vorschriften der GOZ.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 GOZ erlaubt grundsätzlich die Vereinbarung einer abweichenden Gebührenhöhe. Diese erfasst sowohl Überschreitungen der Höchstsätze wie auch Unterschreitungen der Mindestsätze. § 15 Abs. 1 der Muster-

berufsordnung der Bundeszahnärztekammer lässt ebenfalls Raum für abweichende Vereinbarungen in beide Richtungen. § 5 Abs. 2 Satz 1 GOZ räumt dem Zahnarzt bei der Bemessung der Gebühren ein Ermessen ein.

Gleichwohl verneinte das Kammergericht die Zulässigkeit der Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ im vorliegenden Fall. Das vom Verordnungsgeber verfolgte Ziel, eine angemessene leistungsgerechte Vergütung ärztlicher Leistungen zu gewährleisten und im Interesse eines funktionierenden Gesundheitssystems ruinösen Wettbewerb unter Zahnärzten zu vermeiden, um gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber zu schaffen, rechtfertige die Mindestpreisvorschriften der GOZ. Zwar sei auch unter Zahnärzten ein Preiswettbewerb zulässig, dies aber nur in den Grenzen, die durch die Gründe des Gemeinwohls bestimmt werden. Im vorliegenden Fall seien die Grenzen zu einem ruinösen Preiswettbewerb überschritten, wenn eine professionelle Zahnreinigung zu einem Preis angeboten werde, der etwa die Hälfte der sich aus dem Gebührenverzeichnis für Zahnärzte ergebenden Mindestgebühren ausmache. Die Problematik verschärfe sich noch, wenn man berücksichtige, dass das von der Beklagten beanspruchte Entgelt 50 % des Angebotspreises ausmache, mithin der mit der Beklagten kooperierende Zahnarzt letztlich nur ein Entgelt in Höhe von ca. 25 % der Mindestgebühren erhalte.

Die Beklagte als Betreiberin des Internetportals haftet als Teilnehmerin an den Wettbewerbsverstößen des mit ihr kooperierenden Zahnarztes. Die Teilnehmerhaftung ist zu bejahen, obwohl die Beklagte nicht selbst Adressatin der Gebührenvorschriften für Zahnärzte ist.

In gleicher Weise hielt das Kammergericht die von der Beklagten beworbene Implantatversorgung und kieferorthopädische Zahnkorrektur für unzulässig.

*Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
FA für Medizinrecht*

Dokumentation der Behandlung

Die Dokumentation der Behandlung gehört zu den wesentlichen Aufgaben des behandelnden Arztes. Nachfolgend werden die Anforderungen und Folgen einer Pflichtverletzung beschrieben.

1. Berufsrecht

Nach § 10 Abs. 1 der Musterberufsordnung haben Ärztinnen und Ärzte über die in Ausübung ihres Berufs gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Die ärztliche Dokumentation dient nicht lediglich als Gedächtnisstütze für den Arzt, sondern erfolgt auch im Patienteninteresse.

Die berufsrechtliche Dokumentationspflicht erfasst u. a. Anamnese, Beschwerden unter Einschluss von Verdachtsdiagnosen, Behandlung mit Medikation, Ergebnisse der Behandlung, Art der Nachbehandlung, Operationsberichte, Anästhesieprotokolle, Einsatz besonderer Behandlungsarten, Zwischenfälle, Röntgen- und Sonographieaufnahmen, EKG und CTG-Streifen, Laborbefunde, Warnhinweise an den Patienten, Überweisungsempfehlungen, Wiedereinbestellung, etc.

Genügt die Dokumentation nicht den Anforderungen nach Maßgabe der Berufsordnung, drohen dem Arzt disziplinarrechtliche Maßnahmen, auch wenn hiervon in der Praxis selten Gebrauch gemacht wird.

2. Behandlungsvertrag

Durch das Patientenrechtegesetz (PatientenRG) vom 20.02.2013 wird der Behandlungsvertrag mit dem Patienten legal definiert. Nach § 630f BGB ist der behandelnde Arzt verpflichtet, zum Zwecke der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. In der Patientenakte sind sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse

aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

Aus einer unterlassenen, unvollständigen, unrichtigen oder nicht zeitnahen Dokumentation ergibt sich für den Patienten kein eigenständiger Schadensersatzanspruch, sondern nur eine Beweiserleichterung gemäß § 630h III BGB, wonach vermutet wird, dass eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme nicht getroffen wurde, sofern sie in der Patientenakte nicht aufgezeichnet ist.

