

**Inhaltsverzeichnis**

Beteiligung von Ärzten an Gewerbeunternehmen.....2

Privatkliniken an Plankrankenhäusern.....6

Mindestmengenregelung für Kniegelenktotalendoprothesen unwirksam .....7

Bundesverfassungsgericht schafft mehr Werbemöglichkeiten für Ärzte.....8

Musterberufsordnung verfassungswidrig? .....9

Botox-Behandlungen durch Zahnärzte sind nicht vom Zahnheilkundegesetz gedeckt..... 10

## Beteiligung von Ärzten an Gewerbeunternehmen

Joachim Messner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht

Der BGH hat am 13.01.2011 entschieden, dass Ärzte gegen Wettbewerbsrecht verstoßen, wenn sie eine Beteiligung an gewerblichen Unternehmen halten bei denen der Gewinn bzw. die Einnahmen durch das Ordnungsverhalten der Ärzte beeinflusst werden kann. Der BGH hat darin ein wettbewerbswidriges Verhalten der Ärzte gesehen, insbesondere einen Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Gewährung von Vorteilen und des Verbots der Zuweisung an bestimmte Hilfsmittelerbringer (§§ 31, 34 Abs. 5 BOÄ).



Die Rechtsfrage, die der BGH zu entscheiden hatte, wurde anhand eines Falles entwickelt bei dem ein niedergelassener HNO-Arzt als Aktionär einer Aktiengesellschaft beteiligt war, die eine Filiale in der Nähe seiner HNO-Praxis hatte. Der HNO-Arzt hat seine Patienten auf deren ausdrücklichen Wunsch über die Möglichkeiten einer Hörgeräteversorgung informiert und sachliche Gründe genannt, um ihnen eine objektive Entscheidung zu ermöglichen und sie im Ergebnis an die Filiale, an der er auch als Aktionär beteiligt war, zu verweisen.

Nach § 34 Abs. 5 MBO-Ä ist es dem Arzt nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen (sog. Verweisungsverbot ohne hinreichenden Grund).

Was ist nun eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs.5 MBO-Ä?

Der BGH hat ausgeführt, dass von einer solchen „Verweisung“ alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer, die der Arzt von sich aus erteilt, ohne vom Patienten darum gebeten worden zu sein.

Entscheidend kommt es nach Ansicht des BGH darauf an, dass der Arzt auf der Grundlage seiner Erfahrungen die vom Patienten erbetenen Empfehlungen erteilen darf, wenn nicht gar erteilen muss. Dies entspricht auch dem berechtigten Interesse der Patienten von Ärzten ihres Vertrauens, bei Bedarf, Empfehlungen für Leistungserbringer zu erhalten. Wenn nun der Pati-

ent eine Empfehlung erbittet, ist es zudem die eigene Entscheidung des Patienten, ob er sich bei der Ausübung seiner Wahlfreiheit beeinflussen lässt. Jedenfalls entspricht dies dem Leitbild des selbstbestimmten Patienten. Unter diesen Umständen ist es einem Arzt nicht zuzumuten, eine Empfehlung zu verweigern oder wider besseres Wissen außer dem seines Erachtens besten Anbieter weitere alternative Versorgungsmöglichkeiten anzugeben, die der Arzt für weniger geeignet hält.

Berufsrechtswidrig, wettbewerbswidrig und somit ein Verstoß gegen § 34 Abs. 5 BOÄ sind dem gegenüber alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer die der Arzt seinen Patienten von sich aus erteilt, ohne vom Patienten gefragt worden zu sein. Dazu zählt bspw. die Empfehlung auch nur eines Anbieters durch Plakate, Flyer, Visitenkarten und Gutscheine, die in der Arztpraxis ausliegen oder die Empfehlung einer bestimmten Apotheke durch Rezeptaufdruck.

Der BGH führt aus, dass jedenfalls eine generelle Verweisung an einen bestimmten Anbieter mit der Berufsordnung nicht vereinbar ist, weil § 34 Abs. 5 BOÄ die Verweisung an einen bestimmten Anbieter nur im Ausnahmefall zulässt.

Nach der Rechtsprechung kann zwar auch die Qualität der Versorgung im Einzelfall einen hinreichenden Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ darstellen, der eine Verweisung rechtfertigt. Der BGH geht auch darauf ein, ob der Verweisungsgrund vom Arzt dem Patienten zu offenbaren ist. Jedenfalls entspricht es nach Ansicht des BGH dem Leitbild des selbstbestimmten Patienten und auch dem Sinn und Zweck des § 5a Abs. 2 UWG, eine solche Informationspflicht des Arztes anzunehmen oder als zumindest naheliegend anzusehen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Qualität der Versorgung im Einzelfall einen hinreichenden Grund darstellen kann. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verweisung an einen bestimmten Anbieter aus Sicht des behandelnden Arztes aufgrund der Bedürfnisse des einzelnen Patienten besondere Vorteile in der Versorgungsqualität bietet. Langfristige vertrauensvolle Zusammenarbeit, gute Erfolge, allgemeine hohe fachliche Kompetenz des Arztes oder seiner Mitarbeiter reichen nicht aus.

In der Entscheidung nimmt der BGH sehr ausführlich zur Auslegung des § 31 BOÄ Stellung, in der es um die unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt geht. Nach § 31 BO Ärzte ist es Ärzten nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu ver-

sprechen oder zu gewähren. Das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gilt auch für Patientenzuführungen an Apotheken, Geschäfte oder Anbieter gesundheitlicher Leistungen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang allein, dass der Arzt für die Patientenzuweisung einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt. Vorteile im Sinne von § 31 BOÄ können auch Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein. Ob ein gesellschaftsrechtlich an einem Hilfsmittellieferanten beteiligter Arzt gegen § 31 BOÄ verstößt, weil er Patienten an diesen Anbieter verweist, bestimmt sich danach, ob die Verweisung kausal für einen dem Arzt zufließenden Vorteil ist. Eine solche Kausalität dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn die Gewinnbeteiligung oder sonstigen Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen, Überweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen.

Differenzierter zu beurteilen sind nach Ansicht des BGH die Fälle, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist. § 31 BOÄ wird einer Beteiligung des Arztes etwa an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen nicht entgegen stehen, wenn bei objektiver Betrachtung ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführungen des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheint. Ob dies der Fall ist, hängt grundsätzlich vom Gesamtumsatz des Unternehmens, dem Anteil der Verweisungen des Arztes und der Höhe seiner Beteiligung ab. Die Unzulässigkeit der Beteiligung wird sich aber auch schon aus der Gesamthöhe der dem Arzt aus ihr zustehenden Vorteile ergeben können, sofern diese in spürbarer Weise von seinen eigenen Verweisungsverhalten beeinflusst wird.

Das Verbot des § 31 BOÄ gilt nicht nur für direkte unternehmerische Beteiligungen, sondern es sind auch mittelbare Beteiligungen wie die Fälle umfasst, in denen Verwandte des Arztes die Beteiligung für ihn als „Strohmann“ oder „Strohfrau“ halten. Da es vorliegend um die Gewährleistung der Unparteilichkeit des Arztes bei medizinischer Behandlung geht, spricht nach Ansicht des BGH viel dafür, die vergleichbaren Regeln zum Ausschluss von Richtern entsprechend anzuwenden. Nahe Verwandte wären dann Personen, die in gerader Linie oder in der zweiten Linie bis zum dritten Grad mit dem Arzt oder der Ärztin verwandt sind (vgl. § 41 Nr. 3 § 383 Nr. 3 ZPO, Art. 51 EGBGB § 1589 BGB). Danach bestimmt sich der Grad der Verwandtschaft nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten (§ 1589 BGB). Eigene Kinder und die Eltern sind Verwandte ersten Grades; Großeltern, Enkel, Brüder, Schwestern Verwandte zweiten Grades und Urgroßeltern, Urenkel, Geschwister eines Elternteils (Onkel, Tante, Nefen und Nichten) Verwandte dritten Grades.