3. Vertragsarztrecht

Der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt ist nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 SGB V verpflichtet, in den Abrechnungsunterlagen für die vertragsärztlichen Leistungen die von ihm erbrachten Leistungen einschließlich des Tages der Behandlung, bei ärztlicher Behandlung mit Diagnosen, bei zahnärztlicher Behandlung mit Zahnbezug und Befunden aufzuzeichnen und zu übermitteln. Im Zuge der Abrechnungsprüfung nach § 106a SGB V ist der Vertragsarzt nach § 295 Abs. 1a SGB V verpflichtet und befugt, auf Verlangen der Kassenärztlichen Vereinigung die für die Prüfung erforderlichen Befunde vorzulegen.

Darüber hinaus enthält der Bundesmantelvertrag seit dem 01.10.2013 die Verpflichtung, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben der Kassenärztlichen Vereinigung sowie den bei ihr errichteten Gremien und den Prüfungseinrichtungen die für die Erfüllung ihrer Aufgabe im Einzelfall notwendigen Auskünfte zu erteilen, insbesondere auch die Behandlungsunterlagen vorzulegen.

Die Vollständigkeit der Leistungserbringung ist grundsätzlich bereits mit der Abrechnung nachzuweisen. Sie ist gegeben, wenn die obligaten Leistungsinhalte erbracht wurden, die in den Präambeln, Leistungslegenden und Anmerkungen aufgeführten Dokumentationspflichten erfüllt sowie die erbrachten Leistungen dokumentiert sind.

Wird die Leistungserbringung im Rahmen der Abrechnungsprüfung angezweifelt, hat der

Vertragsarzt seiner Nachweispflicht jedenfalls im Widerspruchsverfahren nachzukommen. In einem etwaig sich anschließenden Klageverfahren kann der Sachvortrag weder nachge- reicht noch ergänzt werden. Wir verweisen hierzu auf unseren Beitrag vom 15.07.2013.

4. Praxishinweis

Eine vollständige und sorgfältige Dokumenta- tion hat nicht nur für die Frage der Arzthaftung, sondern auch für die Abrechnungsprüfung einen sehr hohen Stellenwert.

*Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
FA für Medizinrecht*

Werbung im Wartezimmer

Nach einer noch nicht rechtskräftigen Ent- scheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Frankfurt vom 20.03.2014 (6 U 2/13) wird das Zuweisungsverbot vom Arzt zu einer bestimm- ten Apotheke bei exklusiver Werbung im War- tezimmerfernsehen verletzt. In dem Urteil wird jedoch auch angedeutet, was als Werbung im Wartezimmerfernsehen erlaubt sein könnte.

Nach Auffassung des Gerichts hat exklusive Werbung für eine bestimmte Apotheke nichts auf dem Bildschirm eines Wartezimmer- Fernsehers in der Arztpraxis verloren. Ist die Werbung dagegen nicht exklusiv und wirkt sie insgesamt nicht wie eine Empfehlung des Arz- tes, kann eine solche Werbung erlaubt sein.

Geklagt hatte die Bayerische Landesapothek- erkammer (BLAK) über die Wettbewerbszent- rale in Bad Homburg gegen ein Unternehmen, das damit geworben hatte, über ein regiona- les Gesundheitsfenster auf einem Wartezim- mer-TV-Angebot regional ansässige Unter- nehmen aus den Bereichen Gesundheit, Well- ness, Fitness und Medizin, u.a. auch Apotheken exklusiv vorzustellen. Nach Auffassung der BLAK verstößt eine solche Empfehlung von Apothekenspots im Arzt-Wartezimmer sowohl gegen das Zuweisungsverbot nach § 11 Abs.1

Apothekengesetz (ApoG) als auch gegen ent- sprechende berufsrechtliche Vorgaben der Bayerischen Landesapothekerkammer (§ 20 II Nr. 4).