Ergebnis:

Die Beteiligung von Vertragsärzten an Unternehmen, deren unternehmerischer Erfolg vom Zuweisungsverhalten des behandelnden Arztes abhängen, sind in jedem Fall aus berufsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht neu zu bewerten. Betroffen sind insbesondere Beteiligungsmodelle von HNO-Ärzten an Hörgeräteakustikunternehmen, Orthopäden und Chirurgen an Physiotherapie- und/oder Reha-Einrichtungen, Augenärzte an Augenoptikgesellschaften oder Beteiligungsmodelle an Sanitätshäusern.

Jedenfalls hat der BGH in seinem Urteil nicht Bezug auf solche Fälle genommen, in denen ein Orthopäde mit einer Physiotherapeutin verheiratet ist oder die Ehefrau des Hörgeräteakustikmeisters einen HNO-Praxis über dem Hörgerätegeschäft betreibt.

Quelle:

*BGH, 1. Zivilsenat Hörgeräteversorgung, Urteil vom 13.01.2011, Az.: I ZR 111/08*

## Privatkliniken an Plankrankenhäusern

Joachim Messner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht

Der BGH hat, wie verschiedentlich schon mehrere Oberlandesgerichte, festgestellt, dass das Krankenhausentgeltgesetz auf Privatkliniken nicht anwendbar ist. Dies gilt auch für solche Fälle, in denen Privatkliniken aus Plankrankenhäusern ausgegliedert werden. Der BGH hat die Beschwerde des Verbandes der privaten Krankenversicherung gegen eine HELIOS Privatklinik zurückgewiesen. Der Verband der privaten Krankenversicherer klagt seit geraumer Zeit bundesweit gegen die Träger von Kliniken, die in den Räumen des Plankrankenhauses eine ausgegliederte Privatklinik betreiben.



Vorteil einer solchen Ausgliederung für die Klinik:

Es werden Fallpauschalen als Entgelte abgerechnet, die deutlich über dem liegen, was das Plankrankenhaus ansonsten berechtigt wäre abzurechnen. Insgesamt verdienen die Privatkliniken durch die höheren Einnahmen pro Behandlungsfall deutlich mehr. Der Verband der privaten Krankenversicherer vertrat die Ansicht, dass auch diese Privatkliniken verpflichtet sein sollen, nach den Regelungen des Krankenhausentgeltgesetzes abzurechnen. Der BGH bestätigte das Urteil des Oberlandesgerichts Köln (5 U 127/09). Schon das OLG Köln hatte entschieden, dass § 17 Abs. 1 Satz 5 KHEntgG nicht auf eine Privatklinik anwendbar ist, selbst wenn die Privatklinik in gemieteten Räumen und mit Personal des Plankrankenhauses betrieben wird und der Träger zum selben Konzern gehöre.

Quelle:

*BGH, Beschluss vom 23.08.2011, Az. I ZR 155/10*

## Mindestmengenregelung für Kniegelenktotalendoprothesen unwirksam

Joachim Messner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht

Mindestmengen für stationäre Krankenhausleistungen sollten nach der gesetzgeberischen Intention der Qualitätssicherung nach dem Motto „Übung macht den Meister“ dienen. Die Mindestmengenregelung gibt es im stationären Bereich sowohl im Bereich der Transplantation, aber auch im Bereich der Knieprothetik. Erreicht ein Krankenhaus die auf ein Jahr bezogene Mindestmenge voraussichtlich nicht, dürfen diese Leistungen auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung dann nicht mehr erbracht werden.



Nach Auffassung des Landessozialgerichts Potsdam liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einführung einer Mindestmenge in Bezug auf Knieprothesen nicht vor. Das Gericht betonte, dass die vom Gesetz ausdrücklich geforderte besondere Abhängigkeit der Leistungsqualität von der Leistungsmenge bei Kniegelenktotalendoprothesen nicht hinreichend belegt ist.