Das erstinstanzlich befasste Landgericht Lim- burg untersagte das Geschäftsmodell, soweit für eine bestimmte Apotheke geworben wird. Das OLG urteilte nun, dass eine Zuführung im Sinne von § 11 ApoG nicht nur bei einer unmit- telbaren Einigung zwischen Arzt und Apotheker vorliege, sondern auch eine Werbung gegen- über Patienten, die unter Einschaltung Dritter mit Wissen und Wollen von Arzt und Apotheker als unzulässige Zuführung einzustufen sei.

"Diese Auslegung ist geboten, da ansonsten die Regelung des § 11 ApoG ohne weiteres um- gangen werden könne". Diese Definition des Zuweisungsbegriffs ermöglicht eine direkte Be- anstandungsmöglichkeit bei Dritten (Veranlas- ser), die Apotheker und Arzt zu einem Geset- zesverstoß verleiten.

Das OLG Frankfurt wies aber auch darauf hin, dass eine distanziertere Form der Werbung - nicht exklusiv - "charakteristische Merkmale für einen Vorstoß gegen das Apothekengesetz nicht mehr" aufweist.

Eine Revision zum Bundesgerichtshof wurde zugelassen.

*Annette Lieb LL.M.
Rechtsanwältin
FAin für Medizinrecht*

Richtgrößenprüfung – Beratung vor Regress

Nach § 106 Abs. 5e SGB V erfolgt bei einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvo- lumens um mehr als 25 % eine individuelle Be- ratung. Ein Erstattungsbetrag kann bei künftiger Überschreitung erstmals für den Prüfzeitraum nach der Beratung festgesetzt werden.

Das Instrument „Beratung vor Regress“ ist nur bei der Richtgrößenprüfung anwendbar. Dies hat das Bundessozialgericht (BSG) mit Urteil

vom 15.08.2012 – B 6 KA 45/11 ausdrücklich bestätigt.

Zunächst war streitig, ob das Instrument auch für Altfälle vor Inkrafttreten der Vorschrift zum 01.01.2012 gilt. Hier regelte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 26.10.2012 unter Aufnahme des Satzes 7: „Dieser Absatz gilt auch für Verfahren, die am 31.12.2011 noch nicht abgeschlossen waren.“

Nach der Gesetzesbegründung scheidet danach die Festsetzung eines Erstattungsbetrages für Prüfzeiträume aus, die vor der tatsächlichen Beratung liegen. Hingegen gilt die Regelung nicht für bereits abgeschlossene Widerspruchsverfahren, selbst wenn eine Klage gegen die Entscheidung des Beschwerdeausschusses noch anhängig ist.

Auch nach dieser Ergänzung verbleiben Fragen zur Rechtslage.

1. Wann liegt eine erstmalige Überschreitung des Richtgrößenvolumens vor?

Das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen vertritt in seinem Urteil vom 20.11.2013 – L 11 KA 49/13 – die Auffassung, dass strikt auf den Wortlaut der Regelung abzustellen sei. Danach sei entscheidend, ob der Arzt erstmalig die Richtgröße überschreite. Habe der Arzt bereits in der Vergangenheit auffällig verordnet, falle er nicht in den Schutzbereich dieser Regelung.

Demgegenüber vertritt das LSG Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 19.02.2013 – L 5 KA 222/13 ER-B – die Auffassung, dass als erstmalige Überschreitung im Sinne des § 106 Abs. 5e SGB V diejenige anzusehen sei, auf die erstmals eine Beratung erfolge. Es sei unerheblich, ob die Richtgröße in der Vergangenheit überschritten worden sei.

Der Auffassung des LSG Baden-Württemberg ist der Vorzug zu geben. Die individuelle Beratung beschränkt sich nicht auf eine Warnfunktion. Sie soll vielmehr darauf angelegt sein, das ärztliche Verhalten zu steuern und dafür zu sorgen, dass der Arzt künftig wirtschaftlich handelt. Die Ordnungspraxis des Arztes soll möglichst mit einem Pharmakologen unter Berücksichtigung des Patientenguts analysiert werden, um dem Arzt befriedigende Verordnungsalternativen an die Hand zu geben. Begründungen in Regressbescheiden reichen,

wie das LSG Nordrhein-Westfalen offenbar meint, nicht aus.

2. 25 %-ige Überschreitung als Ausgangsüberschreitung?