Das Landessozialgericht hat betont, dass das Urteil gegenüber sämtlichen Akteuren des Gesundheitswesens verbindlich entschieden sei und nicht etwa nur aus Wirkungen für die Klagen der Brandenburger Klinik habe.

Quelle:

*LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.08.2011, Az.: L 7 KA 77/08 KL*

## Bundesverfassungsgericht schafft mehr Werbemöglichkeiten für Ärzte

Ute Frodl, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Entscheidungen entschieden, dass Ärzte und Zahnärzte im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit mehr Werbung machen dürfen und hat damit Entscheidungen von Berufsgerichten aufgehoben.

In einer Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass ein Zahnarzt in Anzeigen auch unter Verwendung von Fotos mit der technischen Ausstattung seiner Praxis werben darf.

Das Bundesverfassungsgericht hält es für zulässig, wenn die Praxis zugleich für die Dienstleistung eines Zahnlabors und eines Fachverlages wirbt. Wichtig ist, dass diese Werbung berufsbezogen und sachangemessen ist und deshalb vom grundrechtlich geschützten Bereich der Berufsfreiheit für Ärzte und Zahnärzte umfasst wird. Ein Zahnarzt aus Nordrhein-Westfalen hatte in Anzeigen gleichzeitig für seine Praxis, sein Zahnlabor und seinen Fachverlag geworben. Die Berufsgerichte sahen darin einen Verstoß gegen die zahnärztliche Berufsordnung. Die Richter beim Bundesverfassungsgericht haben dem widersprochen und die Urteile der Berufsgerichte aufgehoben. Die Verfassungsrichter haben dabei hervorgehoben, dass es keine Gründe gibt, die ein generelles Verbot der Verbindung von zahnärztlicher und gewerblicher Tätigkeit im Bereich der Werbung rechtfertigen könnte. Die berufsrechtlichen Beschränkungen im Bereich der Werbung von Ärzten und Zahnärzten sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie zum Schutz des Vertrauens und in die Integrität der Ärzteschaft erforderlich sind. Der Patient soll darauf vertrauen können, dass sich der Arzt oder Zahnarzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt.

Quelle:

*Beschluss Bundesverfassungsgericht vom 01.06.2011, Az.: BvR 233/10 und BvR 235/10*



## Musterberufsordnung verfassungswidrig?

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht

Das Landgericht Mosbach hatte über einen Rechtsstreit zwischen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. in Bad Homburg und einer privatärztlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft zwischen Allgemeinärzten und Radiologen in Baden-Württemberg zu entscheiden. Nach Ansicht der Wettbewerbszentrale verstößt eine Berufsausübungsgemeinschaft gegen die Berufsordnung, wenn an dieser Radiologen und Zuweiser als Gesellschafter beteiligt sind. Diese gesellschaftsrechtliche Konstellation sei eine Umgehung des § 31 Musterberufsordnung, der unerlaubt die Zuweisung gegen Entgelt verbiete. Das Landgericht Mosbach hat die Klage der Wettbewerbszentrale abgewiesen und die Klageabweisung damit begründet, dass die Regelung in der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg gegen das Grundgesetz verstößt und daher unwirksam ist. Die Richter betonten, dass das Verbot des Radiologen, keine Berufsausübungsgemeinschaften mit zuweisenden Fachgruppen eingehen zu dürfen, nicht mit dem Grundgesetz Art. 12 Berufsfreiheit vereinbar ist. Art. 12 GG schützt gerade auch das Recht, sich beruflich zusammenzuschließen. Insoweit bleibt abzuwarten, wie das OLG Karlsruhe als nächste Instanz entscheiden wird.



Im Ergebnis ist jedenfalls die Entscheidung des Landgerichts Mosbach zu begrüßen. Im Übrigen bleibt auch abzuwarten, ob und inwieweit die Neuregelungen der Musterberufsordnung verfassungskonform sind bzw. auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft und auch von den einzelnen Landesärztekammern dann in ihre jeweils rechtsverbindlichen Berufsordnungen übernommen werden.

Quelle:

*Urteil Landgericht Mosbach vom 22.12.2010, Az.: 3 O 13/10. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.*

## **Botox-Behandlungen durch Zahnärzte sind nicht vom Zahnheilkundegesetz gedeckt**

Stefanie Raab, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Zahnärzte sind nur berechtigt, alle Behandlungen vorzunehmen, die sich auf den unmittelbaren Behandlungsansatz im Bereich der Zähne, des Mundes und des Kiefers beziehen. Bei dem Injizieren von z.B. Hyaluronsäure und Botulinumtoxin handelt es sich um die Ausübung von Heilkunde.

Die Klägerin, eine Zahnärztin, teilte mit Schreiben vom 14.01.2009 mit, dass sie beabsichtige, im Rahmen ihrer zahnärztlichen Tätigkeit Faltenunterspritzungen im Gesicht und im Halsbereich vorzunehmen.

Dies wurde mit Schreiben vom 28.01.2009 abgelehnt, mit der Begründung, dass Faltenunterspritzungen, die über den Lippenbereich hinaus gehen, gemäß § 1 Abs. 3 Zahnheilkundegesetz (ZHG) von der zahnärztlichen Approbation nicht umfasst und daher für Zahnärzte eine unzulässige Handlung seien.

Die Zahnärztin argumentierte, dass Zahnärzte berechtigt seien, alle Behandlungen vorzunehmen, die sich auf den Bereich der Zähne, des Mundes und des Kiefers beziehen. Es ergebe sich aus der Gebührenordnung der Zahnärzte, dass Lippenvergrößerungen und die Faltenunterspritzung der Falten zwischen Nase und Oberlippe sowie der Falten von der Nase zu den Mundwinkeln der Zahnheilkunde zuzuordnen seien. Das aus den 50er Jahren stammende ZHG spiegele die heutigen tatsächlichen Verhältnisse nicht wieder. Außerdem stelle es einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) dar, dass Heilpraktiker und jedweder Arzt diese Maßnahmen durchführen dürfen, Zahnärzte jedoch nicht.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts (VG) Münster sind Zahnärzte jedoch nur berechtigt, alle Behandlungen vorzunehmen, die sich auf den Bereich der Zähne, des Mundes und des Kiefers beziehen. Die von der Klägerin beabsichtigten Behandlungen gehen über diesen räumlich abgegrenzten Bereich hinaus. Die Zahnärztin ist mangels ärztlicher Approbation bzw.

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

Heilpraktiker-Erlaubnis nicht berechtigt, diese Maßnahmen vorzunehmen. Auch aus den Abrechnungsvorschriften ergibt sich nichts anderes.

Es ist auch keine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber Ärzten und Heilpraktikern, da der Bundesgesetzgeber bei der Definition der den Zahnärzten erlaubten Ausübung der Zahnheilkunde in § 1 Abs. 3 ZHG auf den Bereich Mund, Kiefer und Zähne abstellen darf. Es ist weder ersichtlich noch von der Zahnärztin dargelegt, dass die zahnärztliche Qualifikation spezifische Kenntnisse hinsichtlich der Hautschichten im Gesicht bzw. im Halsbereich und hinsichtlich der bei der Faltenunterspritzung auftretenden gesundheitlichen Risiken so umfassend vermittelt, dass es von Seiten des Gesetzgebers willkürlich ist, diese Körperteile aus der Definition der Zahnheilkunde in § 1 Abs. 1 ZHG auszuschließen. Außerdem ist zu beachten, dass es der Zahnärztin durch ihre zahnärztliche Approbation nicht verwehrt sei, eine Heilpraktiker-Erlaubnis zu erlangen und so die begehrten Tätigkeiten als Heilpraktikerin anzubieten.

Quelle:

*VG Münster, Urteil vom 19.04.2011, Az.: 7 K 338/09*