§ 106 Abs. 5e SGB V verweist auf § 106 Abs. 5a Satz 1 SGB V. Danach sind Beratungen bei Überschreitung des Richtgrößenvolumens nach § 84 Abs. 6 und 8 SGB V durchzuführen, wenn das Verordnungsvolumen eines Arztes in einem Kalenderjahr das Richtgrößenvolumen um mehr als 15 v. H. übersteigt und aufgrund der vorliegenden Daten die Prüfungsstelle nicht davon ausgeht, dass die Überschreitung in vollem Umfang durch Praxisbesonderheiten begründet ist.

Folglich ist auch bei der Beratung nach § 106 Abs. 5e SGB V eine Vorabprüfung durchzuführen. Auch bei einer Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 % sind von Amts wegen zu berücksichtigende Praxisbesonderheiten vorab herauszurechnen.

3. Welches Recht kommt zur Anwendung bei Verfahren, in denen die Beschwerdeausschüsse zwischen dem 01.01.2012 und dem 26.10.2012 über Widersprüche entschieden haben?

Das LSG Nordrhein-Westfalen vertritt in dem bereits angesprochenen Urteil die Auffassung, dass der Grundsatz „Beratung vor Regress“ bis zum 26.10.2012 nur auf solche Verfahren anzuwenden sei, die nach dem 01.01.2012 eingeleitet wurden. Dem steht die gesetzliche Regelung entgegen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 106 Abs. 5e Satz 7 SGB V soll der Grundsatz „Beratung vor Regress“ auch auf laufende Verfahren Anwendung finden, mithin seit dem 01.01.2012.

4. Wie wirkt sich eine bereits erfolgte Beratung auf einen Gesellschafterwechsel innerhalb einer Gemeinschaftspraxis aus?

Die Gemeinschaftspraxis ist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig. Bereits mit Urteil vom 16.07.2003 entschied das BSG – B6 KA 49/02 R –, dass sich Maßnahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung und Regresse wegen unwirtschaftlicher oder unzulässiger Verordnung von Arznei- bzw. Heil- und Hilfsmitteln gegen die Gemeinschaftspraxis und nicht gegen einzelne ihr zugehörenden Ärzte richten. Folglich hat eine bereits erfolgte Beratung auch bei Gesellschafterwechsel Bestand. Ein neu eintretender Gesellschafter kann sich nicht darauf berufen,

dass - jedenfalls ihm gegenüber - bislang keine Beratung erfolgt ist.

Anders verhält es sich, wenn bislang in einem MVZ oder einer Gemeinschaftspraxis angestellte Ärzte neu zugelassen werden. Hier hat eine früher ausgesprochene Beratung keine Nachwirkung. Gleiches wird auch gelten müssen, wenn bereits zugelassene Ärzte sich zu einer neuen Gemeinschaftspraxis zusammenschließen.

Praxishinweis:

Bietet ein Prüfungsgremium bei einem Eilverfahren an, den bereits verhängten Regress in eine Beratung umzuwandeln, sollte der Arzt zunächst prüfen, ob die Überschreitung der Richtgröße um mehr als 25 % nicht durch eine Praxisbesonderheit gerechtfertigt ist. Falls ja, besteht kein Anlass für eine Beratung. Wird diese gleichwohl akzeptiert, stünden künftige Regresse ohne Klärung der Praxisbesonderheiten an.

Hebt das Sozialgericht bei einem Altverfahren den angefochtenen Widerspruchsbescheid auf und verweist das Verfahren an den Beschwerdeausschuss zurück, kann letzterer gleichwohl keine Beratung mehr aussprechen. Das mit Einreichung der Klage abgeschlossene Widerspruchsverfahren wird nicht neu eröffnet.

*Dr. Klaus Lieb
Rechtsanwalt
FA für Medizinrecht*

Impressum

v.i.S.d.P.: Rechtsanwältin Saskia Krusche
LIEB.Rechtsanwälte
Bucher Straße 21 / 90419 Nürnberg
Fon + 49 (0)911 2179090 / Fax +49 (0)911 21790999
saskia.krusche@lieb-online.com
www.lieb-online.com

Hinweis: Dieser Newsletter kann keine Einzelfallberatung ersetzen. Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Abmeldung aus dem Verteiler schreiben Sie bitte eine E-Mail an saskia.krusche@lieb-online.com

© LIEB.Rechtsanwälte 2014